

**GUIDE DES DROITS
HUMAINS POUR MENER
DES RECHERCHES SUR
LA DISCRIMINATION
RACIALE ET RELIGIEUSE
DANS LE CADRE DE
LA LUTTE CONTRE LE
TERRORISME EN EUROPE**

**OPEN SOCIETY
FOUNDATIONS**



Publié en mai 2021

© 2021 Amnesty International et Open Society Foundations.

Cette publication est disponible au format PDF sur les sites Internet d'Amnesty International et des Open Society Foundations sous une licence Creative Commons, qui autorise la reproduction de la distribution de cette publication, uniquement dans son intégralité, à condition qu'elle soit attribuée à Amnesty International et aux Open Society Foundations et utilisée à des fins non commerciales, éducatives ou de politique publique. Les photographies ne peuvent pas être utilisées séparément de la publication.



**Guide des droits humains pour mener des
recherches sur la discrimination raciale et
religieuse dans le cadre de la lutte contre
le terrorisme en Europe**

Sommaire

Acronymes fréquemment utilisés	7
Avant-propos Tendayi Achiume and Fionnuala Ní Aoláin	8
Avant-propos Momodou Malcolm Jallow	10
Remerciements	12
1. Introduction	13
1.1. Informations générales	13
1.2. Le guide	16
1.2.1. Pourquoi ce guide est-il nécessaire ?	16
1.2.2. Comment ce guide a-t-il été élaboré ?	17
1.2.3. Organisation de ce guide	18
1.2.4. À qui ce guide est-il destiné ?	19
2. La discrimination : normes juridiques et principales définitions	24
2.1. Normes juridiques	24
2.1.1. Principe d'égalité et de non-discrimination	24
2.1.2. Instruments internationaux et régionaux	25
2.1.3. Interdiction de la discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme	29
2.2. Définition de la discrimination	32
2.2.1. Éléments de discrimination	32
2.2.1.1. « Toute distinction, exclusion, restriction ou préférence » ou « un traitement moins favorable »	32
2.2.1.2. Fondés sur des motifs prohibés	33
2.2.1.3. Sans justification objective et raisonnable	34
2.2.1.4. Pertinence de l'intention	36
2.2.2. Formes de discrimination	36
2.2.2.1. Discrimination directe	36
2.2.2.2. Discrimination indirecte	36
2.2.2.3. Discrimination multiple, intersectionnelle et systémique	37
2.2.2.4. Harcèlement	39
2.2.3. Profilage ethnique	41

3. Démontrer l'existence de la discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme	45
3.1. Introduction	45
3.2. Que faut-il démontrer ?	45
3.2.1. Un traitement moins favorable	45
3.2.2. Fondé sur des motifs prohibés	47
3.2.2.1. Race et religion : la lutte contre le terrorisme et les personnes musulmanes en Europe	47
3.2.2.2. Autres motifs de discrimination dans le cadre de la lutte contre le terrorisme	51
3.2.2.3. Un lien de cause à effet	55
3.2.3. Sans justification objective et raisonnable	56
3.2.3.1. Degré de vigilance	56
3.2.3.2. But légitime	57
3.2.3.3. Caractère approprié	58
3.2.3.4. Nécessité	60
3.2.3.5. Proportionnalité	61
3.2.4. Charge de la preuve	62
3.3. Comment démontrer l'existence de la discrimination	64
3.3.1. Introduction	64
3.3.2. Politiques et lois visant explicitement certains groupes	65
3.3.2.1. Application dans le contexte de la lutte contre le terrorisme	66
3.3.3. Éléments de comparaison	67
3.3.3.1. Application au contexte de la lutte contre le terrorisme	69
3.3.4. Intervention de stéréotypes	74
3.3.4.1. Application dans le contexte de la lutte contre le terrorisme	77
3.3.5. Contexte général	79
3.3.5.1. Application dans le cadre de la lutte contre le terrorisme	80
3.3.6. Sources	81
3.3.6.1. Entretiens	81
3.3.6.2. Preuves écrites	84
3.3.6.3. Déclarations des autorités	87
3.3.6.4. Données quantitatives	93
3.3.6.5. « Testing » et observation	103

4. Défis	106
4.1. L'argument du « bon sens »	106
4.2. Manque d'éléments de preuve disponibles	109
4.3. Non-divulgation de preuves pour des motifs de sécurité nationale	111
4.4. Obligation de rendre des comptes et contrôle restreints dans le contexte de la lutte contre le terrorisme	118
4.5. Nature structurelle de la discrimination	120
5. Conclusion et principales recommandations	123
5.1. Organisations de défense des droits humains, chercheurs/chercheuses et responsables des activités de plaidoyer.	123
5.2. Mécanismes de contrôle et d'obligation de rendre des comptes	125
Annexe 1. Dispositions relatives à la non-discrimination dans les instruments juridiques internationaux et régionaux	126
Annexe 2. Guides et manuels pratiques pour la recherche sur la législation discriminatoire	128

Acronymes fréquemment utilisés

BIDDH	Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme [OSCE]
CDH	Comité des droits de l'homme [ONU]
CEDAW	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes [ONU]
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales ; également appelée Convention européenne des droits de l'homme
CERD	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale [ONU]
CESCR	Comité des droits économiques, sociaux et culturels [ONU]
CIEDR	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [ONU]
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme
ECRI	Commission européenne contre le racisme et l'intolérance
FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
HCDH	Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme
IACtHR	Cour interaméricaine des droits de l'homme
INDH	institution nationale de défense des droits humains
OIG	organisation intergouvernementale
ONG	organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies ; les Nations unies
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
UE	Union européenne

Avant-propos

Nous avons l'honneur et le privilège d'écrire un avant-propos à ce guide de recherche en matière de droits humains, un outil de travail indispensable et tout à fait opportun. Si les protections en matière de droits humains restent précaires et fragiles partout dans le monde, elles le sont plus que jamais dans des régions considérées par beaucoup comme garantes des droits et sanctuaires des principes, normes et pratiques juridiques, en particulier pour les plus vulnérables. Ce guide, qui entend examiner le caractère pernicieux de la discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique, la religion et l'origine nationale dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, porte sur l'Europe, ce qui montre bien que les idées préconçues sur les lieux où les droits seraient « protégés » ou non sont souvent malheureusement sans fondement.

Nous sommes conscientes des graves problèmes de sécurité auxquels de nombreux pays européens ont dû faire face depuis quelques décennies et nous savons que des personnes, des familles et des populations ont souffert des violences et des dommages causés par le terrorisme. Cependant, la réponse apportée à ces problèmes d'insécurité n'est pas la bonne. Elle porte préjudice, dans de nombreux contextes, non seulement à des personnes et à des populations, mais aussi à l'État de droit et à la démocratie elle-même. Nous avons notamment constaté, lors de nos deux mandats, que les préjudices causés par cette réponse et par les mesures antiterroristes ne sont pas ressentis de la même manière par toutes celles et tous ceux qui considèrent l'Europe comme leur foyer. Le repli sécuritaire et la lutte contre le terrorisme ont au contraire eu des conséquences visibles et disproportionnées sur certains groupes socialement marginalisés depuis longtemps et perçus comme des « menaces » pour la sécurité nationale. La recrudescence des mouvements populistes ethnonationalistes en Europe, entre autres, n'a fait que renforcer le traitement injuste réservé à certains groupes minoritaires raciaux, ethniques et religieux,

considérés comme de dangereux « étrangers ». Un dispositif antiterroriste, apparemment neutre, a ainsi trop souvent conduit à des violations des droits humains fondées sur une discrimination raciale et religieuse. Les mesures antiterroristes des États ont joué un rôle déterminant dans la marginalisation, la stigmatisation et l'aggravation des inégalités qui frappent des personnes, des groupes de personnes et des communautés déjà généralement peu armés pour contester les préjudices subis du fait de ces mesures. En outre, les systèmes de sécurité nationale et d'antiterrorisme, répondant à une logique de racisation, sont restés presque indifférents à des menaces émanant de personnes ou de groupes appartenant à l'extrême droite suprémaciste blanche.

Nous savons toutes les deux très bien que les périodes de crise sont l'occasion pour les États de prendre des mesures dont les effets pèsent davantage sur les personnes marginales et perçues comme « autres » au sein de la société. Les minorités raciales, ethniques et religieuses risquent tout particulièrement d'être visées directement ou indirectement par les mesures de sécurité et de lutte contre le terrorisme. Ces populations sont souvent aussi celles qui sont depuis longtemps victimes de méfiance, de violence et de mauvais traitements de la part des agents de l'État, dont les pouvoirs ont été accrus et renforcés par la législation et les pratiques antiterroristes. Comme le présent guide le démontre largement, les préjudices et la défiance subis depuis longtemps par ces populations constituent un socle auquel viennent se superposer de nouvelles pratiques injustes et discriminatoires.

Ce guide montre, en s'appuyant méticuleusement sur des faits, que la lutte contre le terrorisme, une notion encore mal définie, suit une courbe ascendante en Europe, qui n'est pas près de faiblir. Elle met en péril l'efficacité d'un droit pénal toujours plus étendu, intervient de plus en plus en amont des infractions, fait appel à des dispositifs administratifs et s'immisce dans les maillons de

la vie quotidienne, de l'accès aux soins jusqu'aux salles de classe, en passant par les lieux de culte. La réglementation antiterroriste s'applique dans des lieux très divers, sur terre, en mer et dans les airs. Chacun n'y est pas traité sur un pied d'égalité et les pratiques discriminatoires fleurissent, favorisées par des discours politiques sur la stigmatisation de l'autre et sur des populations « suspects », qui renvoient uniquement aux minorités raciales, ethniques et religieuses. Le présent guide définit et recense précisément les effets discriminatoires de la lutte antiterroriste à l'égard des communautés musulmanes et de celles perçues comme telles, et, surtout, il dresse un tableau des pratiques discriminatoires récurrentes, de leur fréquence et de leur nature systématique. Il vient ainsi combler un vide manifeste sur ces questions, étant donné que les États ne peuvent ou ne veulent pas qualifier ces situations de racisme et de xénophobie, ou plus concrètement reconnaître leur nature systémique, enracinée et souvent intersectionnelle. Ce guide fournit notamment les outils nécessaires pour appliquer la législation contre les discriminations au domaine de la lutte contre le terrorisme. Il offre ainsi un chaînon manquant qui apportera une aide précieuse à celles et ceux qui sont en première ligne pour faire reculer le terrorisme tout en respectant les droits humains.

Nous espérons qu'il sera utilisé sur le terrain par les acteurs et actrices de la société civile, notamment des organisations et défenseur-e-s des droits humains, des groupes religieux, des travailleurs et travailleuses humanitaires et des chercheurs et chercheuses, pour venir compléter la panoplie d'outils à leur disposition, dans l'objectif de combattre la discrimination systémique que les minorités raciales, ethniques et religieuses subissent en raison d'un dispositif antiterroriste qui est devenu la norme (et qui se généralise) dans toute l'Europe. Ce guide, qui permet notamment de « répondre à la lutte contre le terrorisme », propose des stratégies concrètes plus que jamais nécessaires. La protection des droits humains est indispensable pour garantir la sécurité des sociétés. Le dynamisme, l'intégration

et la protection des minorités raciales, ethniques et religieuses sont autant de signes révélateurs de la santé d'une démocratie. Les raccourcis utilisés dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et l'invalidation des droits jettent une ombre sur l'État de droit. Ce guide propose des solutions pratiques pour dénoncer les préjudices discriminatoires d'une lutte contre le terrorisme excessive et mal orientée, et pour demander des comptes en la matière. Nous tenons à saluer ce travail et à en confirmer la valeur.

Tendayi Achiume

Rapporteuse spéciale des Nations unies sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée

Fionnuala Ní Aoláin

Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste

Avant-propos

La publication d'un Guide des droits humains pour mener des recherches sur la discrimination raciale et religieuse dans le cadre de la lutte contre le terrorisme en Europe ne pourrait pas être plus opportune ni plus nécessaire. En Europe comme ailleurs, les gouvernements ne ménagent pas leurs efforts pour lutter contre le terrorisme, mais ces opérations peuvent également porter atteinte aux libertés fondamentales des populations et à leur capacité de vivre ensemble. Nous ne pouvons lutter efficacement contre le terrorisme qu'en respectant les normes internationales en matière de droits humains qui garantissent et protègent les droits de tous les membres de la société.

Selon la publication de l'OSCE / BIDDH intitulée *Fighting Terrorism, Protecting Human Rights*, « [l]un des effets secondaires de l'activité terroriste et des mesures prises par la communauté internationale pour y faire face a été la propension à dresser les idées de liberté, de droits humains et de sécurité les unes contre les autres. On a souvent fait valoir que le concept de défense des droits humains était incompatible avec la lutte contre le terrorisme, ce qui est une véritable erreur. »

Les législateurs et les gouvernements ont toujours l'obligation, dans le cadre de leur travail, de tenir compte à tout moment des normes et des libertés internationalement reconnues en matière de droits humains. S'ils ne le font pas, alors ils auront des comptes à rendre.

Malheureusement, il existe un réel risque que la lutte contre le terrorisme puisse générer des discriminations à l'encontre de certaines personnes ou de groupes de personnes. Il faut prévenir ce risque et y remédier. On ne peut accepter que certains groupes subissent doublement les conséquences du terrorisme : la première fois en tant que cibles directes, comme le reste de la population, et la seconde fois en tant que victimes de discrimination à cause de mesures antiterroristes.

Fournir aux chercheurs et chercheuses, aux défenseur-e-s des droits humains et à toutes celles et tous ceux qui s'attachent à promouvoir l'égalité des conseils fiables pour savoir comment détecter et recenser les discriminations est une initiative très louable. Ce guide, s'il est employé correctement, devrait contribuer à prévenir et à combattre la discrimination, tout en protégeant celles et ceux qui sont soumis à un traitement injustifié et illégal au nom de la lutte contre le terrorisme.

Cette recherche « est axée en grande partie sur la discrimination à l'égard des personnes musulmanes, celle-ci étant la forme de discrimination la plus courante dans le contexte de la lutte contre le terrorisme en Europe ». De fait, les personnes musulmanes et celles qui sont perçues comme telles sont constamment et systématiquement désignées comme boucs émissaires et présentées comme une menace pour la sécurité. Cela vient s'ajouter aux autres formes de discrimination auxquelles ces personnes sont exposées, dont seulement certaines sont connues du grand public, comme les propos haineux dans les discours politiques.

L'islamophobie sévit en Europe et est sous-estimée. Souvent considérée à tort comme un phénomène involontaire ou irrationnel, elle est en fait systémique et peut même devenir idéologique, surtout lorsqu'elle est instrumentalisée par certaines personnalités politiques à des fins électorales. Si elle est injuste et préjudiciable pour les populations qu'elle vise directement, l'islamophobie porte également atteinte à la cohésion sociale des sociétés dans leur ensemble.

Dans les prochains mois, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe va intensifier ses efforts pour contrer cette forme de discrimination. Elle va d'ailleurs préparer un nouveau rapport intitulé *Countering Islamophobia in Europe*. Ce travail sera mené en étroite collaboration non seulement avec les parlements nationaux, mais aussi avec des organisations de la société civile et des experts en la matière. Nous

avons toutes et tous un rôle à jouer pour mettre fin aux inégalités et aux discriminations engendrées par les mesures antiterroristes. *Ce Guide des droits humains pour mener des recherches sur la discrimination raciale et religieuse dans le cadre de la lutte contre le terrorisme en Europe* constitue une ressource inestimable pour appuyer nos efforts visant à préserver la cohésion sociale et à protéger les droits fondamentaux.

Momodou Malcolm Jallow

Rapporteur général sur la lutte contre le racisme et l'intolérance de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

Remerciements

Amnesty International et les Open Society Foundations remercient toutes les personnes qui ont contribué à ce projet en donnant de leur temps et y apportant leur expertise.

Eda Seyhan, avocate spécialiste des droits humains et consultante en recherche, et chercheuse et autrice principale de ce guide. Le projet a été supervisé par **Cristina Goñi**, directrice régionale Plaidoyer et Politique de sécurité à l'Open Society Initiative for Europe, et **Julia Hall**, chercheuse Lutte contre le terrorisme et droits humains au Bureau régional d'Amnesty International pour l'Europe, qui ont revu les différentes versions de ce guide au nom, respectivement, de l'Open Society Initiative for Europe et d'Amnesty International. **Tufyal Choudhury**, professeur de droit à l'Université de Durham au Royaume-Uni, et **Lanna Hollo**, conseillère juridique à l'Open Society Justice Initiative, ont également examiné attentivement ce guide. **Simon Crowther**, conseiller juridique Lutte contre le terrorisme et droits humains et **Chris Chapman** chercheur/conseiller Droits des peuples autochtones ont également revu le guide en interne à Amnesty International. **Katharina Kirchberger**, assistante Recherches, Campagnes et Communications au Bureau européen d'Amnesty International et **Nerea López de Vicuña** de l'Open Society Initiative for Europe ont apporté leur soutien inestimable à ce projet.

Des remerciements particuliers sont également adressés aux spécialistes suivants : **Tendayi Achiume**, rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée [ONU] ; **Momodou Malcolm Jallow**, rapporteur général sur la lutte contre le racisme et l'intolérance, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ; **Fionnuala Ní Aoláin**, rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme dans la lutte anti-terroriste [ONU].

Amnesty International et les Open Society Foundations sont particulièrement reconnaissantes aux nombreuses personnes – universitaires ; avocat·e·s ; chercheuses et chercheurs ; militant·e·s – qui ont consacré une part considérable de leur temps et de leurs efforts à ce projet :

Yasmine Ahmed, ancienne directrice générale, Rights & Security International

Patrick Ball, directeur des recherches, Human Rights Data Analysis Group

Slim Ben Achour, avocat au barreau de Paris et membre du Syndicat des Avocats de France

Michele Eken, ancienne titulaire d'une bourse Aryeh Neier, Open Society Justice Initiative

Lilla Farkas, spécialiste des questions liées à l'origine raciale ou ethnique, Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres et de la non-discrimination

Maryam H'Madoun, responsable des politiques, Open Society Justice Initiative

Daniel Holder, directeur adjoint, Committee on the Administration of Justice

Marie Mercat-Bruns, professeure affiliée à l'École de droit de Sciences Po

Ojeaku Nwabuzo, responsable de la Recherche, European Network Against Racism

Marco Perolini, chercheur sur l'Europe de l'Ouest à Amnesty International

Sindyan Qasem, chercheur associé, Université libre de Berlin

Asim Qureshi, directeur de recherche, CAGE

Francesco Ragazzi, chargé de cours en relations internationales à l'Institut de Sciences politiques de l'Université de Leyde.

Peter Rodrigues, professeur en droit de l'immigration à l'Université de Leyde.

Amrit Singh, directrice du programme Accountability, Liberty and Transparency, au sein de l'Open Society Justice Initiative.

1. Introduction

1.1. Informations générales

La discrimination contre certains groupes perçus comme des « menaces » pour la sécurité nationale pose depuis longtemps de graves problèmes en matière de droits humains. Les gouvernements du monde entier ont toujours exploité les crises, au lendemain d'attaques violentes en particulier, pour prendre pour cible les minorités raciales, ethniques et religieuses, en application de lois et politiques de lutte contre le terrorisme conférant des pouvoirs très étendus aux forces de l'ordre, aux agent·e·s des services de renseignement et aux systèmes de renseignement et de sécurité des États. Par conséquent, la discrimination de personnes et de groupes entiers reste profondément ancrée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, avec de lourdes conséquences sur la vie des personnes, malgré l'importance que les normes du droit international accordent à l'interdiction de la discrimination raciale.

Ce guide de recherche est le résultat d'une initiative conjointe d'Amnesty International et des Open Society Foundations pour aider les militant·e·s des droits humains et antiracistes, les chercheurs et chercheuses, les ONG et les organes de contrôle qui cherchent à recenser et à prouver les discriminations, telles que définies dans le droit relatif aux droits humains, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme en Europe. Le nombre de lois, de politiques et de pratiques justifiées par des motifs de sécurité nationale – qui ouvrent souvent la voie à des discriminations à la fois directes et indirectes – ne cesse d'augmenter. Elles prennent notamment la forme de contrôles de police et contrôles frontaliers ; de décisions d'éloignement du territoire et d'expulsions pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public ; de mesures administratives comme des ordonnances de contrôle ; de motifs élargis de poursuites pénales pour des infractions liées au terrorisme ; de mesures de lutte contre la radicalisation (notamment dans le domaine de l'éducation, de la santé et de la protection sociale) ; de déchéances de nationalité, et de divers types de contrôle et de surveillance, en particulier en ligne. Ces mesures sont souvent imposées sur la base d'informations secrètes auxquelles les personnes concernées n'ont pas ou peu accès.

Les personnes musulmanes ou perçues comme telles sont les premières victimes d'une Europe de plus en plus sécurisée, notamment depuis les attentats coordonnés du 11 septembre 2001 aux États-Unis¹ et les attaques

1 Avant les années 2000, l'arsenal législatif de lutte contre le terrorisme était principalement centré sur les néonazis, les nationalistes/séparatistes et les groupes d'extrême gauche, qui étaient responsables de la grande majorité des décès pour « terrorisme ». Voir <https://www.datagraver.com/case/people-killed-by-terrorism-per-year-in-western-europe-1970-2015>

violentes qui ont été commises depuis dans un certain nombre de pays européens². Des activités et affiliations religieuses, culturelles et politiques légitimes de personnes musulmanes en Europe ont été considérées comme dangereuses. Ce raisonnement a été utilisé pour justifier des opérations de surveillance, des arrestations, des expulsions et d'autres restrictions de leurs droits, parfois, de l'aveu même des autorités, à titre préventif, sans intention d'inculper ni de poursuivre en justice une personne sur la base d'éléments permettant de la soupçonner raisonnablement d'avoir commis une infraction³. Des associations musulmanes ou perçues comme telles ont été fermées ou menacées de fermeture⁴. Des personnes musulmanes ont fait l'objet d'assignations à domicile assorties de couvre-feux, d'interdictions de quitter leur quartier et le pays, d'ordres de se présenter tous les jours à la police, de surveillance de leurs propos en ligne et, dans certains cas, d'une déchéance de leur nationalité, qui les privait de certaines des protections les plus fondamentales garanties par l'État. Dans la majorité des cas, les informations sur lesquelles se fonde l'application de ces mesures restent secrètes. Ni la personne soumise à la mesure ni son avocat n'ont accès à son dossier de renseignements complet, ce qui les empêche de contester de manière

2 Parmi ces attaques figurent notamment :

- Le 11 mars 2004, des attaques coordonnées sur le réseau ferroviaire madrilène ont fait 193 morts et plus de 2 000 blessés.
- Le 7 juillet 2005, des attentats-suicides coordonnés dans les transports publics de Londres ont fait 52 morts et plus de 700 blessés.
- Le 13 novembre 2015, des attaques coordonnées ont tué 130 personnes à Paris, dont 89 dans la salle de spectacle du Bataclan, et en ont blessé des centaines d'autres.
- Le 22 mars 2016, des attentats-suicides coordonnés ont fait 32 morts et plus de 300 blessés à l'aéroport de Bruxelles et dans une station de métro du centre de Bruxelles, en Belgique.
- Le 14 juillet 2016, un homme au volant d'un poids lourd a délibérément roulé sur des piétons à Nice, en France, faisant 86 morts et plus de 400 blessés.
- Le 19 décembre 2016, un homme au volant d'un poids lourd a foncé sur un marché de Noël à Berlin, faisant 12 morts et plus de 50 blessés.
- Le 22 mai 2017, un homme a commis un attentat-suicide après un concert à la Manchester Arena, au Royaume-Uni, faisant 22 morts et plus de 500 blessés.
- Du 16 au 21 août 2017, des attentats coordonnés à Barcelone et Cambril, en Espagne, ont fait 16 morts et plus de 152 blessés.
- Le 16 octobre 2020, un homme a tué un enseignant à Conflans-Sainte-Honorine, une ville de banlieue située au nord-ouest de Paris.
- Le 2 novembre 2020, un homme a tué 4 personnes et en a blessé 23 autres lors d'une fusillade à Vienne, en Autriche.

3 Amnesty International, *Des mesures disproportionnées. L'ampleur grandissante des politiques sécuritaires dans les pays de l'UE est dangereuse*, 2017 (EUR 01/5342/2017), <https://www.amnesty.org/fr/documents/eur01/5342/2017/fr/>

4 Amnesty International, *Autriche et France : les mesures annoncées par les gouvernements menacent la liberté d'association*, 2020, (EUR 01/3359/2020) ; ENAR, *Open Statement-EU's statement of solidarity against terrorism recycles concerning narratives and discriminatory solutions*, 2020 ; Voir, par exemple, « Qu'est-ce que BarakaCity, l'ONG humanitaire que Darmanin veut dissoudre avec le CCIF ? », L'Obs, 2020, <https://www.nouvelobs.com/mort-de-samuel-paty/20201019.OBS34922/qu-est-ce-que-barakacity-l-ong-humanitaire-que-darmanin-veut-dissoudre-avec-le-ccif.html>

satisfaisante les restrictions et donc de bénéficier d'un recours effectif pour les atteintes aux droits humains subies. En assimilant les personnes musulmanes à une « menace » et en renforçant cette idée, ces mesures ont contribué à créer un environnement dans lequel elles font l'objet de propos haineux virulents et s'exposent à des attaques publiques.

Les Nations unies et les institutions européennes ont largement reconnu les effets discriminatoires des lois et politiques de lutte contre le terrorisme. Le rapport annuel 2018 de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) du Conseil de l'Europe souligne que « l'islam et les musulmans continuent d'être associés à la radicalisation, à la violence et au terrorisme » et qu'une « "normalisation" dangereuse des préjugés islamophobes s'observe⁵ ». Pourtant, les études menées par des ONG de défense des droits humains accordent une attention bien moindre à la discrimination qu'à d'autres violations commises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme⁶. En revanche, il existe une profusion de données et d'études de sciences sociales menées par d'autres organisations de la société civile qui font le lien entre mesures de sécurité nationale et discrimination contre les personnes musulmanes⁷.

Pourquoi existe-t-il si peu de recherches fondées sur les droits humains à l'appui de l'argument selon lequel les lois et pratiques antiterroristes en Europe sont discriminatoires à l'égard des personnes musulmanes ? Tout d'abord, la discrimination peut être difficile à prouver. Souvent, la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) n'examine pas les allégations de discrimination au titre de l'article 14 (interdiction de discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention) dans une affaire si elle a déjà déterminé qu'un droit fondamental avait été violé. Étant donné que les avocat·e·s estiment généralement qu'une discrimination est plus difficile à prouver qu'une violation d'un autre droit, comme le droit à la liberté ou le droit à la liberté d'expression, les recours juridiques dans

5 ECRI, *Rapport annuel sur les activités de l'ECRI couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2018*, 2019, p. 11.

6 Selon Eijkman et Schuurman, « l'effet de la plupart des mesures antiterroristes sur les droits et les libertés des minorités est incertain ». Quirine Eijkman et Bart Schuurman, « Preventive Counter-Terrorism and Non-Discrimination in the European Union: A Call for Systematic Evaluation », ICCT-The Hague Research Paper, 2011, p. 16. Il existe une exception : un rapport sur le profilage ethnique, notamment dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, par l'Open Society Justice Initiative, *Ethnic Profiling in the European Union: Pervasive, Ineffective, and Discriminatory*, 2009 (résumé disponible en français : Le profilage ethnique dans l'Union européenne : omniprésent, inefficace et discriminatoire).

7 Voir, par exemple, Arun Kundnani, *The Muslims are Coming! Islamophobia, Extremism and the Domestic War on Terror*, Verso, 2014 ; Azfar Shafi et Asim Qureshi, *Stranger than fiction: How 'pre-crime' approaches to 'Countering Violent Extremism' Institutionalise Islamophobia*, Transnational Institute, 2020 ; Johanna Martine Lems, Laura Mijares Molina, Virtudes Téllez Delgado, « Constructing Subaltern Muslim Subjects: The Institutionalization of Islamophobia », *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, n° 24:1, 2018.

le domaine de la lutte contre le terrorisme sont rarement formés pour des motifs de discrimination. Le travail mené par les chercheurs et chercheuses, les ONG et les organes de contrôle pour recueillir des éléments prouvant l'effet discriminatoire est donc particulièrement important. Le manque de transparence lié à l'utilisation de preuves secrètes et à l'opacité de la prise de décisions, ainsi que le passage à des mesures administratives « préventives » sans qu'elles s'accompagnent de garanties procédurales rendent les recherches encore plus compliquées.

Certains obstacles proviennent aussi du domaine des droits humains. En 2006, Dimitrina Petrova, qui était alors directrice du Centre européen pour les droits des Roms (CEDR), a écrit que « dans le milieu des droits humains, les normes relatives à la lutte contre la discrimination et à l'égalité et les questions qui s'y rapportent sont la plupart du temps mal connues » et que les personnes qui défendent les droits humains « ne connaissent souvent pas bien la signification et les limites du concept de discrimination⁸ ». Même s'il y a eu des progrès depuis, ils ont surtout été faits dans le domaine des droits économiques et sociaux⁹.

1.2. Le guide

1.2.1. Pourquoi ce guide est-il nécessaire ?

L'objectif principal de ce guide est d'encourager la recherche sur la discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme du point de vue des droits humains. La recherche est une composante importante de toute stratégie visant à dénoncer la discrimination : elle permet de mieux comprendre ses causes et ses répercussions sur le plan de la sécurité nationale, et de mieux repérer les voies de recours utiles. Les résultats des recherches peuvent être utilisés dans le cadre de recours judiciaires, de communications publiques et d'échanges avec des décisionnaires. Tous les pays européens sont tenus, au regard de leur droit interne et du droit international, de défendre et de protéger le droit à l'égalité et à la non-discrimination. La recherche peut permettre de mettre en évidence les domaines dans lesquels les États manquent à leurs obligations et d'utiliser ces informations dans des campagnes de sensibilisation nationales et internationales. Si le recours au cadre juridique a ses limites (voir la sous-partie 4.5), les personnes ayant le pouvoir de décision et les organes chargés du contrôle et de l'obligation de rendre des comptes sont particulièrement

8 Dimitrina Petrova, «Implementing Anti-Discrimination Law and the Human Rights Movement», 2006, vol. 17, n° 1, Helsinki Monitor 19, p. 23.

9 Voir, par exemple, l'action intentée par le CEDR contre la République tchèque en lien avec le droit à l'éducation : Cour européenne des droits de l'homme, *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, 13 novembre 2007.

sensibles aux griefs en lien avec le droit international relatif aux droits humains. En outre, à l'heure où les gouvernements européens insistent souvent sur leur engagement en faveur de l'antiracisme et de l'égalité, les allégations de discrimination raciale, si elles sont attestées par des éléments solides, peuvent avoir une forte influence sur la définition des priorités politiques, l'agenda médiatique et l'opinion publique.

Pourquoi axer les recherches sur la lutte contre la discrimination alors que d'autres motifs relevant des droits humains peuvent être invoqués pour contester la plupart des lois et pratiques ? L'analyse des discriminations permet aux organisations de défense des droits humains de mieux tenir compte des préoccupations et des besoins des personnes les plus marginalisées. En résumé, pour garantir à toutes et à tous la pleine jouissance des droits humains, il faut comprendre comment les atteintes à ces droits touchent différemment les personnes. Comprendre ces différences aide à déterminer quelles voies de recours sont plus efficaces et adaptées aux besoins des personnes les plus touchées. Si ces différences persistent, elles risquent d'alimenter l'idée selon laquelle les droits humains protégeraient certaines personnes plus que d'autres, fragilisant l'adhésion aux droits humains dans leur ensemble. Les recherches portant sur la discrimination peuvent aussi révéler les causes profondes, généralement occultées, des violations des droits humains ou des problèmes structurels qui sous-tendent le racisme systémique et structurel. Comme indiqué dans la sous-partie 1.1, il existe peu de recherches fondées sur les droits humains à l'appui de l'argument selon lequel les lois antiterroristes en Europe sont discriminatoires à l'égard des personnes musulmanes. L'objectif de ce guide est d'aider les chercheurs et les chercheuses à combler cette lacune.

1.2.2. Comment ce guide a-t-il été élaboré ?

Ce guide de recherche est le résultat d'une initiative conjointe d'Amnesty International et les Open Society Foundations qui vise à faciliter et à encourager les recherches menées par des groupes de la société civile, tout particulièrement ceux qui travaillent sur les droits humains, portant sur l'effet discriminatoire des lois et pratiques européennes de lutte contre le terrorisme. Le projet a commencé en juin 2019 par une petite réunion entre experts issus du champ juridique, du milieu universitaire et des ONG, suivie d'entretiens et de recherches documentaires, qui ont débouché sur la première version de ce guide de recherche. Un groupe composé d'universitaires, de chercheurs et chercheuses et de chargé-e-s de campagne a reçu une version préliminaire de ce guide en juillet 2020 et a transmis ses commentaires. Des modifications ont ensuite été apportées au guide, qui a encore été examiné en interne. Il a été publié par Amnesty International et les Open Society Foundations, avec un lancement en ligne en février 2021.

S'il se fonde essentiellement sur le droit international relatif aux droits humains, ce guide s'appuie aussi sur des instruments juridiques régionaux et sur la jurisprudence interne et régionale. Étant donné que la jurisprudence sur la discrimination dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est restreinte en Europe, tandis que les recherches et les précédents en matière de discrimination se sont multipliés dans d'autres domaines, ce guide fait référence à des précédents en matière de discrimination dans des domaines tels que l'emploi, l'accès aux biens et services et à l'éducation, ainsi qu'à des affaires hors d'Europe. Il favorise ainsi le croisement d'idées intéressantes et de bonnes pratiques au sein de différentes juridictions pour s'attaquer à diverses formes de discrimination.

1.2.3. Organisation de ce guide

Ce guide de recherche est composé de cinq grandes parties, dont cette introduction (partie 1), ainsi que de deux annexes :

- La partie 2 introduit les principes fondamentaux du droit international relatif à la discrimination, en présentant les normes juridiques internationales et régionales pertinentes, en définissant quels éléments constituent des formes de discrimination illégales, et en décrivant les différents types de discrimination et de profilage ethnique. Leur application dans le cadre de la lutte contre le terrorisme y est brièvement abordée.
- La partie 3 détaille différentes méthodes et types de preuves qui peuvent être utilisés pour établir une violation du droit à la non-discrimination et leur utilité dans le contexte de la sécurité nationale y est analysée. Cette partie explique *ce qui* doit être démontré pour établir l'existence d'une discrimination dans le contexte de l'antiterrorisme et *comment* le faire.
- La partie 4 porte sur les défis que rencontrent habituellement les chercheurs et chercheuses qui veulent recenser et prouver les discriminations dans le contexte antiterroriste, notamment le contre-argument selon lequel axer la réponse au terrorisme sur certains groupes relèverait du « bon sens », et les obstacles que représente la non-divulgaration d'éléments de preuve pour des raisons de sécurité nationale. Des stratégies pour surmonter ces difficultés sont également proposées.
- La partie 5 contient une brève conclusion et des recommandations clés.
- L'annexe 1 énumère les instruments juridiques internationaux et régionaux pertinents et leurs dispositions sur l'interdiction de la discrimination. L'annexe 2 cite d'autres ressources qui donnent des orientations sur la recherche et les procédures judiciaires dans le domaine de la non-discrimination.

Les termes « terroriste », « terrorisme », « islamiste », « extrémisme » et « extrémiste » sont mal définis et généralement imprécis, ce qui ouvre la porte à des emplois erronés. Leur utilisation dans le rapport n'a pas valeur de caution. Ce choix a été fait pour des raisons de commodité, car ces termes apparaissent régulièrement dans la législation, les politiques et les recherches universitaires. En plus, l'utilisation des mots « race » et « racial » dans le présent guide n'implique pas l'existence de races biologiques. La « race » est l'un des fondements juridiques de la discrimination, et l'utilisation du mot « race » dans le guide reflète la terminologie utilisée dans les dispositions du droit international relatif aux droits humains plutôt qu'elle n'accrédite les théories qui affirment l'existence de races humaines distinctes. La « race » n'existe pas biologiquement, mais elle est réelle en tant que catégorie sociale donnant lieu à de la discrimination, de l'exploitation, de la violence et de la stigmatisation à l'encontre de certains groupes.

1.2.4. À qui ce guide est-il destiné ?

Ce texte est conçu comme un guide de recherche pratique destiné à celles et ceux qui mènent des recherches et participent à des actions de plaidoyer, à du travail de campagne et à des procédures judiciaires visant à mettre fin à la discrimination dans le domaine de la lutte contre le terrorisme. Même s'il se fonde sur le droit relatif aux droits humains, ce guide est rédigé de manière à intéresser les personnes qui n'ont pas de compétences juridiques ou les professionnel-le-s du droit qui manquent de connaissances ou d'expériences spécifiques en droit relatif à la discrimination. Ce guide de recherche vient en complément des outils et guides existants sur le droit relatif à la discrimination, donc certains sont répertoriés à [l'annexe 2](#). Ce guide porte sur les recherches menées en Europe, y compris dans des pays n'appartenant pas à l'Union européenne.

Le terme « chercheur ou chercheuse » est utilisé dans le guide pour désigner toute personne menant des recherches sur la discrimination, qu'il s'agisse d'avocat-e-s, de militant-e-s, de responsables d'activités de sensibilisation et de membres du personnel d'ONG chargé-e-s de la stratégie ou des recherches, sans se limiter aux personnes occupant une fonction officielle de « chercheur » ou « chercheuse ».

Le tableau ci-après explique en quoi le guide pourra être utile aux différentes personnes qui le liront.

Public

Utilité

Chercheurs/chercheuses, responsables d'activités de sensibilisation et de campagne

- Résume la législation relative à la non-discrimination à l'intention d'experts non juristes.
- Décrit les éléments nécessaires pour planifier et réaliser des recherches sur la discrimination dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.
- Recense les problèmes méthodologiques qui se posent pour démontrer la discrimination et formule des recommandations.
- Relève les contre-arguments habituels aux allégations de discrimination et propose des réponses pour la recherche ou les activités de sensibilisation.
- Inclut des exemples de recherches et la jurisprudence issue de différents pays.

Avocat·e·s et professionnel·le·s du droit

- Récapitule les instruments juridiques internationaux et régionaux en matière de lutte contre la discrimination.
- Définit des méthodes pour collecter des éléments prouvant la discrimination qui peuvent être utilisées pour monter un dossier juridique.
- Inclut des précédents issus d'autres juridictions qui peuvent venir en complément des arguments juridiques.
- Relève les contre-arguments habituels aux allégations de discrimination que les avocats peuvent rencontrer.
- Il ne s'agit pas d'un guide des procédures internes au sein d'une juridiction particulière ni d'un mode d'emploi pour engager une action au titre du droit de l'Union européenne (voir [annexe 2](#)).

Organismes chargés du contrôle et de l'obligation de rendre des comptes, qu'il s'agisse d'organes œuvrant pour l'égalité, d'institutions nationales de défense des droits humains, ou d'organes régionaux et internationaux

(par exemple, l'ECRI, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne [FRA], le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme [BIDDH] et les organes de suivi des traités et procédures spéciales des Nations unies)

- Constitue une ressource pour les aider à s'acquitter de leur mandat consistant à veiller à ce que les lois, les politiques et les pratiques de lutte contre le terrorisme soient conformes à l'interdiction de la discrimination.
- Définit des méthodes pour prouver la discrimination dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et des techniques pour surmonter les difficultés habituellement rencontrées, comme le manque de données et d'éléments de comparaison.
- Relève les contre-arguments habituels aux allégations de discrimination et propose des réponses.
- Inclut des décisions et des recherches pertinentes d'organes chargés du contrôle au sein de diverses juridictions.
- Constitue une ressource pour faciliter les enquêtes sur des plaintes individuelles pour discrimination.

Note sur la pandémie de COVID-19

L'élaboration de ce guide de recherche s'est déroulée pour une large part pendant la pandémie de COVID-19 en 2020. Au moment de sa rédaction, au moins 92 pays du monde avaient déclaré l'état d'urgence pour des raisons de santé publique¹⁰. De nombreux autres avaient pris des décrets et appliqué des mesures administratives assimilables à des mesures d'exception, pour faire face à cette situation. On peut établir des parallèles évidents entre les réponses du gouvernement à la pandémie et les mesures prises pour lutter contre le terrorisme : interdictions de voyager, détention préventive (sous la forme de quarantaines obligatoires), couvre-feux, surveillance et sanctions en cas de violation des restrictions. Dans les deux cas, le rôle de la police et de l'armée est renforcé. Le droit à la liberté, le droit à la vie privée, ainsi que le droit de circuler librement et la liberté de réunion pacifique, d'association et d'expression étaient quelques-uns des nombreux droits restreints pour empêcher la propagation du virus. Des cas d'abus de pouvoir et de violence de la part de la police pour faire appliquer les restrictions liées à la pandémie de COVID-19 ont été signalés dans le monde entier.

Depuis longtemps, les pandémies renforcent les pratiques discriminatoires ; on considère que certaines personnes méritent la protection de l'État, tandis que d'autres sont assimilées à des menaces, se voient injustement reprocher de propager le virus et, dans certains cas, sont contrôlées de manière plus répressive¹¹. Le même principe sous-jacent s'applique au terrorisme, pour lequel certains groupes minoritaires sont considérés comme menaçants et dangereux, et sont donc plus étroitement surveillés et contrôlés¹². Comme pour la lutte contre le terrorisme, une impression de crise (à la fois réelle et supposée) permet de légitimer des pouvoirs répressifs de l'État, qui peuvent se prolonger bien après la fin officielle des régimes d'urgence.

L'effet discriminatoire des lois, politiques et pratiques visant à empêcher la propagation de la pandémie de COVID-19 en Europe est étayé par des preuves sérieuses. Dans certains cas, des groupes minoritaires ont été explicitement ciblés, par le biais de contrôles plus restrictifs. Par exemple, en Bulgarie et en Slovaquie, dix quartiers roms ont fait l'objet de placements

10 International Centre for Non-Profit Law, COVID-19 Civic Freedom Tracker, 2020, <https://www.icnl.org/covid19tracker/>

11 Le fait que la lutte contre le terrorisme et les interventions face à la pandémie soient toutes les deux des formes de « contrôle social » explique nombre de leurs similarités. Pour en savoir plus, voir Wendy Parmet, « Public Health and Social Control: Implications for Human Rights », document de travail du Conseil international pour l'étude des droits humains, 2009, et E. Blower, K. Donald et S. Upadhyay, « The Human Rights Implications of Contemporary Patterns of Social Control », 4 (2) *Journal of Human Rights Practice*, 2012, p. 187-212.

12 Paddy Hillyard, *Suspect Community; People's Experience of the Prevention of Terrorism Act in Britain*, Londres : Pluto Press, 1993.

forcés en quarantaine par la police et l'armée, au moyen de barrages routiers, de postes de contrôle et de drones équipés de capteurs thermiques pour empêcher les résidents roms de quitter les zones placées en quarantaine¹³. Les autorités de Chypre, de Grèce et de Serbie ont imposé des quarantaines obligatoires dans des foyers d'hébergement et des camps de personnes migrantes, demandeuses d'asile et réfugiées¹⁴. En France, à Nice, des quartiers où la population est majoritairement issue des classes populaires et des minorités ethniques étaient soumis à des couvre-feux plus longs que dans le reste de la ville¹⁵.

Les actions abusives et violentes de la police pour faire appliquer les mesures de confinement liées au COVID-19 ont ciblé de manière disproportionnée des groupes qui étaient déjà vulnérables et soumis à des contrôles policiers excessifs¹⁶. Au Royaume-Uni, les analyses de données officielles ont révélé que les personnes de couleur étaient 54 % plus susceptibles de recevoir des amendes pour violation des restrictions liées au COVID-19 que les personnes blanches¹⁷. En Seine-Saint-Denis, le département le plus pauvre de France métropolitaine, où une large part des habitants sont originaires d'Afrique du Nord et de l'Ouest, le nombre d'amendes pour infraction aux règles de confinement était trois fois supérieur à celui du reste du pays¹⁸.

Les États et les services de sécurité ont insisté pour que le concept de sécurité nationale soit élargi à la santé publique et pour que la pandémie de COVID-19 serve de prétexte au renforcement de l'aspect sécuritaire¹⁹. La rapporteuse spéciale des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste (rapporteuse spéciale des Nations unies sur la lutte antiterroriste et les droits de l'homme) a observé que « le spectre de la pandémie de COVID-19 est brandi pour accélérer l'adoption de lois antiterroristes en instance, dans des pays aussi divers que les Philippines, la France, le Cambodge, le Kirghizistan et la Chine » et qu'« il est très problématique de proposer l'architecture

13 Amnesty International, *Police et pandémie. Les mesures prises en Europe pour faire face à la pandémie de COVID-19 ont donné lieu à des violations des droits humains*, 2020 (EUR 01/2511/2020), p. 11.

14 Ibid., p. 10.

15 Ibid., p. 24.

16 HCDH, « Les mesures de sécurité face à la COVID-19 ne sont pas une excuse pour faire un usage excessif de la force, déclarent les rapporteurs spéciaux des Nations Unies », 2020, <https://www.ohchr.org/fr/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25802&LangID=f>

17 Liberty Investigates, « BAME People Disproportionately Targeted By Coronavirus Fines », 2020, <https://libertyinvestigates.org.uk/articles/bame-people-disproportionately-targeted-by-coronavirus-fines/>

18 Human Rights Watch, « Ils nous parlent comme à des chiens ». *Contrôles de police abusifs en France*, 2020, chapitre I.

19 CAGE, *Exploiting a Pandemic: The Security Industry's Race to Infiltrate Public Health*, 2020, p. 10.

mondiale de lutte contre le terrorisme comme solution et/ou partenaire clé pour répondre à la pandémie²⁰ ».

La pandémie de COVID-19 a aussi été instrumentalisée par l'extrême droite et certains gouvernements pour attaquer les personnes musulmanes. En Inde, des déclarations du gouvernement qui rendaient les musulmans responsables du virus ont été à l'origine d'agressions violentes contre des Indiens musulmans, de boycotts de commerces musulmans et d'interdictions aux personnes musulmanes d'entrer dans certaines villes²¹. Dans les médias et sur les réseaux sociaux en Europe, les personnes racisées, notamment musulmanes, ont été injustement accusées de ne pas respecter les règles liées à la pandémie de COVID-19 et de propager le virus²².

La pandémie de COVID-19 a mis en lumière et exacerbé l'inégalité raciale et a ouvert une nouvelle ère de sécurisation de la santé et de recours autoritaire à la stigmatisation de l'autre. Les gouvernements présentent le virus comme une menace sécuritaire racisée, déployant des tactiques semblables à celles utilisées contre le terrorisme²³. La nécessité de mettre en évidence et de contester l'effet discriminatoire des mesures de lutte contre le terrorisme est aujourd'hui encore plus manifeste et urgente. Les révoltes déclenchées par le meurtre de George Floyd aux États-Unis ont aussi attiré l'attention sur le racisme systémique et sur l'impunité de la violence d'État contre les personnes noires. Depuis, de nombreuses organisations et personnes ont entrepris de se pencher sur le racisme inhérent à leurs propres pratiques et de lutter contre ce dernier, tout en cherchant à contribuer à la cause antiraciste et décoloniale, ce qu'elles auraient déjà dû faire depuis longtemps. Nous espérons que ce guide de recherche donnera aux lecteurs et lectrices les outils nécessaires pour s'élever contre l'une des manifestations du racisme systémique : l'effet discriminatoire des lois, politiques et pratiques de lutte contre le terrorisme.

20 Fionnuala Ní Aoláin, «Under Cover of COVID at the UN: Why Counterterrorism Is Not the Answer to a Pandemic», *Just Security*, 2020, https://www.justsecurity.org/71305/under-cover-of-covid-at-the-un-why-counterterrorism-is-not-the-answer-to-a-pandemic/?mc_cid=02eabe4009&mc_eid=59f80f54cc

21 Hannah Ellis-Petersen et Shaikh Azizur Rahman, «Coronavirus Conspiracy Theories Targeting Muslims Spread in India», *Guardian*, 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/13/coronavirus-conspiracy-theories-targeting-muslims-spread-in-india>

22 Mehdi Hasan, «The Coronavirus Is Empowering Islamophobes – but Exposing the Idiocy of Islamophobia», *The Intercept*, 2020, <https://theintercept.com/2020/04/14/coronavirus-muslims-islamophobia/>

23 Arun Kundnani, «From Fanon to Ventilators: Fighting for Our Right to Breathe», *ROAR*, 2020, <https://roarmag.org/essays/from-fanon-to-ventilators-fighting-for-our-right-to-breathe/>

2. La discrimination : normes juridiques et principales définitions

Cette partie présente une vue d'ensemble des normes juridiques contenues dans le droit international et régional (à la fois de la CrEDH et de l'Union européenne) en matière de discrimination. Les principaux éléments de la discrimination y sont précisés, de même que les différentes formes de discrimination et de profilage ethnique. L'application de ces normes et de ces concepts juridiques dans le cadre de la lutte contre le terrorisme y est aussi brièvement abordée.

2.1. Normes juridiques

2.1.1. Principe d'égalité et de non-discrimination

Le principe d'égalité et de non-discrimination est l'une des clés de voûte du système international de protection des droits humains. L'égalité, dans son acception la plus élémentaire, implique que des personnes se trouvant dans des situations similaires doivent être traitées de manière identique et que des personnes se trouvant dans des situations différentes doivent être traitées différemment. La discrimination est généralement considérée comme un affront à la dignité humaine, valeur fondamentale à la base de tous les droits humains²⁴. La législation en matière de discrimination est un instrument qui permet de parvenir aux objectifs généraux d'égalité et de dignité humaine.

En raison de son caractère crucial, le principe de non-discrimination figure dans nombre de constitutions nationales et d'instruments juridiques internationaux, ainsi que dans des traités spécifiquement consacrés à certaines formes de discrimination (la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [CIEDR] et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes [CEDAW]). L'interdiction de la discrimination raciale est une norme impérative du droit international coutumier (ou *jus cogens*), ce qui signifie qu'elle s'applique à tous les États indépendamment de leurs obligations découlant des traités ; cette interdiction fait aussi partie des obligations *erga omnes* (c'est-à-dire à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble) auxquelles les États ne peuvent pas déroger²⁵. Dans une certaine mesure, l'interdiction de la discrimination

24 La CrEDH a reconnu que la discrimination raciale peut « constituer une atteinte particulière à la dignité humaine » et « pourrait, dans certaines circonstances, constituer en soi un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention ». *Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni* (4403/70), Cour européenne des droits de l'homme, 1973, § 196.

25 *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt de la Cour internationale de justice, Recueil 1970, p. 3., § 33-34.

fondée sur le sexe ou la religion a obtenu le même statut au regard du droit international²⁶.

2.1.2. Instruments internationaux et régionaux

Selon les instruments, l'interdiction de la discrimination peut s'appliquer uniquement à certains droits fondamentaux (c'est-à-dire en tant que disposition « accessoire » à ces droits) ou de façon « autonome », sans qu'un autre droit fondamental soit nécessairement concerné. Cette partie présente les principales dispositions en matière de non-discrimination inscrites dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIERD), la Convention européenne des droits de l'homme (CrEDH) et les directives pertinentes de l'Union européenne.

De nombreux autres instruments internationaux et régionaux se rapportent à la discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Une liste complète est proposée à [l'annexe 1](#). Si les dispositions relatives à la non-discrimination sont formulées de manière similaire dans les différents instruments juridiques, les motifs potentiels de discrimination varient, tout comme les auteurs possibles d'une demande au titre d'un instrument donné. Des références bibliographiques de documents qui précisent en quoi les divers instruments différent sont disponibles à [l'annexe 2](#).

PIDCP

Article 2 (1) : Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Article 26 : Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

26 Daniel Moeckli, Sangeeta Shah et Sandesh Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law*, 3e édition, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 151 ; Malcolm Shaw, *International Law*, 8e édition, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 287.

CIEDR

Article 1 (1). Dans la présente Convention, l'expression « discrimination raciale » vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique.

Article 2 (1). Les États parties condamnent la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale et à favoriser l'entente entre toutes les races, et, à cette fin :

(a) Chaque État partie s'engage à ne se livrer à aucun acte ou pratique de discrimination raciale contre des personnes, groupes de personnes ou institutions et à faire en sorte que toutes les autorités publiques et institutions publiques, nationales et locales, se conforment à cette obligation ;

...

(c) Chaque État partie doit prendre des mesures efficaces pour revoir les politiques gouvernementales nationales et locales et pour modifier, abroger ou annuler toute loi et toute disposition réglementaire ayant pour effet de créer la discrimination raciale ou de la perpétuer là où elle existe ;

Article 5. Conformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente Convention, les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants :

(a) Droit à un traitement égal devant les tribunaux et tout autre organe administrant la justice ;

...

(d) Autres droits civils, notamment :

(i) Droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État ;

(ii) Droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ;

...

(vii) Droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ;

(viii) Droit à la liberté d'opinion et d'expression ;

(ix) Liberté de réunion pacifique et d'association ;

...

La discrimination est également proscrite par la Convention européenne des droits de l'homme. Son article 14 prévoit un droit à l'égalité et à la non-discrimination « accessoire » à la jouissance des droits fondamentaux et des libertés garantis par les autres dispositions de la Convention. En d'autres termes, il interdit la discrimination uniquement dans le cadre de l'exercice d'un autre droit fondamental garanti par la Convention, comme le droit à la vie (article 2) ou l'interdiction de la torture (article 3). Cette restriction dans la protection offerte par l'article 14 a donné lieu à la rédaction du

Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, qui érige l'interdiction de la discrimination en droit autonome. Jusqu'à présent, ce Protocole n'a été ratifié que par 20 États sur les 47 qui sont parties à la Convention²⁷.

CrEDH

Article 14. La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Protocole n° 12, article 1 (adopté le 4 novembre 2000 et en vigueur depuis le 1^{er} avril 2005) :

1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.
2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1.

Le droit à la non-discrimination figure dans plusieurs sources du droit de l'UE, et plus précisément dans deux directives : la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative au principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (la « directive sur l'égalité raciale ») et la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (la « directive-cadre »).

La directive sur l'égalité raciale s'applique aux domaines de l'emploi, des droits sociaux, de l'éducation et des biens et services, tandis que la directive-cadre est limitée uniquement à l'emploi. L'article 2 (5) de la directive-cadre dispose que cette dernière « ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ». Bien que ces directives ne portent pas sur l'application des lois,

²⁷ La liste des pays qui ont ratifié le Protocole 12 à la Convention européenne des droits de l'homme est disponible à l'adresse suivante : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures>

dont les mesures de lutte contre le terrorisme font partie, elles fournissent, au même titre que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), des indications utiles sur la manière d'interpréter d'autres dispositions en matière de non-discrimination. En outre, certains États, lors de la transposition des directives en droit interne, ont élargi leur champ d'application.

Ces directives ont été transposées dans la législation interne des États membres de l'Union européenne, puis appliquées dans ces pays. Les institutions de l'UE sont tenues d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme et toute loi communautaire doit être conforme à la Charte des droits fondamentaux, de sorte qu'au niveau de l'UE, l'élaboration de la politique de sécurité nationale reste soumise au principe de non-discrimination. Les directives européennes elles-mêmes peuvent être contestées devant la CJUE pour des motifs de discrimination.

Directive sur l'égalité raciale

Article 2.

1. Aux fins de la présente directive, on entend par « principe de l'égalité de traitement », l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

(a) 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 ;

(b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

Le présent guide porte principalement sur le droit international relatif aux droits humains. Toutefois, les personnes qui travaillent sur ces questions doivent savoir que, dans certaines juridictions, la discrimination est interdite par le droit pénal national et que les allégations de discrimination donnent lieu le plus souvent à une plainte au pénal. C'est le cas en France où les victimes portent généralement plainte au pénal pour discrimination, notamment parce qu'il n'est pas nécessaire de faire appel à un avocat, puisque les poursuites sont prises en charge par le parquet ; de plus, il est plus facile d'accéder aux éléments de preuve par l'intermédiaire de l'enquête

du juge d'instruction²⁸. Lorsqu'une discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme justifie une enquête pénale dans un État membre de l'UE, les victimes bénéficient des normes minimales concernant l'accès à l'information, le soutien, la protection et les droits procéduraux garanties par le droit communautaire aux victimes de la criminalité²⁹. La question du choix de la juridiction et de la stratégie pour les procédures nationales, notamment les avantages et les inconvénients des plaintes au pénal, n'est pas abordée dans le présent guide de recherche ; des ressources utiles en la matière sont présentées à l'annexe 2.

2.1.3. Interdiction de la discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme

L'interdiction de la discrimination s'applique aux lois, politiques et pratiques adoptées par les États pour lutter contre le terrorisme et garantir la sécurité nationale. Le droit international permet aux États de déroger à leurs obligations de garantir certains droits humains (c'est-à-dire de les suspendre) en cas de « danger public menaçant la vie de la nation », par exemple des situations d'urgence survenant à la suite d'actes de terrorisme. Les dérogations ne sont autorisées que dans certaines circonstances extrêmement précises ; les raisons autorisant les dérogations inscrites dans le PIDCP sont énoncées à l'article 4 de ce traité, tandis que celles reconnues par la Convention européenne des droits de l'homme relèvent de son article 15. Certains droits humains ne peuvent faire l'objet d'aucune restriction ou suspension, même dans le cadre d'un état d'urgence (il s'agit alors de droits « non susceptibles de dérogation »). Bien que le droit à l'égalité et à la non-discrimination ne figure pas spécifiquement parmi les droits non susceptibles de dérogation, le PIDCP prévoit que toute mesure dérogatoire prise dans le cadre d'un état d'urgence ne doit pas entraîner de « discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale³⁰ ». Dans le même esprit, le Comité des droits de l'homme des Nations unies (CDH) a déclaré qu'« il y a des éléments ou aspects du droit à la non-discrimination auxquels aucune dérogation n'est possible, quelles que soient les circonstances³¹ ». La CrEDH a également estimé que les mesures

28 Sophie Latraverse, « Country report: Non-Discrimination – France 2020 », Commission européenne, direction générale de la justice, 2020, p. 84.

29 Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil.

30 Article 4(1) du PIDCP.

31 Comité des droits de l'homme des Nations unies, Observation générale n° 29 : Article 4 : Dérogations en période d'état d'urgence, 2001, doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 8.

dérogatoires étaient illégales lorsqu'elles étaient « disproportionnées en ce qu'elles opéraient une discrimination injustifiée³² ».

Les organismes internationaux et régionaux ont affirmé à maintes reprises que les mesures de lutte contre le terrorisme devaient respecter le principe d'égalité et de non-discrimination. Le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH) a indiqué :

« Il convient de toujours respecter le principe de non-discrimination et de veiller tout particulièrement à sauvegarder les droits des groupes vulnérables. Les mesures de lutte contre le terrorisme qui visent des groupes ethniques ou religieux spécifiques sont contraires aux droits humains et risqueraient en outre de provoquer une recrudescence de la discrimination et du racisme³³ »

[traduction non officielle].

Le HCDH a également demandé de faire preuve de « vigilance » afin que les programmes de prévention ou de lutte contre l'extrémisme violent « ne conduisent pas, de manière directe ou accidentelle, à de la discrimination, de la stigmatisation ou à un profilage racial ou religieux³⁴ ». Le Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) a souligné que les États étaient tenus de veiller « à ce que les mesures prises pour lutter contre le terrorisme n'aient pas pour but ou pour effet d'entraîner une discrimination fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique³⁵ ». La rapporteuse spéciale des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme dans la lutte antiterroriste a dénoncé les mesures discriminatoires prises dans de nombreux pays pour lutter contre le terrorisme et a constaté avec inquiétude que certaines politiques de lutte contre l'extrémisme « ciblent expressément certains groupes et communautés, notamment en raison de leurs croyances religieuses³⁶ ».

32 *A. et autres c. secrétaire d'État au ministère de l'Intérieur, 2004, UKHL (Chambre des Lords au Royaume-Uni) 56, § 190.*

33 HCDH, « Digest of Jurisprudence of the UN and Regional Organizations on the Protection of Human Rights While Countering Terrorism », p. 5.

34 HCDH, Rapport sur les pratiques optimales et les enseignements tirés concernant la façon dont la protection et la promotion des droits de l'homme contribuent à prévenir et à combattre l'extrémisme violent, 2016, A/HRC/33/29, § 31.

35 CERD, Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Soixantième session (4-22 mars 2002), Soixante-et-unième session (5-23 août 2002), 2002, doc. ONU A/57/18, § XI(C(5)).

36 Rapporteuse spéciale des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, « Conséquences sur les droits de l'homme des politiques et des pratiques visant à prévenir et à combattre l'extrémisme violent », 2020, doc. ONU A/HRC/43/46, § 28.

À l'échelle régionale, l'ECRI recommande que la législation et les réglementations « adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme soient appliquées aux niveaux national et local de manière à ne pas discriminer [...] pour des motifs de "race", de couleur, de langue, de religion, de nationalité, d'origine nationale ou ethnique réels ou supposés³⁷ ». Des dispositions interdisant la discrimination figurent également dans certains instruments juridiques et politiques de l'UE relatifs à la lutte contre le terrorisme. La directive 2017/541 relative à la lutte contre le terrorisme précise dans son considérant n° 35 qu'elle respecte l'interdiction générale de discrimination et indique notamment, dans son considérant n° 39, que les « mesures de droit pénal adoptées au titre de la présente directive devraient [...] exclure toute forme d'arbitraire, de racisme ou de traitement discriminatoire³⁸ ». L'article 29 de cette directive enjoint également à la Commission européenne d'évaluer l'effet potentiellement discriminatoire de cette directive. La directive de l'UE relative au financement du terrorisme fait également référence au principe de non-discrimination dans les considérants 65 et 66³⁹.

En pratique, les dispositions interdisant la discrimination dans les instruments de lutte contre le terrorisme de l'UE n'ont pas empêché la mise en œuvre de lois et de politiques discriminatoires. On constate un décalage flagrant entre le discours relatif aux droits humains tenu dans ces documents et les mesures prises par les États membres. Toutefois, les termes employés offrent un moyen de pression précieux pour la recherche sur l'effet discriminatoire des mesures antiterroristes et la sensibilisation à cette question. Dans le cadre de la directive 2017/541 sur la lutte contre le terrorisme, la Commission européenne réalise actuellement une évaluation de l'effet de la directive sur les droits fondamentaux, y compris sur le droit à la non-discrimination, qui devra être présentée au Conseil et au Parlement européen d'ici septembre 2021.

37 ECRI, Recommandation de politique générale n° 8. Pour lutter contre le racisme tout en combattant le terrorisme, 2004, p. 5.

38 Directive 2017/541 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JHA du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JHA du Conseil.

39 Directive 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme.

2.2. Définition de la discrimination

Le Comité des droits de l'homme des Nations unies (CDH) définit la discrimination comme « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour

effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁰ ». [texte mis en forme pour les besoins du présent guide]

2.2.1. Éléments de discrimination

2.2.1.1. « Toute distinction, exclusion, restriction ou préférence » ou « un traitement moins favorable »

Pour qu'il y ait discrimination, il faut d'abord qu'une personne ou qu'un groupe de personnes ait subi une « distinction, exclusion, restriction ou préférence ». La formulation de cette condition est légèrement différente dans la législation européenne, qui emploie l'expression « traitement moins favorable », et dans la CrEDH, qui parle de « différence de traitement⁴¹ ». Un « traitement moins favorable » se produit lorsqu'une personne a été traitée de manière moins favorable ou différente qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation similaire. Ce traitement peut être imposé par les pouvoirs publics en application de la législation nationale ou par l'intervention d'agents de l'État ou d'entités privées.

Voici quelques exemples de « traitement moins favorable » dans un contexte de lutte contre le terrorisme : interpellations suivies de fouilles ou contrôles d'identité par la police ou les gardes-frontières ; surveillance ; perquisitions ; limitations aux droits à un procès équitable ; incarcération ; conditions de détention plus dures ; déchéance de nationalité ; éloignement du territoire pour des raisons de sécurité nationale ; inscription sur des listes (par exemple une liste de personnes soupçonnées de terrorisme) ; orientation vers un programme de lutte contre la radicalisation ou l'extrémisme ; et imposition d'une ordonnance de contrôle (c'est-à-dire une mesure administrative imposant une série de restrictions, souvent au droit de circuler librement et à la liberté d'association, également appelée assignation à résidence).

40 Comité des droits de l'homme des Nations unies, Observation générale n° 18. Non discrimination, 1989, doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.1, § 7.

41 Article 2(2), directive sur l'égalité raciale ; *Burden c. Royaume-Uni* (requête n° 13378/05), Cour européenne des droits de l'homme, 2008, § 60.

2.2.1.2. Fondés sur des motifs prohibés

Le « traitement moins favorable » doit être fondé sur certains motifs de discrimination prohibés. Les motifs prohibés sont également appelés caractéristiques protégées. Selon la définition du CDH, il s'agit de : la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune et la naissance. Cette liste est non exhaustive en ce sens que des allégations de discrimination peuvent être faites sur la base de motifs qui ne sont pas énumérés (« et toute autre situation »), ce qui permet de définir de nouveaux motifs de discrimination.

Une personne ou un groupe de personnes peut se dire victime de discrimination sans présenter la caractéristique protégée. Un individu peut être associé à quelqu'un d'autre qui présente une telle caractéristique et subir une discrimination à ce titre. Ainsi, une mère a réussi à faire valoir qu'elle était traitée de manière défavorable au travail parce que son fils était en situation de handicap⁴². Un individu peut aussi être *préssumé* présenter une caractéristique protégée. Une personne non musulmane qui est perçue comme musulmane, et qui souffre de ce fait d'un traitement moins favorable, peut s'estimer victime de discrimination fondée sur la religion, même si elle n'est pas musulmane en réalité. Ce principe peut être appliqué encore plus largement : une personne qui subit un traitement moins favorable au travail parce qu'elle a participé à une Marche des fiertés peut invoquer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁴³ ou une personne sanctionnée pour ne pas avoir appliqué une mesure discriminatoire à l'égard d'une certaine religion peut invoquer une discrimination fondée sur la religion⁴⁴.

Il doit exister un lien de causalité entre la caractéristique protégée et le traitement moins favorable. Mais cela ne signifie pas que la caractéristique protégée soit la *seule* raison à l'origine de la pratique, de la règle ou de la politique contestable. Il n'est pas non plus nécessaire qu'un tel comportement mentionne de façon explicite le motif prohibé ou s'applique exclusivement à ceux et celles qui présentent la caractéristique protégée. L'établissement d'un lien de causalité entre la caractéristique protégée et ledit traitement est examiné plus en détail dans la sous-partie 3.2.

42 S. Coleman c. Attridge Law et Steve Law, C-303/06, 2008, ECLI:EU:C:2008:415.

43 Tribunal d'arrondissement de Varsovie (centre-ville), XY et Société polonaise du droit antidiscriminatoire (PSLA) au nom de XY c. Entreprise Z, sygn. VI C 402/13, arrêt du 9 juillet 2014 ; Tribunal régional de Varsovie (deuxième instance), sygn. V Ca 3611/14, arrêt du 18 novembre 2015.

44 Affaire Showboat Entertainment Centre Ltd c. Owens, 1984, ICR 65.

Les caractéristiques protégées particulièrement pertinentes dans le contexte de la lutte contre le terrorisme sont la race, la religion, l'origine ethnique, l'origine nationale, la nationalité, les opinions politiques ou autres, et le sexe. Ces motifs figurent dans la plupart des définitions internationales et régionales de la discrimination. Dans le cas de la nationalité, les États sont autorisés à faire des distinctions entre ressortissants et non-ressortissants dans certains domaines bien définis, tels que le droit de vote⁴⁵. La CrEDH a accepté que la nationalité relève du champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme (« ou toute autre situation » à l'article 14), mais la directive sur l'égalité raciale et la directive-cadre excluent explicitement de leur champ d'application la « différence de traitement fondée sur la nationalité » (article 3(2)⁴⁶).

2.2.1.3. Sans justification objective et raisonnable

La loi autorise une différence de traitement fondée sur un motif prohibé de discrimination dans certaines circonstances, à savoir lorsqu'il existe **une justification objective et raisonnable** de la différence de traitement. Les conditions suivantes doivent alors être réunies :

- La différence de traitement poursuit un but légitime, tel que la sécurité nationale ou l'ordre public⁴⁷ ; et
- Il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, ce qui signifie que les moyens mis en œuvre sont :
 - (1) appropriés, c'est-à-dire que la mesure est un moyen adéquat et efficace pour parvenir au but recherché⁴⁸ ;
 - (2) nécessaires, dès lors qu'il n'existe pas d'autres mesures moins discriminatoires qui pourraient atteindre le même objectif⁴⁹ ; et

45 CERD, Recommandation générale n° 30, Discrimination contre les non-ressortissants, 2004, doc. ONU CERD/C/64/Misc.11/rev.3.

46 Lorsque les différences de traitement fondées sur la nationalité s'apparentent à une discrimination indirecte en raison de l'origine raciale ou ethnique, elles relèvent du champ d'application de la directive sur l'égalité raciale. Pour de plus amples explications sur la discrimination fondée sur la nationalité au regard de la législation de l'UE, voir Olivier De Schutter, « Links between migration and discrimination: A legal analysis of the situation in EU Member States », Commission européenne : Direction générale de la justice, 2016.

47 Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18, Non-discrimination, § 13 ; *Affaire linguistique belge* (1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64), Cour européenne des droits de l'homme, 1968, § I(B(10)).

48 par ex., C-222/84, *Johnston c. RUC*, 1986, ECLI:EU:C:1986:206, § 38 ; *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, 1985, § 81.

49 Voir, par exemple, C-222/84, *Johnston c. RUC*, 1986, ECLI:EU:C:1986:206, § 38 ; *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche* (13914/88), Cour européenne des droits de l'homme, 1993, § 39.

- (3) proportionnés par rapport à ce but, c'est-à-dire que l'importance de l'objectif poursuivi l'emporte sur les désavantages subis par les victimes de discrimination et l'ensemble de leur communauté.

L'évaluation de la pertinence, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict (voir points 1 à 3 ci-dessus) est souvent désignée sous le terme de « principe de proportionnalité⁵⁰ ».

Pour évaluer si la justification avancée est conforme à ces critères, il faut examiner un certain nombre de questions, notamment l'objectif poursuivi par la loi ou la politique concernée, leurs répercussions générales, ainsi que les autres solutions possibles.

À la différence de la CrEDH⁵¹ et des instruments juridiques internationaux, le droit de l'UE ne permet pas de justification objective d'une discrimination directe fondée sur des motifs raciaux et religieux, dans le cadre du champ d'application restreint de la directive sur l'égalité raciale et de la directive-cadre⁵².

Dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, l'objectif légitime visé est presque toujours la sécurité nationale (ou l'ordre public). Il est rare que les tribunaux nient l'existence d'un but légitime. Néanmoins, tout objectif de sécurité nationale déclaré doit être strictement défini. Les mesures antiterroristes sont moins susceptibles de satisfaire au principe de proportionnalité pour les raisons exposées à la [section 3.2.3](#). Il convient d'examiner d'abord si la mesure discriminatoire est un moyen approprié et efficace de lutter contre le terrorisme, puis si l'objectif de sécurité nationale avancé par le gouvernement l'emporte sur le préjudice occasionné par la mesure visant la personne ou le groupe de personnes concernés.

50 *Affaire linguistique belge* (1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64), Cour européenne des droits de l'homme, 1968, § I(B(10)).

51 Voir les conclusions de l'avocate générale E. Sharpston présentées le 13 juillet 2016 dans l'affaire C-188/15, *Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA*, § 63-67.

52 Certaines dérogations spécifiques autorisent la discrimination directe dans le domaine de l'emploi quand la race, l'origine ethnique ou la religion répondent à une exigence professionnelle essentielle, ainsi que dans le cadre d'actions positives pour prévenir ou compenser les désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique. La directive sur l'égalité raciale et la directive-cadre ne s'appliquent pas aux questions relatives à l'application des lois ou à la sécurité nationale (voir section 2.1.2).

2.2.1.4. Pertinence de l'intention

Il faut noter qu'aucune **intention** discriminatoire n'est requise pour prouver une discrimination⁵³. Il n'est nul besoin de prouver qu'une personne avait eu l'intention de discriminer ou qu'elle était motivée par un préjugé ou un parti pris. De même, une autorité publique peut invoquer des raisons impartiales pour justifier une règle ou une pratique particulière, mais si cette pratique constitue une différence de traitement injustifiée fondée sur un motif de discrimination prohibé, elle équivaut alors à une discrimination.

2.2.2. Formes de discrimination

2.2.2.1. Discrimination directe

Une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable ou préjudiciable du fait d'une caractéristique protégée. On considère généralement que cela permet de garantir l'égalité formelle. La discrimination directe est interdite par le droit international relatif aux droits humains et le droit européen⁵⁴. Dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, se voir refuser l'entrée sur un territoire du fait de l'ordre donné à la police de refuser les personnes d'une origine ethnique particulière est un exemple de discrimination directe⁵⁵. Dans le cas d'une allégation de discrimination directe, la législation ou la pratique en cause ne doit pas nécessairement mentionner explicitement le motif de discrimination prohibé, mais elle peut se référer à une caractéristique ou à une pratique indissociable du motif en question. À titre d'exemple, une liste des facteurs de radicalisation incluant la pratique du jeûne au moment du ramadan constitue un élément de preuve de discrimination directe fondée sur la religion, car le jeûne pendant le ramadan est indissociable de l'islam.

2.2.2.2. Discrimination indirecte

Une discrimination indirecte se produit lorsqu'une politique, une pratique ou une règle, apparemment neutre à première vue, entraîne en fait un désavantage à l'égard d'un groupe de personnes ou a un effet disproportionné sur lui dans la pratique, à moins que cet effet puisse être justifié objectivement⁵⁶. La CrEDH a reconnu que la discrimination pouvait être

53 *Althammer et autres c. Autriche*, Comité des droits de l'homme des Nations unies, doc. ONU CCPR/C/78/D/998/2001, 2003, § 10.2. Voir aussi, par exemple, l'avis 1996-23 de la Commission pour l'égalité de traitement des Pays-Bas, qui indique qu'elle « interdit l'inégalité de traitement quelle que soit l'intention de la personne qui l'inflige ».

54 Voir les définitions de la discrimination figurant dans les instruments juridiques internationaux et régionaux dans la sous-partie 2.1.

55 Ce fut le cas dans l'affaire *Timishev c. Russie*, (55762/00, 55974/00), Cour européenne des droits de l'homme, 2005.

56 Article 2 (2) (b), directive de l'UE sur l'égalité raciale.

indirecte, en affirmant « qu'une différence de traitement pouvait prendre la forme d'effets préjudiciables disproportionnés d'une politique ou mesure générale qui, bien que formulée dans des termes neutres, est discriminatoire à l'égard d'un groupe⁵⁷ ». Le CDH retient dans sa définition des mesures ayant pour *objet* (discrimination directe) ou pour *effet* (discrimination indirecte) de porter atteinte aux droits d'une personne sur la base d'un motif prohibé.

Il arrive que des politiques et des lois, sans avoir pour objectif ou pour intention de porter préjudice à un groupe spécifique, le fassent involontairement. Elles peuvent provoquer « une conséquence distincte abusive sur un groupe » et être ainsi discriminatoires⁵⁸. Il peut s'agir de lois officielles, d'une politique générale écrite ou de pratiques informelles. À titre d'exemple de discrimination indirecte, on peut évoquer une loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, qui peut affecter de manière disproportionnée les femmes musulmanes portant le voile intégral.

2.2.2.3. Discrimination multiple, intersectionnelle et systémique

Aborder la discrimination sous l'angle d'une seule caractéristique ne permet pas de tenir compte de certaines violations du droit à l'égalité et à la non-discrimination. Comme expliqué dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Mossop*, « certaines personnes peuvent être depuis toujours victimes d'exclusion pour un motif fondé à la fois sur la race et le sexe, l'âge et un handicap physique, ou toute autre combinaison [...] Classifier ce genre de discrimination comme étant principalement fondée sur la race ou sur le sexe, c'est mal concevoir la réalité des actes discriminatoires tels qu'ils sont perçus par les victimes⁵⁹ ».

La discrimination multiple désigne une différence de traitement illégale sur la base de plusieurs motifs liés à des caractéristiques distinctes. Ainsi, une femme musulmane qui fait l'objet d'insultes en raison de son genre et, par ailleurs, de commentaires désobligeants sur ses pratiques religieuses au travail est la cible d'une discrimination multiple. **La discrimination intersectionnelle** désigne une situation dans laquelle plusieurs motifs interagissent les uns avec les autres, donnant ainsi lieu à une forme de discrimination spécifique, distincte de la discrimination fondée sur un des motifs pris isolément. La police peut, par exemple, interpeller un jeune musulman en raison de préjugés concernant spécifiquement les jeunes hommes musulmans, mais qui ne s'appliquent pas aux jeunes non musulmans

57 *D.H. et autres c. République tchèque* (57325/00), Cour européenne des droits de l'homme, 2007, § 184.

58 CERD, Recommandation générale n° 14 concernant le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention, 1994, doc. ONU A/48/18, § 2.

59 La juge Claire L'Heureux-Dubé s'exprimant au nom de la minorité dissidente dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Mosso*, 1993, 1, Rapport de la Cour suprême du Canada, 554, § 645-6.

ou aux jeunes femmes musulmanes. Dans ce cas, c'est la conjugaison des caractéristiques qui conduit à l'interpellation de la police. La discrimination intersectionnelle est de plus en plus reconnue par les organes de suivi des traités des Nations unies, y compris dans des affaires individuelles⁶⁰. La **discrimination systémique** n'est pas spécifiquement définie dans le droit international. Elle est toutefois pertinente pour statuer sur des affaires et dans certaines juridictions (voir l'affaire du Conseil de Prud'hommes de Paris ci-dessous ainsi que la sous-section 2.2.2.4⁶¹). Les allégations de discrimination systémique peuvent être démontrées par le contexte général de désavantages auxquels certaines catégories de population sont confrontées (voir section 3.3.5).

60 Par exemple : CERD, « General comment No. 32 on special measures needed to advance certain racial or ethnic groups », 2009, doc. ONU A/64/18 (annexe VIII), § 7 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2, 2010, doc. ONU CEDAW/C/GC/35, § 18 ; *Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Maria de Lourdes da Silva Pimentel c. Brésil*, doc. ONU CEDAW/C/49/D/17/2008, 2011 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Kell c. Canada*, doc. ONU CEDAW/C/51/D/19/2008, 2012 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *R.P.B. c. Les Philippines*, doc. ONU CEDAW/C/57/D/34/2011, 2014.

61 La discrimination systémique est un concept reconnu en droit canadien – voir *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada* (Commission canadienne des droits de la personne), 1987, 1, R.C.S. 1114 – et par la Commission de l'égalité des chances dans l'emploi des États-Unis – voir <https://www.eeoc.gov/systemic-enforcement-eeoc>. En France, à la suite d'une étude du ministère de la Justice sur les discriminations systémiques sur le lieu de travail, une nouvelle loi prévoyant des actions de groupe intentées par des syndicats et des ONG a été introduite en 2016 pour tenter de remédier aux discriminations systémiques (voir la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice au XXIe siècle).

Affaire concernant 25 ouvriers du bâtiment maliens en situation irrégulière – Conseil de Prud’hommes de Paris⁶²

À la suite de graves accidents du travail puis d’une grève, 25 ouvriers du bâtiment maliens en situation irrégulière ont déposé plainte pour discrimination systémique en raison de leur origine, de leur nationalité et de leur ethnie contre leur employeur. Ce dernier n’avait pas garanti leur sécurité, ni émis de bulletins de paie, ni versé les arriérés de salaires, entre autres atteintes à leurs droits en matière d’emploi.

Dans un jugement de décembre 2019, et conformément à une décision du Défenseur des droits⁶³, le Conseil de Prud’hommes de Paris a estimé que les mauvais traitements des

25 travailleurs constituaient une « discrimination raciale et systémique ». Le Conseil de Prud’hommes avait retenu à titre de preuve une analyse sociologique qualitative menée sur la gestion de la main-d’œuvre sur les chantiers de construction à Paris. Le Défenseur des droits a fait valoir, en s’appuyant en partie sur cet élément de preuve, qu’il existait une hiérarchisation des droits et des tâches sur les chantiers en fonction de l’appartenance ethnique, le travail étant réparti selon l’origine et les tâches les plus pénibles et les plus dangereuses étant attribuées aux ouvriers maliens qui étaient en situation irrégulière.

2.2.2.4. Harcèlement

Le harcèlement désigne une forme de discrimination dans laquelle un comportement indésirable lié à un motif prohibé 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. Le harcèlement est spécifiquement interdit aux termes de l’article 2 (3) de la directive sur l’égalité raciale et de la directive-cadre de l’UE, mais il n’est pas reconnu par les organismes internationaux de défense des droits humains comme un fondement de l’action distinct. Ces organismes peuvent néanmoins examiner des plaintes concernant des comportements équivalant à du harcèlement, à condition qu’elles répondent à la définition usuelle de la discrimination énoncée dans le traité applicable⁶⁴. Pour déterminer les effets du comportement incriminé, les tribunaux vont prendre en compte la perception de la victime et procéder à une évaluation

62 Conseil de Prud’hommes de Paris, jugement relatif à la discrimination raciale et systémique dont ont été victimes des travailleurs sans papiers maliens dans le secteur du BTP, 17 décembre 2019, n° 17/10051.

63 Défenseur des droits, décision 2019-108 du 19 avril 2019 relative à la situation de 25 travailleurs en situation irrégulière s’estimant victimes de traitements discriminatoires de la part de leur employeur, une entreprise du secteur du bâtiment, en raison de leur origine et de leur nationalité.

64 Une plainte devant le CERD concernant une situation qui pourrait être considérée comme du harcèlement dans le droit de l’UE a été déposée dans le cadre de l’affaire *Hagan c. Australie*, Comité des Nations unies pour l’élimination de la discrimination raciale, doc. ONU CERD/C/62/D/26/2002, 2003. Le requérant a eu gain de cause en invoquant une discrimination, mais sans avoir recours à la notion de harcèlement.

objective. Le harcèlement peut prendre différentes formes, telles que des paroles, des écrits, des images, des contacts physiques et des gestes. Un fait suffisamment grave suffit à justifier une allégation de harcèlement. À la différence des allégations de discrimination ordinaires, le harcèlement ne peut pas être objectivement justifié, ce qui signifie que l'État ne peut pas invoquer la sécurité nationale ou tout autre objectif légitime comme moyen de défense une fois qu'un cas de harcèlement est établi. Il n'est pas nécessaire de démontrer que la cible de harcèlement a été traitée différemment des autres (c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de trouver un élément de comparaison – voir [section 3.3.3](#)).

Le profilage ethnique par les forces de l'ordre peut être considéré comme une forme de harcèlement (voir le cas de harcèlement policier à Paris ci-après). Le Comité de l'administration de la justice à Belfast a mené une importante étude en 1994 sur le harcèlement par les forces de sécurité dans le contexte de la lutte contre le terrorisme en Irlande du Nord (voir la sous-section [3.3.6.4](#)). En matière antiterroriste, le harcèlement peut aussi s'appliquer dans des affaires individuelles dans lesquelles une personne perçue comme un terroriste présumé, comme un extrémiste ou comme présentant un risque de « radicalisation » est exposée à l'ingérence des forces de l'ordre (par exemple sous la forme de visites, de surveillance, de prises de contact auprès des employeurs et des proches), ce qui crée un climat hostile et dégradant à leur égard.

Harcèlement policier dans le 12^e arrondissement de Paris⁶⁵

En décembre 2015, un groupe de 18 personnes, composé de mineurs et de jeunes adultes d'origine maghrébine et africaine, a fait état de contrôles d'identité, d'insultes racistes, de coups et de palpations assimilables à des agressions sexuelles commis de manière répétée et injustifiée par la police. Sur ordre de leur hiérarchie, des policiers patrouillaient dans des quartiers du 12^e arrondissement de Paris pour évincer ou déplacer des groupes de jeunes, lesquels étaient par ailleurs officiellement qualifiés d'« indésirables » dans le système informatique de la police. En avril 2018, trois policiers ont été condamnés en première instance pour violences commises par des personnes dépositaires de l'autorité publique.

Dans le cadre d'une action civile contre l'État français intentée par des personnes victimes de ce

harcèlement policier, le Défenseur des droits a conclu, dans des observations présentées en mai 2020, que les pratiques systématiques et abusives de contrôle d'identité et de violence policière avaient créé un climat « intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Il a estimé que ces pratiques policières constituaient un « harcèlement discriminatoire » et une « discrimination systémique », en notant qu'il ne s'agissait pas de faits isolés et que ces agissements s'inscrivaient dans un contexte de contrôles d'identité discriminatoires avérés de la part de la police. En octobre 2020, le tribunal de première instance a déclaré l'État responsable d'une faute lourde en lien avec l'usage disproportionné de la force et les contrôles d'identité injustifiés de la police. Toutefois, l'allégation de discrimination n'a pas été retenue.

Des discours racistes et discriminatoires tenus par des responsables politiques ont également été considérés comme du harcèlement⁶⁶. On trouve de nombreux exemples de discours de responsables politiques établissant des liens entre islam et terrorisme, ayant pour effet de créer un environnement de vie hostile et dégradant pour les personnes musulmanes (voir sous-section 3.3.6.3).

2.2.3. Profilage ethnique

Le profilage ethnique est interdit par le droit international et le droit européen, car il constitue une violation du droit de ne pas subir de discrimination. En 2009, le CDH a été le premier organisme international à reconnaître que le profilage racial était une discrimination illégale, estimant que les caractéristiques physiques et ethniques des personnes « ne doivent pas être considérées en elles-mêmes comme un indice » de leur situation illégale dans un pays⁶⁷. La CrEDH a estimé que, lorsqu'une mesure de maintien de l'ordre

65 Pascale Pascariello, 'Le Défenseur des droits dénonce la discrimination systématique pratiquée par la police', *Médiapart*, 2 June 2020, <https://www.mediapart.fr/journal/france/020620/le-defenseur-des-droits-denonce-la-discrimination-systemique-pratquee-par-la-police>

66 Voir notamment, Bulgarie, Commission chargée de la protection contre la discrimination, décision n° 119 du 29 mars 2017 ; Hongrie, Cour d'appel de Debrecan, arrêt n° Pf.I.20.059/2019/4 du 9 mai 2019 ; Italie, Tribunal de Milan, décision n° 47117/2016 du 22 février 2017.

67 *Rosalind Williams Lecraft c. Espagne*, Comité des droits de l'homme, doc. ONU 1493/2006, 2009.

est fondée exclusivement ou dans une large mesure sur l'origine ethnique, elle ne peut être justifiée de façon objective⁶⁸. Des tribunaux nationaux de toute l'Europe ont également confirmé cette position dans des affaires concernant des allégations de profilage ethnique⁶⁹.

Le profilage ethnique est défini comme une pratique selon laquelle « la police et les autres agents des forces de l'ordre se fient, si peu que ce soit, à la race, à la couleur, à l'ascendance ou à l'origine nationale ou ethnique pour soumettre des personnes à des investigations ou déterminer si un individu donné a des activités criminelles⁷⁰ ». Le CERD et l'ECRI ont tous deux estimé que le profilage ethnique constituait une violation de l'interdiction de la discrimination⁷¹. L'ECRI définit le profilage racial comme l'« utilisation par la police, sans justification objective et raisonnable, de motifs tels que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique dans des activités de contrôle, de surveillance ou d'investigation⁷² ». Dans sa recommandation générale récemment adoptée sur la prévention et l'élimination du recours au profilage racial, le CERD fait l'observation suivante : « Le profilage racial est lié à des stéréotypes et des préjugés, qui peuvent être conscients ou inconscients, et individuels ou institutionnels et structurels⁷³. »

68 *Timishev c. Russie* (requêtes n° 55762/00 et 55974/00), Cour européenne des droits de l'homme, 2005, § 59.

69 Voir notamment : Finlande – Tribunal national pour la non-discrimination et l'égalité, décision n° 337/2018, 19 décembre 2018 ; France – Cour de Cassation, arrêt n° 1245, 9 novembre 2016 (gain de cause partiel) ; Allemagne – Haute juridiction administrative de Rhénanie-Palatinat, décision 7 A 11108/14.OVG, 21 avril 2016 ; Suède – Cour d'appel de Svea, affaire T 6161-16, *Fred Taikon (et 10 autres plaignants) c. État suédois par l'intermédiaire de la chancelière de la Justice*, 28 avril 2017 ; Pays-Bas – Cour suprême, n° 16/00166, 9 octobre 2018 (voir également le recours judiciaire concernant le profilage ethnique pratiqué par la police des frontières hollandaise, <https://pilpnjcm.nl/en/dutch-border-police-in-court-for-ethnic-profiling/>).

70 Déclaration et Programme d'action de Durban, Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, 2001, doc. ONU A/CONF.189/1, § 72. Le CERD a également utilisé cette définition dans sa recommandation générale sur le profilage racial adoptée en novembre 2020 (voir Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 36 sur la prévention et l'élimination du recours au profilage racial par les représentants de la loi, 2020, doc. ONU CERD/C/GC/36, § 21).

71 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Observations finales du Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale en Autriche, 2002, doc. ONU CERD/C/60/CO/1 et Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 36 sur la prévention et l'élimination du recours au profilage racial par les représentants de la loi, 2020, doc. ONU CERD/C/GC/36.

72 ECRI, Recommandation de politique générale n° 11 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police, 2007, doc. CRI(2007)39, § 1.

73 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 36 sur la prévention et l'élimination du recours au profilage racial par les représentants de la loi, 2020, doc. ONU CERD/C/GC/36, § 20.

Les définitions du profilage ethnique varient en fonction du rôle que joue l'origine ethnique dans la décision prise par les forces de l'ordre. La première définition mentionnée ci-dessus est la plus large, car elle inclut les pratiques qui se fondent « *si peu que ce soit* » sur la race ou l'origine ethnique. Des définitions plus restrictives limitent le profilage ethnique aux situations où l'origine ethnique est le critère « *unique ou principal*⁷⁴ » de la discrimination. Il est beaucoup plus difficile de prouver que l'origine ethnique est « *l'unique ou le principal* » critère que de démontrer qu'elle a eu un rôle « *si peu que ce soit* » important, car les agents de la force publique peuvent souvent faire valoir de nombreuses raisons pour justifier leur décision. Le caractère trop restrictif du *critère unique* a conduit à un élargissement des définitions du profilage ethnique en droit international. Dans le cadre de ses commentaires sur une version préliminaire de la Recommandation générale n° 36 du CERD, Amnesty International a proposé de définir le profilage ethnique comme une situation dans laquelle « en l'absence de description d'un suspect, des caractéristiques personnelles telles que la race, la couleur, l'ascendance, la nationalité ou l'origine ethnique présumées, etc. sont prises en compte dans les décisions des forces de l'ordre, de façon non seulement décisive mais aussi en combinaison avec d'autres facteurs⁷⁵ ».

Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, de nombreuses formes de discrimination peuvent être considérées comme du profilage ethnique. Le profilage dans les activités de la police peut se manifester lors des opérations d'interpellations suivies de fouilles, de contrôles d'identité, d'arrestation, de perquisitions, de surveillance et de contrôle aux frontières. Par ailleurs, il peut être utilisé pour orienter des personnes vers des programmes de lutte contre la radicalisation. De nombreuses définitions du profilage ethnique font référence aux mesures prises par les responsables de l'application des lois, notamment les forces de police, les services de sécurité et les organismes frontaliers⁷⁶. Le rapporteur spécial des Nations unies sur la lutte contre le

74 Selon la définition de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, il s'agit de décisions en matière d'application des lois qui sont « fondées uniquement ou principalement » sur la race, l'ethnicité ou la religion. Voir l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Pour des pratiques de police plus efficaces, Guide pour comprendre et prévenir le profilage ethnique discriminatoire*, 2010, p. 15.

75 Amnesty International, *Observations to the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination Draft General Recommendation No. 36 on preventing and combating racial profiling*, 2019 (index AI : IOR 40/0624/2019).

76 Au sujet des technologies numériques et de la discrimination dans le contexte du contrôle aux frontières et de l'immigration, voir la rapporteuse spéciale des Nations unies sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, « Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance », 2020, doc. ONU A/75/590.

terrorisme et les droits humains a dénoncé l'adoption par de nombreux pays à travers le monde, surtout depuis le 11 septembre 2001, de mesures de maintien de l'ordre fondées sur des profils de « terroristes » comportant des caractéristiques telles que la race, l'origine ethnique, l'origine nationale ou la religion supposées. Il a également souligné que le profilage fondé sur la « race » était incompatible avec les principes relatifs aux droits humains⁷⁷.

77 Rapporteur spécial des Nations unies sur la lutte antiterroriste et les droits humains, Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, 2007, doc. ONU A/HRC/4/26.

3. Démontrer l'existence de la discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme

3.1. Introduction

Cette partie contient des orientations utiles pour formuler une allégation de discrimination survenue dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. La première sous-partie, [3.2](#), expose ce qu'il convient de démontrer en appliquant au contexte de la lutte contre le terrorisme les éléments de la définition de la discrimination, présentée à la [section 2.2.1](#), et en analysant le niveau de preuve nécessaire. Dans la deuxième sous-partie, [3.3](#), il est expliqué que ces éléments peuvent être établis à l'aide de différentes méthodes, comme le recours à des éléments de comparaison ou la démonstration de la présence de stéréotypes, et les sources de preuves sont présentées, notamment les entretiens et les données quantitatives.

Les méthodes et les moyens de preuve abordés dans ce chapitre valent autant pour les allégations de discrimination directe qu'indirecte. Ces deux formes de discrimination entraînent une différence de traitement fondée sur un motif prohibé. Par exemple, un musulman peut être contrôlé à la frontière parce que les gardes-frontières ciblent explicitement les hommes musulmans pour les interroger (discrimination directe) ou parce que les critères de sélection des personnes à contrôler sont formulés de telle sorte que les hommes musulmans sont plus susceptibles de les remplir (discrimination indirecte). Dans certaines circonstances, il peut être difficile de déterminer s'il s'agit de discrimination directe ou indirecte et l'une ou l'autre peut être invoquée. Dans ce cas, les chercheurs et chercheuses doivent faire un choix en fonction des éléments de preuve les plus solides dont ils disposent, à l'aide des méthodes décrites ci-après.⁷⁸

3.2. Que faut-il démontrer ?

3.2.1. Un traitement moins favorable

La première étape pour établir une allégation de discrimination consiste à définir le traitement moins favorable subi par une personne ou un groupe. Il peut s'agir, par exemple, du signalement à un programme de lutte contre la radicalisation, de l'application d'une ordonnance de contrôle ou d'un régime

⁷⁸ Dans l'arrêt *Chez*, la CJUE analyse la différence entre discrimination directe et discrimination indirecte et enjoint à la juridiction nationale de se fonder sur les éléments de preuve pour juger si les faits relèvent de la discrimination directe ou indirecte. Voir arrêt C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, EU:C:2015:480, 2015, § 92-109.

d'incarcération plus strict. Outre les mesures individuelles, un « traitement moins favorable » peut être un traitement différencié lié à une approche institutionnelle de l'État, par exemple lorsque la responsabilité de la surveillance est confiée aux services secrets ou à l'armée plutôt qu'à la police ou que des pouvoirs exceptionnels sont utilisés contre certains groupes et non contre d'autres, pourtant dans une situation similaire⁷⁹. Ainsi, en Irlande du Nord, le service de contre-espionnage militaire britannique, le MI5, est responsable de la surveillance secrète des groupes armés républicains, alors que celle des groupes armés loyalistes est du ressort de la Force de police de l'Irlande du Nord (PSNI), ce qui entraîne d'importantes différences sur le plan des obligations, des normes et du contrôle mis en œuvre par le MI5 et par le PSNI en matière d'égalité⁸⁰.

En général, lorsque des mesures, des pratiques, des politiques ou des lois constituent un « traitement moins favorable », celui-ci peut facilement être mis en évidence et prouvé au moyen de documents pertinents. L'application d'une ordonnance de contrôle, par exemple, peut être démontrée par des documents liés à l'ordonnance qui ont été remis à la personne et à son avocat. Qui plus est, pour montrer que le traitement en question est « moins favorable », il peut être nécessaire de détailler ses répercussions sur les droits fondamentaux ou les préjudices qu'il a causés. Priver une personne de sa nationalité, par exemple, est clairement « moins favorable » que ne pas le faire, compte tenu des conséquences importantes de la déchéance de nationalité sur l'exercice des autres droits.

79 Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, par exemple, le gouvernement irlandais a invoqué une discrimination, qui n'a pas été retenue, en faisant valoir que les groupes armés loyalistes et les républicains avaient été traités différemment, car des pouvoirs exceptionnels avaient été mis en œuvre exclusivement contre les groupes armés républicains jusqu'en 1973, puis majoritairement contre ceux-ci après 1973. La Cour a jugé qu'une différence de traitement existait jusqu'en 1973, mais qu'elle était objectivement et raisonnablement justifiée. *Irlande c. Royaume-Uni* (5310/71), Cour européenne des droits de l'homme, 1978, § 225-232.

80 Comité pour l'administration de la justice (CAJ), *The Policing You Don't See: Covert Policing and the Accountability Gap: Five Years on from the Transfer of "National security" primacy to MI5*, 2012, p. 67.

3.2.2. Fondé sur des motifs prohibés

3.2.2.1. Race et religion : la lutte contre le terrorisme et les personnes musulmanes en Europe

La discrimination doit être fondée sur certains motifs prohibés. Avant d'analyser ces motifs particuliers plus en détail, il est utile de comprendre comment la discrimination contre les personnes musulmanes peut être considérée comme une forme de discrimination raciale.

Le terme « racisation » désigne un processus par lequel de puissants groupes et institutions construisent des concepts raciaux utilisés pour justifier des attitudes discriminatoires, des stéréotypes, des violences et des formes d'aliénation à l'encontre de groupes tels que les personnes roms, musulmanes et noires⁸¹. La racisation consiste en

« l'élargissement de l'application d'un concept racial à une relation, à une pratique sociale ou à un groupe qui n'y était pas associé jusqu'alors. La racisation est un processus idéologique, ancré dans l'histoire⁸² ».

Des hiérarchies raciales s'établissent autour de l'essentialisation des différences entre des groupes, sur la base de l'apparence physique ou de différences culturelles par exemple.

Pour les spécialistes des sciences sociales, les personnes musulmanes sont devenues un groupe racisé, en particulier depuis le 11 septembre 2001, à mesure que des identités jusqu'alors différenciées selon l'origine ethnique ont été regroupées au sein d'une seule catégorie racisée (en Europe, les Pakistanais du Royaume-Uni ou les Turcs d'Allemagne, par exemple, ont été présentés de plus en plus souvent, dans les médias et les politiques, comme des musulmans⁸³). La racisation des personnes musulmanes pendant la « guerre contre le terrorisme » trouve son origine dans des stéréotypes orientalistes plus anciens qui présentent les musulmans, en particulier les hommes, comme violents par nature, et l'islam comme intrinsèquement opposé aux valeurs et aux normes perçues comme « occidentales ». Une histoire plus longue encore de violences commises contre les juifs et

81 Amnesty International, *Police et pandémie : les mesures prises en Europe pour faire face à la pandémie de COVID-19 ont donné lieu à des violations des droits humains*, EUR 01/2511/2020, 2020, p. 4.

82 Omi, M. et Winant, H. (sous la direction de), *Racial Formation in the United States*, 3e éd., New York (États-Unis), Routledge, 2015, p. 64.

83 Margaret Chon et Donna E. Arzt, "Walking While Muslim", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68:215, 2005.

les musulmans d'Europe ainsi que « des théories de la supériorité du christianisme [...] ont ouvert la voie à l'antisémitisme et l'islamophobie⁸⁴ ».

Le processus de racisation intervient lorsque « l'aspect, les comportements et les pratiques présumées des musulmans sont considérés comme une marque d'infériorité⁸⁵ ». Dans ce contexte, l'islamophobie est de plus en plus reconnue comme une forme de racisme. Au Royaume-Uni, le Groupe parlementaire interpartis sur les musulmans britanniques a défini l'islamophobie comme « ancrée dans le racisme » et comme « un type de racisme qui vise les expressions de l'islam ou de perceptions de l'islam⁸⁶ ». En France, le Défenseur des droits a remarqué récemment, à partir des témoignages et des saisines reçues, une « tendance à utiliser le terme “musulman” pour évoquer, de fait, les personnes immigrées ou perçues comme arabes ». Il a observé que « le marqueur religieux tend à redoubler le marqueur racial⁸⁷ ». Dans un exposé que l'Institut allemand des droits de l'homme a présenté au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale en tant qu'*amicus curiae*, il a déclaré que « les termes “Turcs” et “Arabes” sont utilisés comme synonymes de musulmans⁸⁸. »

Certains organes régionaux et internationaux ont reconnu qu'il existait des relations étroites entre les différents motifs prohibés liés à la race. Dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la discrimination raciale est définie de manière générale comme étant fondée sur « la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique » (article 1). Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale souligne que l'appartenance à une race ou un groupe ethnique particuliers doit être fondée sur l'auto-identification⁸⁹. Il mentionne

84 Lilla Farkas, *The Meaning of Racial or Ethnic Origin in EU Law: Between Stereotypes and Identities*, Commission européenne : direction générale de la justice, 2017, p. 36. Des universitaires défendent l'idée selon laquelle la race en tant que catégorie est intimement liée à la religion, puisque cette catégorie est apparue au début des années 1600, lors de l'expulsion d'Espagne des *Morisques*, une communauté cryptomusulmane perçue comme une menace pour la sécurité et une culture étrangère : François Soyer, 'Faith, Culture and Fear: Comparing Islamophobia in Early Modern Spain Espagne and Twenty-First-Century Europe', *Ethnic and Racial RACI Studies*, vol. 36:3, 2013, p. 399-416.

85 Narzanin Massoumi, David Miller, Tom Mills, Hilary Aked, 'Written Evidence Submitted to the All Party Parliamentary Group on British Muslims', p. 39, disponible sur <https://static1.squarespace.com/static/599c3d2febbd1a90cffdd8a9/t/5bfd1ea3352f531a6170ceee/1543315109493/Islamophobia+Defined.pdf>

86 All-Party Parliamentary Group on British Muslims, 'Report on the inquiry into a working definition of Islamophobia / anti-Muslim hatred', 2019.

87 Défenseur des droits de la République française, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020, p. 31.

88 *Union turque de Berlin-Brandenburg (TBB) c. Allemagne*, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, doc. ONU CERD/C/82/D/48/2010, 2013, § 8.1.

89 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, General Recommendation 8: Article 1, paragraphs 1 and 4 of the Convention, 1990

l'islamophobie dans ses observations finales⁹⁰ et fait remarquer que « la notion d'«intersectionnalité» permet au Comité, dans la pratique, d'élargir les motifs de discrimination interdite et de traiter des situations de discrimination double ou multiple – comme dans le cas de la discrimination fondée sur le sexe ou la religion⁹¹ ». La nationalité, comme la religion, est souvent étroitement liée à un groupe ethnique ou racial, et le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a également manifesté son inquiétude au sujet de la discrimination raciale à l'encontre des étrangers⁹². La rapporteuse spéciale des Nations unies sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée a observé qu'« [i]l n'est pas toujours aisé de [...] distinguer [la discrimination raciale et la discrimination religieuse], surtout dans la pratique⁹³ ».

En Europe, l'ECRI donne un sens large au terme de « discrimination raciale », en y incluant la discrimination pour des motifs liés à la religion, la nationalité ou l'origine ethnique. La religion a été retirée du texte de la directive de l'UE sur l'égalité raciale, mais elle est incluse dans la directive-cadre. Dans la jurisprudence, les recours juridiques liés à l'islamophobie se fondent généralement sur la liberté de religion ou la discrimination religieuse⁹⁴, plutôt que sur la discrimination raciale.

La CrEDH a déclaré que la discrimination fondée sur l'origine ethnique était une forme de discrimination raciale, mais elle n'a généralement pas établi de lien similaire entre discrimination religieuse et discrimination raciale. Dans une affaire, la CrEDH a jugé que la discrimination subie par une partie requérante juive était une forme de discrimination raciale, mais elle a mentionné dans son arrêt le concept d'origine ethnique, et non la religion⁹⁵.

Au-delà des liens entre discrimination religieuse et discrimination raciale, les chercheurs et chercheuses doivent également examiner le rôle joué par

90 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Observations finales (Danemark), doc. ONU CERD/C/DEN/CO/17, 2006, § 11 ; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Observations finales (Pays-Bas), doc. ONU CERD/C/NLD/CO/17-18, 2010, § 14.

91 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale XXXII : signification et portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, doc. ONU CERD/C/GC/32, 2009, § 7.

92 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, General Recommendation 30: Discrimination against non-citizens, doc. ONU CERD/C/64/Misc.11/rev.3, 2004.

93 Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, doc. ONU A/HRC/38/52, 2018.

94 Voir *S.A.S c. France* (43835/11), Cour européenne des droits de l'homme, 2014 ; C-157/15, *Sami-ra Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, ECLI:EU:C:2017:203, 2017 ; C-188/15, *Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA*, ECLI:EU:C:2017:204, 2017.

95 *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* (27996/06 et 34836/06), Cour européenne des droits de l'homme, 2009.

le genre dans la prise de décisions antiterroristes⁹⁶. Les hypothèses genrées au sujet de la capacité d'action des personnes, notamment les présupposés selon lesquels les femmes constituent « la première ligne de protection dans la prévention du terrorisme et de l'extrémisme⁹⁷ » ou participent à l'action des groupes armés sous la contrainte, peuvent avoir une influence sur les stratégies de lutte contre le terrorisme et contre l'extrémisme. Pour intégrer le genre aux travaux de recherche sur la discrimination, il ne suffit pas d'analyser les répercussions de la législation et des pratiques antiterroristes sur les femmes : les stéréotypes relatifs à la prédisposition des jeunes hommes à la violence ou à la « radicalisation » peuvent également jouer un rôle dans les décisions prises par les autorités. Les chercheurs et chercheuses doivent se demander si la législation et les politiques antiterroristes qu'ils analysent perpétuent les stéréotypes de genre et ont des conséquences différentes pour les hommes et pour les femmes, notamment en ce qui concerne leurs retombées sur les femmes musulmanes, qui risquent d'être « touchées de manière disproportionnée par la montée du racisme et de la discrimination contre les personnes musulmanes qui découlent de ce type de politiques⁹⁸ ».

Dans ce cadre complexe, comment repérer un motif prohibé de discrimination ? Il est généralement recommandé de repérer les motifs de discrimination en fonction du contexte et des éléments de preuve disponibles, puis d'expliquer les liens entre ces motifs, comme expliqué ci-dessus. Dans les études fondées sur l'observation du profilage ethnique par la police, par exemple, les observateurs réunissent souvent des données relatives à l'apparence ethnique telle qu'ils la perçoivent (voir l'étude sur le profilage ethnique, sous-section 3.3.6.5). Certes, attribuer une origine ethnique à partir de l'apparence est difficile et source d'erreurs, mais le motif de discrimination prohibé le plus intéressant pour ces études reste l'origine ethnique. Dans l'affaire *Hassan c. ville de New York* décrite ci-après, les demandeurs ont fait valoir, sur la base des éléments disponibles, que le motif de discrimination prohibé était la religion. Par exemple, selon des documents officiels qu'ils ont présentés à titre de preuve, sur les 28 « ascendances présentant un intérêt » recensées par les services de police de New York, celle-ci « [choisissait] expressément d'exclure [de son programme de

96 Jayne Huckerby et Margaret Satterthwaite (sous la direction de), *Gender, National Security, and Counter-Terrorism: Human Rights Perspectives*, Routledge, 2013 ; Fionnuala Ni Aoláin et Jayne Huckerby, « Gendering Counterterrorism: How to, and How Not to – Part II », 2018, disponible sur <https://www.justsecurity.org/55670/gendering-counterterrorism-to-part-ii/> ; Sahar F. Aziz, 'From the Oppressed to the Terrorist: Muslim American Women in the Crosshairs of Intersectionality', 2012, 9, *Hastings Race and Poverty Law Journal* 191 ; SOS Racismo, *Islamophobia and Gender: Women, Feminisms, Institutions and Discourses in Relation to Sexism and Racism*, 2018.

97 ENAR, *Instrumentalising Women's Rights in Racist Discourses: We Need an Intersectional Approach*, 2019.

98 Center for Human Rights and Global Justice, *Women and Preventing Violent Extremism: The U.S. and U.K. Experiences*, New York : NYU School of Law, 2012, p. 9.

surveillance antiterroriste] les personnes et les établissements ayant une “ascendance” de ce type s'ils n'étaient pas musulmans » (les chrétiens d'Égypte et les juifs de Syrie, notamment). Les actions de la police de New York se fondaient donc à l'évidence sur la religion plutôt que sur l'origine ethnique⁹⁹.

Alors que les contraintes liées aux preuves disponibles peuvent limiter les motifs qui peuvent être invoqués, il est conseillé aux personnes faisant des recherches sur la discrimination contre les musulmans en Europe d'expliquer le lien entre race et religion, compte tenu de la racisation croissante des personnes musulmanes, largement attestée. Il est aussi recommandé de tenir compte de la raison pour laquelle une personne s'estime victime de discrimination. Les divisions existant dans le droit – entre culture ou tradition et religion – peuvent être artificielles et ne pas correspondre à la manière dont les personnes se considèrent et sont considérées dans la société. Les recherches sur la discrimination dans le cadre de la lutte contre le terrorisme devraient mettre en évidence le fait que, même lorsqu'un seul motif peut être invoqué à partir des éléments de preuve disponibles, l'amalgame fait après le 11 septembre 2001 entre les notions de race, de religion et d'origine ethnique a conduit à la racisation de l'islam, des musulmans et des « hommes à la peau sombre » en général, considérés comme radicaux et dangereux pour les intérêts occidentaux en matière de sécurité nationale.

3.2.2.2. Autres motifs de discrimination dans le cadre de la lutte contre le terrorisme

Le présent guide de recherche est axé en grande partie sur la discrimination à l'égard des personnes musulmanes, celle-ci étant la forme de discrimination la plus courante dans le contexte de la lutte contre le terrorisme en Europe, mais d'autres motifs de discrimination sont parfois plus fréquents dans certains pays. La CrEDH a été saisie de requêtes pour discrimination mettant en cause le Royaume-Uni, dans le cadre du conflit en Irlande du Nord, ainsi que la Turquie, dont les forces de sécurité et l'armée auraient commis des violations des droits humains dans le sud-est du pays, à majorité kurde. Ces requêtes faisaient état de discrimination pour des motifs liés à l'origine ethnique, à la nationalité ou à une association avec une minorité nationale, car les violations des droits humains commises par les forces de sécurité ont touché certaines communautés de manière disproportionnée¹⁰⁰. Même

99 *Hassan v. City of New York*, 804 F.3d 277, cour fédérale d'appel du troisième circuit, 2015, § II. A.I. p. 12-13.

100 Voir, par exemple : *McKerr c. Royaume-Uni* (28883/95), Cour européenne des droits de l'homme, 2001 ; *Jordan c. Royaume-Uni* (24746/94), Cour européenne des droits de l'homme, 2001 ; *Aktaş c. Turquie* (24351/94), Cour européenne des droits de l'homme, 2003 ; *Avşar c. Turquie* (25657/94), Cour européenne des droits de l'homme, 2001 ; *Kurt c. Turquie* (24276/94), Cour européenne des droits de l'homme, 1998.

si la CrEDH a rejeté une grande partie de ces requêtes, faute de preuve, la manière dont on envisage la discrimination a considérablement évolué depuis. Les méthodes et les informations contenues dans ce guide ont pour but d'améliorer la collecte et l'analyse des preuves de discrimination, notamment dans des affaires de discrimination fondée sur l'origine ethnique ou sur la nationalité similaires aux griefs précédemment déclarés irrecevables par la CrEDH.

Recommandation

Les chercheurs et chercheuses enquêtant sur la discrimination à l'égard des personnes musulmanes dans le cadre de la lutte antiterroriste doivent repérer les motifs spécifiques de discrimination en fonction du contexte et des éléments de preuve disponibles, tout en expliquant que, du fait de la racisation croissante des personnes musulmanes, les motifs liés à la race, la religion et l'origine ethnique sont liés.

Hassan c. ville de New York (No. 14-1688), cour fédérale d'appel du troisième circuit des États-Unis, 2015.

En 2011, des documents divulgués à Associated Press ont révélé l'existence d'un programme secret de surveillance antiterroriste des services de police de New York qui visait les personnes musulmanes. Le programme comprenait une surveillance audio et vidéo, un inventaire approfondi des institutions religieuses, des entreprises et des lieux de réunion de musulmans, l'infiltration d'agents et l'utilisation d'informateurs dans les milieux musulmans. La police de New York a elle-même admis que le programme n'avait débouché sur aucune piste¹⁰¹.

Ce procès, intenté par le Centre de défense des droits constitutionnels, a été suivi de deux autres contre le même programme. Il portait sur la surveillance des personnes musulmanes par les services de police de New York dans le New Jersey. L'affaire s'est soldée par un non-lieu en première instance, mais, après une décision en appel rendue en faveur des demandeurs, la ville de New York a accepté un arrangement à l'amiable. Cet arrangement comprenait un certain nombre de résultats positifs pour les militant·e·s, notamment l'engagement pris par la police de New York de démanteler les unités chargées de l'espionnage et de ne pas prendre part à une surveillance des activités religieuses et relevant de la liberté d'expression.

Comment la partie requérante a-t-elle prouvé l'existence d'une discrimination dans cette affaire ?

Les demandeurs ont allégué une violation de la clause d'égalité de protection de la loi énoncée dans la Constitution américaine en raison d'une discrimination pour des motifs religieux, ainsi qu'une violation du droit de pratiquer librement sa religion, inscrit dans le premier amendement de la Constitution fédérale. Pour avancer un argument au titre de la clause d'égalité de protection de la loi, les demandeurs ont dû démontrer que les services de police de New York les avaient volontairement classés en fonction de leur religion. Pour cela, il leur a fallu fournir des preuves de politiques et de pratiques dotées d'une classification explicite des personnes en fonction de leur religion.

L'argument de la discrimination pour motifs religieux avancé par les demandeurs reposait sur les éléments suivants :

- Des documents de la police de New York contenaient une liste de 28 nationalités considérées comme « ascendances présentant un intérêt », mais il excluait spécifiquement du programme les citoyens de ces pays s'ils étaient non musulmans (chrétiens coptes d'Égypte, par exemple). Dans les comptes rendus de surveillance des services de police, il apparaissait clairement que des analyses avaient été menées pour évaluer la présence de personnes musulmanes au sein des communautés (« aucun élément musulman n'a été recensé dans ces communautés [portugaise ou brésilienne]¹⁰² », par exemple).
- Des informateurs ont été placés spécifiquement dans des mosquées pour surveiller le service et recueillir des informations sur les fidèles. D'autres ont également transmis des informations sur des entreprises et des lieux de réunion fréquentés par des personnes musulmanes.
- Les associations d'étudiants musulmans ont été surveillées, alors que les activités des chrétiens, des juifs ou de tout autre groupe religieux ne l'étaient pas.
- Outre les documents de la police de New York relatifs à ce programme de surveillance et les témoignages des informateurs et des personnes visées par cette surveillance, les demandeurs ont produit des déclarations du maire, Michael Bloomberg, et d'autres hauts fonctionnaires qui défendaient la surveillance des personnes musulmanes dans le cadre du programme.

Les demandeurs ont fait valoir que cette différence de traitement leur avait porté préjudice, ainsi qu'à la communauté musulmane dans son ensemble. La surveillance a eu des répercussions directes sur les victimes : le nombre de fidèles fréquentant les mosquées a diminué, la pratique religieuse s'est modifiée et a reculé, et les commerces musulmans ont subi des pertes financières. La surveillance a également stigmatisé les

101 *Hassan v. City of New York*, (No. 14-1688), D.N.J First Amended Complaint, § 2.

102 *Hassan v. City of New York*, 804 F.3d 277, cour fédérale d'appel du troisième circuit, 2015, § II.A.1.

personnes musulmanes et a donné lieu à d'autres formes de préjudices et de discrimination à leur égard.

La ville de New York a répondu qu'il était naturel qu'une politique visant à éliminer la menace perçue au lendemain des attentats du 11 septembre, commis par des musulmans, ait des répercussions particulières sur les personnes musulmanes. Elle a soutenu que la surveillance poursuivait un but légitime.

La cour a rejeté les arguments de la ville et a statué en faveur des demandeurs. Elle a estimé que, lorsqu'un demandeur peut pointer du doigt une politique expressément discriminatoire, qui s'en prend tout particulièrement aux personnes musulmanes, aucun motif relatif au maintien de l'ordre ne peut justifier cette pratique : « même si les agents des services de police de New York étaient motivés subjectivement par un but légitime (sincère ou non) de maintien de l'ordre, ils ont agi de manière intentionnellement discriminatoire, puisqu'ils n'auraient pas surveillé les demandeurs si ceux-ci n'avaient pas été musulmans¹⁰³ ». La cour a dénoncé le détournement des protections constitutionnelles au nom d'une exigence réelle ou perçue : « Ce qui se passe ici n'est pas nouveau. Nous avons déjà connu cela auparavant. Les juifs américains pendant le maccarthysme, les Afro-Américains lors du mouvement pour les droits civiques, les Américains d'origine japonaise pendant la Deuxième Guerre mondiale sont des exemples qui viennent immédiatement à l'esprit¹⁰⁴. »

En ce qui concerne les éléments de preuve, la cour a constaté que l'allégation des demandeurs était bien étayée par des éléments indiquant à quel moment la politique avait été conçue, où et comment elle était employée et quelles étaient ses méthodes¹⁰⁵.

Enseignements

- Il est souvent difficile de contester des opérations de surveillance pour des motifs de discrimination à cause du secret qui entoure la prise de décision dans ce domaine. Dans le cas présent, l'essentiel des éléments prouvant que la police de New York prenait ses décisions en fonction de la religion de ses cibles provenait des propres documents des services de police. Ces documents avaient été divulgués à la presse et d'autres informations avaient été obtenues à l'issue d'une longue enquête menée par Associated Press. Des cas similaires ont été révélés par d'anciens informateurs devenus hostiles au FBI qui ont commencé à travailler avec des ONG (dont un cas dénoncé par l'Union américaine pour les libertés publiques [ACLU] de Caroline du Sud au sujet de la discrimination dans le cadre de la surveillance de la communauté musulmane de Caroline du Sud¹⁰⁶).
- Un arrangement ayant été trouvé avant la communication des pièces, une politique écrite dans laquelle il était spécifiquement indiqué que les personnes musulmanes étaient visées n'a pas pu être produite en justice. Pris dans leur ensemble, en revanche, les autres éléments ont permis de prouver l'allégation de discrimination directe. Dans sa défense, la ville a fait appel au « bon sens » – un argument souvent invoqué en Europe également – en affirmant que le fait de viser les personnes musulmanes était une conséquence naturelle du but légitime poursuivi. Le rejet de la cour démontre que l'argument du « bon sens » ne peut justifier de prendre les musulmans pour cible pour des motifs liés à la sécurité nationale.

103 Ibid., § IV.A.1.ii.

104 Ibid., § V.

105 Ibid, § IV.A.1.i.

106 Voir <https://www.civilfreedoms.org/?p=20536>

3.2.2.3. Un lien de cause à effet

Un lien de cause à effet doit exister entre le traitement moins favorable et les motifs prohibés – ce qui ne signifie pas que le motif prohibé doive nécessairement être la seule raison du traitement moins favorable. Comme expliqué dans la [section 2.2.3](#), de nombreux cas de discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme s'apparentent à du profilage ethnique, c'est-à-dire le fait de se fonder « si peu que ce soit » sur un motif prohibé, ou « en combinaison avec d'autres facteurs », pour prendre une décision. Ainsi, « la pratique consistant à faire intervenir, dans une décision des forces de l'ordre, la "race" ou l'origine ethnique, la religion, ou la nationalité, soit comme seul facteur, soit comme *un facteur parmi d'autres* », est discriminatoire¹⁰⁷.

Pour justifier les mesures adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, les autorités invoquent toute une série de facteurs, qui ne sont pas forcément tous liés à un motif prohibé. En France, par exemple, les autorités ont justifié des décisions d'assignation à résidence en invoquant des facteurs tels que « le fait de commencer à se faire pousser la barbe, la "possession de documents religieux" [...], la possession de CD de chants ou de récitations coraniques, le style vestimentaire de la personne, l'expression de sa volonté de vivre dans un pays musulman, des liens présumés avec des personnes qui ont une pratique "rigoureuse" de l'islam et, plus généralement, la "manifestation" de sa pratique religieuse (c'est-à-dire l'islam¹⁰⁸) ». À ces motifs d'ordre religieux viennent souvent s'ajouter d'autres facteurs, comme l'existence d'infractions antérieures ou de liens avec des personnes condamnées pour des actes terroristes ou soupçonnées d'en avoir commis. Il n'est pas nécessaire que les facteurs liés à la religion soient la seule raison d'une décision d'assignation à résidence, mais ils doivent avoir joué un rôle, éventuellement en association avec d'autres facteurs, dans la décision des autorités¹⁰⁹.

Pour établir une allégation de discrimination, le plus difficile est de prouver qu'il existe un lien de cause à effet entre le traitement en question et le motif prohibé. Des méthodes pour établir ce lien sont énumérées dans la sous-partie [3.3](#).

107 Olivier de Schutter et Julie Ringelheim, « Ethnic Profiling: A Rising Challenge for European Human Rights Law », 71:3, *Modern Law Review* 358, 2008, p. 8.

108 Amnesty International, *Punitions sans procès: l'utilisation de mesures de contrôle administratif dans le contexte de la lutte contre le terrorisme en France*, 2018 (EUR 21/9349/2018), p. 30.

109 Olivier de Schutter et Julie Ringelheim, p. 8.

3.2.3. Sans justification objective et raisonnable

Bien qu'il appartienne à l'État de fournir une justification objective et raisonnable des conséquences discriminatoires des actions antiterroristes (voir [section 3.2.4](#) ci-après), les chercheurs et chercheuses doivent réfléchir aux potentiels arguments à l'appui d'un traitement moins favorable et être capables d'y répondre, afin de renforcer leur allégation de discrimination.

3.2.3.1. Degré de vigilance

Avant d'analyser ces points, il est important de comprendre le degré de vigilance qui s'applique à ces allégations de discrimination. En vertu du droit international, et devant la CrEDH en particulier, les États jouissent d'une marge d'appréciation (autrement dit, d'une certaine latitude dans leur prise de décision) pour déterminer si une différence de traitement est justifiée objectivement, mais l'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, le sujet et le contexte¹¹⁰. Dans les affaires liées à la sécurité nationale, les organes judiciaires ont accordé aux États une ample marge d'appréciation (bien que cela n'ait pas toujours été le cas à la CrEDH¹¹¹) et ont souscrit à l'idée selon laquelle le pouvoir exécutif est mieux à même que le pouvoir judiciaire d'évaluer les questions relatives au renseignement. En revanche, les distinctions fondées sur la race¹¹², la religion¹¹³ ou la nationalité¹¹⁴ sont soumises à un degré de vigilance élevé. La CrEDH a indiqué qu'« [e]n cas de différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible¹¹⁵ ». Pour justifier ces distinctions, des raisons très solides sont nécessaires. La CrEDH a également estimé (dans une affaire relative à la sûreté publique et la prévention des infractions pénales) qu'« aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu » ne peut être justifiée¹¹⁶.

110 *Rasmussen c. Danemark* (8777/79), Cour européenne des droits de l'homme, 1984, § 40.

111 Voir par exemple, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* (13585/88), Cour européenne des droits de l'homme, 1991 ; *Sürek et Özdemir c. Turquie* (23927/94 et 24277/94), Cour européenne des droits de l'homme, 1999 ; *Slivenko c. Lettonie* (48321/99), Cour européenne des droits de l'homme, 2003 ; *Zarakolu et Belge Uluslararası Yayincılık c. Turquie* (26971/95), Cour européenne des droits de l'homme, 2004.

112 *Asiatiques d'Afrique de l'Est c. Royaume-Uni* (4403/70), Cour européenne des droits de l'homme, 1973, § 207.

113 *Hoffmann c. Autriche* (12875/87), Cour européenne des droits de l'homme, 1993, § 36.

114 *Gaygusuz c. Autriche* (17371/90), Cour européenne des droits de l'homme, 1996, § 42.

115 *Oršuš et autres c. Croatie* (15766/03), Cour européenne des droits de l'homme, 2010, § 156.

116 *Timichev c. Russie* (55762/00 et 55974/00), 2006, § 54.

3.2.3.2. But légitime

Les États cherchent souvent à justifier des mesures antiterroristes discriminatoires en s'appuyant sur les buts légitimes de protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public. Ils soutiennent parfois qu'il est naturel de se focaliser de manière disproportionnée sur les personnes musulmanes, car la principale menace pesant sur la sécurité nationale provient de groupes dits « islamistes ». Les chercheurs et chercheuses doivent essayer de déterminer si un objectif prétendument lié à la sécurité nationale est défini de manière suffisamment précise. Les *Principes de Syracuse* fournissent des orientations utiles pour évaluer les restrictions des droits énoncés dans le PIDCP¹¹⁷. Le principe n° 29 prévoit que la sécurité nationale ne peut être invoquée pour justifier des mesures « que lorsqu'il s'agit de mesures prises pour protéger l'existence de la nation, son intégrité territoriale ou son indépendance politique contre l'emploi ou la menace de la force ». Selon une décision de la cour constitutionnelle fédérale allemande relative à une opération d'extraction de données ciblant des personnes musulmanes, invoquer la sécurité nationale pour justifier une telle opération requiert « des faits concrets », qui indiquent, plus qu'un risque général, que des attaques terroristes sont en préparation ou vont être commises¹¹⁸.

Les chercheurs et chercheuses savent que les États ont souvent recours à leurs pouvoirs antiterroristes alors qu'aucun but relatif à la sécurité nationale n'est réellement en jeu. Ces pouvoirs sont généralement invoqués parce qu'ils confèrent un vaste pouvoir discrétionnaire aux acteurs et actrices étatiques, souvent assorti d'un allègement de l'obligation de rendre des comptes ou du contrôle par rapport à d'autres domaines du droit ou de la politique. Les forces de l'ordre, par exemple, peuvent en appeler à la sécurité nationale pour justifier des contrôles d'identité qui répondent de toute évidence à des objectifs de contrôle routinier de l'immigration, ciblant ainsi les citoyens appartenant à des minorités ethniques. Les chercheurs et chercheuses doivent essayer de déterminer si un objectif prétendument lié à la sécurité nationale est légitime et raisonnable dans les circonstances données.

117 Commission des droits de l'homme des Nations unies, « Principes de Syracuse concernant les dispositions du pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations », doc. ONU E/CN.4/1985/4, 1985.

118 Décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande BVerfGE 115,320: BVerfG 518/02 du 4 avril 2006.

3.2.3.3. Caractère approprié

Les moyens mis en œuvre pour garantir la sécurité nationale doivent également être appropriés. Les chercheurs et chercheuses devront se demander si la politique ou la mesure en question est adaptée et efficace pour atteindre le but particulier poursuivi par l'État. La plupart des mesures antiterroristes peuvent être critiquées pour leur inefficacité. En France, par exemple, seulement 25 perquisitions administratives sur les 3 242 menées au début de l'état d'urgence déclaré en novembre 2015 ont abouti à l'ouverture d'enquêtes pénales pour des infractions liées au terrorisme (dont 21 pour « apologie du terrorisme », un concept à la définition vague qui limite la liberté d'expression de manière inique¹¹⁹). Les experts de la lutte contre le terrorisme reprochent à des mesures telles que l'expulsion du territoire ou la déchéance de nationalité pour des raisons de sécurité nationale de ne faire que repousser une menace présumée au lieu de la déjouer. Elles sont selon eux contraires aux obligations contraignantes relatives à la coopération internationale en matière de lutte contre le terrorisme¹²⁰.

L'efficacité des mesures préventives de lutte contre le terrorisme, en particulier celles visant l'« extrémisme » ou la « radicalisation », a été jugée « incertaine, voire nettement contre-productive¹²¹ ». Les tentatives de définition de la « radicalisation » à l'aide d'indicateurs liés à la pratique religieuse manquent de fondement scientifique ; les gouvernements ont admis eux-mêmes qu'il existe plus d'une voie menant à la violence et que la religion est rarement un facteur déterminant¹²². Il convient également de noter que l'efficacité des mesures de prévention ne peut pas être vérifiée empiriquement, car il faudrait prouver un fait négatif. Dans ces conditions, il est difficile pour l'État de justifier objectivement ses actions. Comme l'a souligné la rapporteuse spéciale des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, « rien ou presque » ne permet d'affirmer que les démarches visant à combattre l'extrémisme « ont effectivement conduit à une réduction de l'extrémisme », et de nombreux programmes de ce type accordent trop

119 Amnesty International, *Des vies bouleversées : l'impact disproportionné de l'état d'urgence en France*, EUR 21/3364/2016, 2016, p. 33, <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR2133642016FRENCH.pdf>

120 D'après la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité, tous les États membres doivent veiller à ce que toutes les personnes qui participent au financement, à l'organisation, à la préparation ou à la perpétration d'actes de terrorisme ou qui y apportent un appui soient traduites en justice, et doivent également se prêter mutuellement la plus grande assistance lors des enquêtes criminelles et autres procédures portant sur le financement d'actes de terrorisme ou l'appui dont ces actes ont bénéficié.

121 Quirine Eijkman et Bart Schuurman, « Preventive Counter-Terrorism and Non-Discrimination in the European Union: A Call for Systematic Evaluation », document de recherche, 2011, ICCT – La Haye, p. 23.

122 Alan Travis, « MI5 Report Challenges Views on Terrorism in Britain », *Guardian*, 2008.

d'importance à l'idéologie religieuse « alors que les données empiriques ne permettent pourtant pas d'affirmer que l'idéologie religieuse conduit au terrorisme¹²³ ». Si les États parviennent rarement à mesurer l'efficacité de leurs propres politiques, les chercheurs et chercheuses peuvent tenter d'obtenir des analyses d'universitaires et de groupes de réflexion¹²⁴.

Par ailleurs, les mesures discriminatoires de lutte contre le terrorisme sont susceptibles d'avoir des effets pervers ou des répercussions moins directes qui les empêchent d'atteindre le but escompté en matière de sécurité nationale. De plus en plus d'études montrent par exemple que la propension d'une personne à coopérer avec la police, y compris à l'alerter en cas de risque terroriste, dépend de sa perception de la légitimité de la police¹²⁵. Selon une étude britannique, les personnes musulmanes sont plus ou moins disposées à coopérer avec la police selon l'idée qu'elles se font de son impartialité, aussi bien du point de vue de la mise en œuvre de la législation et des politiques antiterroristes que de la formulation et de la création de ces politiques¹²⁶. Les personnes réagissent non seulement à la manière dont elles sont elles-mêmes traitées par la police, mais aussi au traitement réservé aux personnes appartenant à un groupe auquel elles s'identifient. Le Comité d'éminents juristes de la Commission internationale de juristes a conclu que les mesures antiterroristes antérieures avaient souvent éveillé l'hostilité de personnes qui auraient justement pu aider à recueillir des renseignements, à empêcher des actes terroristes et à fournir des preuves¹²⁷. De manière plus générale, le Comité d'éminents juristes s'est aussi demandé si les lois et les mesures antiterroristes, en employant les termes diabolisants de « terroriste » et « terrorisme », ne risquaient pas d'« entraver la recherche de solutions, au lieu de la faciliter », ajoutant que « des solutions globales, notamment des approches politique, sociale et économique, sont nécessaires¹²⁸ ».

123 Rapporteuse spéciale des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, « Conséquences sur les droits de l'homme des politiques et des pratiques visant à prévenir et à combattre l'extrémisme violent », doc. ONU A/HRC/43/46, 2020, § 16.

124 Voir par exemple C. Lum, L.W. Kennedy et A.J. Sherley, « The Effectiveness of Counter-terrorism Strategies: A Campbell Systematic Review », étude du réseau Campbell Collaboration, 2006, disponible sur <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.4073/csr.2006.2>

125 Tufyal Choudhury, « The Experience of Canadian Muslim Civil-Society Organizations and Activists in Influencing and Shaping Counter-terrorism Legislation », document de travail pour le Canadian Network for Research on Terrorism, Security, and Society (TSAS), 2017, p. 19.

126 Aziz Huq, Tom R. Tyler et Stephen J. Schulhofer, 'Mechanisms for Eliciting Cooperation in Counter-terrorism Policing: Evidence from the United Kingdom', 8, *Journal of Empirical Legal Studies*, 2011, pp. 728-761.

127 Commission internationale de juristes, *Assessing Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights*, 2009, p. 42.

128 Ibid., p. 43.

3.2.3.4. Nécessité

Les États doivent aussi démontrer qu'une mesure discriminatoire est nécessaire, dans la mesure où aucune autre mesure moins discriminatoire n'est disponible. Lorsqu'ils évaluent la nécessité d'une mesure, les chercheurs et chercheuses doivent se demander si d'autres solutions étaient possibles. Au lieu de fermer une mosquée, par exemple, les services de police n'auraient-ils pas pu mettre en place des mesures ordinaires d'investigation telles que la surveillance ciblée, fondée sur des soupçons raisonnables, des personnes sur lesquelles il existait des informations spécifiques relatives à des menaces concrètes ? Plutôt que déchoir une personne de sa nationalité pour éviter son retour sur le territoire depuis l'étranger, ne pourrait-elle pas être renvoyée sous la supervision de fonctionnaires et, s'il existe des informations relatives à une menace concrète qu'elle est susceptible de poser, faire l'objet de méthodes ordinaires d'investigation ? Dans de nombreux cas, les États ont à leur disposition d'autres mesures moins intrusives ou moins punitives.

Au-delà de l'approche individuelle, les chercheurs et chercheuses peuvent aussi proposer d'autres solutions, en dehors du cadre antiterroriste, pour combattre les violences graves. À partir d'exemples antérieurs, le Comité d'éminents juristes a souligné qu'un large éventail de mesures politiques était nécessaire pour une prévention efficace du terrorisme, notamment « en matière d'éducation, de relations communautaires, de maintien de l'ordre, d'économie, de politique étrangère, de respect des droits des minorités, et d'intégration de considérations relatives aux droits humains et à l'égalité dans toutes les politiques gouvernementales¹²⁹ ». De même, le HCDH a noté que, dans le cadre des programmes de lutte contre l'extrémisme violent, « un examen attentif d'un ensemble de facteurs individuels, contextuels, économiques, sociaux et culturels et de leurs interactions au-delà des seules mesures de sécurité¹³⁰ » est essentiel. D'autres ont insisté sur la nécessité d'éliminer les causes sous-jacentes de la violence par « une réduction draconienne des inégalités à l'aide de politiques en matière d'emploi, de bien-être, de logement, d'éducation et de santé¹³¹ », en faisant « de l'application du

129 Ibid., p. 118.

130 HCDH, Rapport sur les pratiques optimales et les enseignements tirés concernant la façon dont la protection et la promotion des droits de l'homme contribuent à prévenir et à combattre l'extrémisme violent, 2016), doc. ONU A/HRC/33/29, § 13.

131 Medact, *False Positives: The Prevent Counter-extremism Policy in Healthcare* (2020), p. 64.

principe de responsabilité de l'État une priorité¹³² » en cas de violations des droits humains par les autorités et en appliquant un programme « éthique en matière de politique étrangère¹³³ ».

3.2.3.5. Proportionnalité

Pour satisfaire au critère de proportionnalité, le but poursuivi par la mesure ou la politique en question doit l'emporter sur les inconvénients subis par les cibles de la discrimination et par le reste de la population. Les chercheurs et chercheuses doivent mettre en évidence les conséquences néfastes, à court terme et à long terme, des lois antiterroristes d'Europe sur les personnes et les populations concernées. Une personne subissant une mesure antiterroriste peut être directement affectée, par exemple, par une privation de sa liberté, une restriction de son droit de circuler librement, l'expulsion de son domicile ou des perquisitions et des mesures de surveillance. Sa famille risque aussi de subir des difficultés psychologiques et financières, et d'être stigmatisée par la société dans son ensemble. Certaines mesures antiterroristes peuvent aboutir à l'éclatement de la famille et à des séparations forcées. Être la cible d'une mesure ou d'une série de mesures antiterroristes discriminatoires peut être source de honte, de peur, d'anxiété et de traumatisme, avec les répercussions possibles que cela implique à long terme. Subir des actes de discrimination raciale de manière répétée nuit à la santé physique et mentale des personnes appartenant à des minorités ethniques, en provoquant notamment une baisse de l'estime de soi, de la dépression, une détresse psychologique et de l'anxiété¹³⁴. Ces préjudices doivent être soigneusement examinés par les personnes ayant le pouvoir de décision lorsqu'elles analysent la proportionnalité dans le contexte de la lutte contre le terrorisme et par les tribunaux dans leurs délibérations visant à déterminer si la restriction des droits d'une personne était à la fois nécessaire et proportionnée.

132 Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, « Conséquences sur les droits de l'homme des politiques et des pratiques visant à prévenir et à combattre l'extrémisme violent », 2020, doc. ONU A/HRC/43/46, § 21.

133 CAGE, *Beyond Prevent: A Real Alternative to Securitised Policies*, 2020, pp. 38–40.

134 Voir, par exemple, Elizabeth A. Pascoe et Laura Smart Richman, « Perceived Discrimination and Health: A Meta-analytic Review », 135 (4), *Psychol Bull*, 2009, pp. 531–54 ; Stephanie Wallace, James Nazroo et Laia Bécars, 'Cumulative Effect of Racial Discrimination on the Mental Health of Ethnic Minorities in the United Kingdom', 106 (7), *American Journal of Public Health*, 2016, pp. 1294–1300.

De manière plus générale, ces mesures peuvent étouffer la liberté d'expression politique des personnes musulmanes et conduire à une autocensure de la société civile. En perpétuant dans l'esprit du public la perception selon laquelle les musulmans représenteraient une menace, les mesures antiterroristes discriminatoires alimentent également la discrimination qu'ils subissent dans d'autres sphères, telles que l'emploi et l'éducation, et légitiment plus largement le racisme et la xénophobie.

Recommandation

Pour présenter une allégation de discrimination solide, les chercheurs et chercheuses doivent recenser les potentiels arguments à l'appui d'un traitement moins favorable et être capables d'y répondre, en évaluant chaque justification possible selon le critère de proportionnalité.

3.2.4. Charge de la preuve

Dans les affaires civiles de discrimination, la charge de la preuve (en d'autres termes, l'obligation de prouver les faits de manière concluante au cours d'un procès) revient à l'auteur présumé de la faute (le défendeur) une fois que la personne s'estimant victime de discrimination (le demandeur), à laquelle incombait cette responsabilité de prime abord, a établi un commencement de preuve en présentant des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination¹³⁵. Contrairement aux procédures civiles ordinaires, dans les affaires de discrimination, le demandeur n'a pas besoin de prouver de manière irréfutable qu'une discrimination a eu lieu. Une fois le commencement de preuve établi, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de non-discrimination. Celui-ci doit soit prouver que le traitement était fondé sur des raisons sans aucun lien avec une caractéristique protégée, soit présenter une justification objective et raisonnable de la différence de traitement.

¹³⁵ Voir, par exemple, *Bhinder Singh c. Canada*, Comité des droits de l'homme des Nations unies, doc. ONU CCPR/C/37/D/208/1986, 1989 ; *D.H. et autres c. République tchèque* (57325/00), Cour européenne des droits de l'homme, 2007, § 82-84.

La doctrine de la charge de la preuve est appliquée par les tribunaux dans le cadre des procédures judiciaires, mais elle sert également à comprendre comment mener des travaux de recherche sur la discrimination. Le but des recherches sur les droits humains

« se limite par définition à présenter des circonstances factuelles ou des comportements susceptibles de faire naître une présomption de discrimination. Compte tenu de la nature des preuves recueillies dans les affaires de discrimination, il nous est souvent impossible de déterminer si la discrimination a réellement eu lieu, car, sur le terrain, nous ne pouvons pas procéder à l'examen des preuves prescrit dans la législation relative à la discrimination¹³⁶ ».

L'existence d'une discrimination peut être difficile à prouver, mais le fait que la charge de la preuve soit partagée dans les cas de discrimination présente des avantages pour les chercheurs et chercheuses. Les militant·e·s et les chercheurs et chercheuses spécialistes des droits humains doivent présenter toutes les informations semblant confirmer une allégation de différence illégale de traitement ou d'effets et demander à l'État en question de démontrer qu'il ne s'agit pas d'une discrimination illégale. S'il est conforme aux bonnes pratiques d'envoyer une communication officielle aux autorités concernées avant la publication de tout travail de recherche pour leur demander de justifier une éventuelle différence de traitement, les chercheurs et chercheuses peuvent également devancer les justifications potentielles d'un traitement défavorable en analysant les déclarations du gouvernement, les textes des lois et des politiques, ainsi que les débats parlementaires pour faire en sorte que ces justifications soient suffisamment prises en compte dans leurs travaux de recherche. Lorsqu'un constat de discrimination est rendu public, c'est l'organisation ayant effectué les recherches qui, en dernier ressort, décide si la justification avancée par le gouvernement en question est suffisante et qui détermine quel niveau de certitude des preuves doit être atteint avant de publier ses conclusions. Pour saisir les tribunaux, un commencement de preuve est suffisant et il incombe aux chercheurs et chercheuses ou à l'organisation de déterminer s'il suffit de répondre à ce critère pour rendre leurs accusations publiques.

Recommandation

Les chercheurs et chercheuses doivent présenter des éléments attestant d'une différence de traitement aux autorités concernées et leur demander de démontrer que cette différence de traitement était légale.

¹³⁶ Dimitrina Petrova, 'Researching Discrimination', Bård A. Andreassen, Hans-Otto Sano et Siobhán McInerney-Lankford (sous la direction de), *Research Methods in Human Rights: A Handbook*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 392.

3.3. Comment démontrer l'existence de la discrimination

3.3.1. Introduction

Cette sous-partie présente différentes manières d'établir une présomption de discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, ainsi que diverses sources de preuve, à partir de la jurisprudence en la matière. Les chercheurs et les chercheuses sur les droits humains doivent conjuguer ces méthodes et ces sources pour que les arguments présentés soient les plus solides possible. Il est rare, surtout dans bon nombre de pays d'Europe où la discrimination est souvent moins flagrante, de découvrir une preuve accablante. Dans la plupart des cas, il faudra recourir à diverses méthodes et formes de preuve, qui, prises dans leur ensemble, pourront permettre de conclure à l'existence d'une discrimination. Selon la CrEDH, un commencement de preuve de discrimination peut résulter « d'un faisceau d'indices ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants¹³⁷ ». Mener des recherches sur la discrimination risque donc de nécessiter plus de temps et de ressources que d'autres atteintes aux droits humains. D'entrée de jeu, les chercheurs et les chercheuses doivent prévoir de mener des recherches spécifiques sur la discrimination et inclure certaines des méthodes de recherche suivantes à leur projet.

Quatre moyens ou méthodes permettant d'établir un commencement de preuve sont d'abord décrits dans cette sous-partie :

- repérer des lois ou des politiques ciblant explicitement des caractéristiques protégées ;
- montrer une différence de traitement entre deux groupes ou personnes dont la situation ne diffère *que* par la race, l'origine ethnique ou une autre caractéristique protégée (en fournissant un élément de comparaison) ;
- montrer l'intervention de stéréotypes dans les prises de décisions concernant certains groupes ;
- démontrer l'existence d'un climat général de discrimination à l'égard d'un groupe particulier.

Différentes sources de preuve et d'information sont ensuite détaillées, comme des entretiens et des données quantitatives, permettant d'établir une présomption de discrimination.

137 *D.H. et autres c. République tchèque* (57325/00), Cour européenne des droits de l'homme, 2007, § 178.

Le choix précis de la méthodologie et des formes de preuve dépend de la problématique de recherche et des sources d'information disponibles. Par exemple, s'il n'est pas possible de trouver un élément de comparaison adapté, comme c'est souvent le cas dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, les chercheurs et chercheuses peuvent essayer de démontrer que des stéréotypes sont intervenus dans la décision et qu'il existe un climat de discrimination général. Si les recherches tendent à démontrer qu'il y a eu discrimination dans un cas individuel, la démarche ne sera pas la même que s'il faut prouver l'existence d'une discrimination systématique ou les conséquences discriminatoires d'une loi particulière. Pour prouver un cas de discrimination indirecte, il est généralement nécessaire de réunir des indices sérieux, souvent à partir de sources diverses, pour montrer que des politiques, des pratiques ou des lois apparemment neutres affectent en réalité certains groupes de manière disproportionnée.

Recommandation

Les chercheurs et chercheuses doivent conjuguer différentes méthodes et sources d'information, présentées dans ce guide, pour que les arguments présentés soient les plus solides possible. D'entrée de jeu, ils doivent prévoir de mener des recherches spécifiques sur la discrimination et inclure des méthodes de recherche sur la discrimination à leur projet.

3.3.2. Politiques et lois visant explicitement certains groupes

Il peut apparaître clairement dans la formulation de la loi ou la politique en question, ou dans celle de documents intermédiaires apportant des orientations en matière de mise en œuvre, tels que des circulaires, des directives, des budgets ou du matériel de formation, que l'accent est porté de manière disproportionnée sur certains groupes. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a indiqué que « toute législation qui réprime certains groupes ou des membres de certaines communautés sans motif légitime » atteste d'une discrimination raciale¹³⁸ [traduction non officielle]. La rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée a estimé, par exemple, que « la législation antiterroriste néerlandaise autorise et favorise la discrimination fondée sur la double nationalité » [traduction non

138 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, « General recommendation XXXI on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system », doc. ONU A/60/18, 2005, § 4 (b).

officielle] en établissant une distinction entre les citoyens qui possèdent une nationalité et ceux qui en possèdent deux, pour n'autoriser la déchéance de la nationalité néerlandaise que dans le cas des citoyens binationaux¹³⁹. Les chercheurs et chercheuses doivent déterminer si les documents ciblent un groupe spécifique ou visent une pratique religieuse ou culturelle en particulier, car il s'agirait alors de discrimination directe.

3.3.2.1. Application dans le contexte de la lutte contre le terrorisme

Cette méthode s'applique largement au contexte de la lutte contre le terrorisme, dans lequel il est possible de repérer des politiques et pratiques visant explicitement un groupe en particulier. Dans l'affaire *Hassan c. ville de New York*, citée ci-dessus, des documents des services de police de New York désignaient clairement les personnes musulmanes comme les cibles du programme de surveillance antiterroriste. Le Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) a observé que, dans certains pays, la prévention de l'extrémisme violent « se concentre exclusivement sur l'extrémisme violent islamiste, occultant d'autres formes d'extrémisme, ce qui peut entraîner une stigmatisation et une polarisation¹⁴⁰ » [traduction non officielle]. En France, par exemple, les indices de radicalisation cités par le Centre national d'assistance et de prévention de la radicalisation comprennent la « barbe pour les hommes » et un « discours anti-occidental¹⁴¹ ». Aux Pays-Bas, la cible définie dans le programme global d'action visant à combattre le djihadisme étant ce que l'on appelle le « djihadisme », les personnes musulmanes sont particulièrement visées¹⁴². En 2018, un programme de lutte contre l'extrémisme a été mis en place en Albanie, avec le soutien du Département d'État des États-Unis. Il prévoyait la formation de 22 000 enseignants à la lutte contre l'« extrémisme » de manière

139 Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée [ONU], « Amicus Brief before the Dutch Immigration and Naturalisation Service », 23 octobre 2018, § 53. Voir également Institute on Statelessness and Inclusion, « Principes relatifs à la privation de nationalité pour motif de sécurité nationale », 2020, principe 6. Récemment, la CrEDH a confirmé la déchéance de la nationalité française de cinq hommes condamnés pour des infractions liées au terrorisme, en soulignant que sa décision ne rendait pas ces citoyens apatrides compte tenu de leur double nationalité : *Ghoumid et autres c. France* (52273/16, 52285/16, 52290/16, 52294/16, 52302/16), Cour européenne des droits de l'homme, 2020.

140 PNUD, « Assessing progress made and the future of approaches to preventing violent extremism: report of the second global meeting of UNDP on preventing violent extremism (Oslo II) », 2018, p. 25.

141 Sébastien Pietrasanta, « La déradicalisation, outil de lutte contre le terrorisme », 2015, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000455.pdf>

142 Voir Ministère néerlandais de la Sécurité et de la Justice, Coordinateur national pour la sécurité et la lutte contre le terrorisme, « The Netherlands comprehensive action programme to combat jihadism », 29 août 2014, disponible sur <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/44369>

générale, mais les outils de formation faisaient exclusivement référence à l'islam¹⁴³. On pourrait citer de nombreux autres exemples de lois, politiques et directives d'application propres à la lutte contre le terrorisme qui visent explicitement les personnes musulmanes ou l'islam dans le contexte européen.

Recommandation

Les chercheurs et chercheuses doivent déterminer si les lois, les politiques ou les documents intermédiaires (directives, budgets, etc.) propres à la lutte contre le terrorisme ciblent un groupe spécifique ou visent une pratique religieuse ou culturelle en particulier, car il s'agirait alors de discrimination directe.

3.3.3. Éléments de comparaison

Une méthode courante pour prouver l'existence de discrimination consiste à démontrer que la personne ou le groupe s'estimant victime de discrimination n'est pas traité de la même façon qu'une personne ou un groupe dont la situation ne diffère que par la race, l'origine ethnique ou un autre motif de discrimination. L'individu ou le groupe doit montrer que cet élément de comparaison a bénéficié d'un traitement plus favorable ou produire des éléments – souvent des données quantitatives – qui prouvent qu'il a été affecté par une politique ou une pratique neutre de manière disproportionnée par rapport au groupe servant d'élément de comparaison. La charge de la preuve est alors renversée et incombe à l'autorité accusée de discrimination, qui doit démontrer que la différence de traitement ou d'effet était justifiée. L'élément de comparaison peut être une *hypothèse* (il n'est pas nécessaire de désigner un individu existant réellement comme élément de comparaison).

Dans cette approche comparative, le choix de l'élément de comparaison est déterminant pour établir qu'une différence de traitement existe. Or, on ne trouve pas dans la jurisprudence de critères clairs et objectifs permettant de savoir si un élément de comparaison est approprié. La CrEDH a estimé qu'une différence de traitement doit être établie entre personnes qui se trouvent dans des situations « analogues » ou « comparables¹⁴⁴ ». D'après la CJUE, les situations, sans forcément être identiques, doivent seulement être

143 Enes Bayrakli et Farid Hafez (sous la direction de), *European Islamophobia Report 2018*, SETA, p. 67.

144 *Lithgow et autres c. Royaume-Uni* (9006/800), Cour européenne des droits de l'homme, 1996, § 177 ; *Fredin c. Suède* (12033/86), Cour européenne des droits de l'homme, 1991, § 60.

comparables¹⁴⁵. Ce choix doit se faire au regard du but concret poursuivi par la mesure en question, et non de manière abstraite¹⁴⁶. En effet, deux groupes considérés comme comparables dans une situation donnée peuvent ne pas l'être dans d'autres circonstances.

A. et autres c. ministre de l'Intérieur – Chambre des Lords du Royaume-Uni, 2004¹⁴⁷

Les demandeurs ont contesté la politique britannique de détention illimitée des étrangers soupçonnés de terrorisme, au motif qu'elle constituait une discrimination à l'égard des citoyens non britanniques. Ils ont présenté une comparaison entre des citoyens britanniques et non britanniques soupçonnés de terrorisme, qui se différencient par leur nationalité ou leur situation au regard de la législation sur l'immigration (un motif de discrimination prohibé). La cour d'appel a rejeté cet élément de comparaison, estimant que les personnes britanniques et non britanniques soupçonnées de terrorisme n'étaient pas suffisamment similaires, car une différence de taille les distinguait : les Britanniques avaient un droit de résidence au Royaume-Uni, mais pas les étrangers. La Chambre

des Lords a réfuté cet argument au motif que le statut de résident ou de non-résident des personnes soupçonnées de terrorisme était sans rapport avec la menace qu'elles représentaient pour la sécurité nationale. La pertinence de l'élément de comparaison devait être évaluée en fonction du but légitime de la mesure en question – en l'espèce, la sécurité nationale. Le droit de résidence était sans rapport avec la sécurité nationale. La Chambre des Lords a jugé que le régime de détention illimitée était discriminatoire et l'a donc déclaré incompatible avec la CrEDH. Par conséquent, ce régime a été aboli et remplacé par un système d'ordonnances de contrôle appliquées aux personnes soupçonnées de terrorisme, qu'elles soient étrangères ou britanniques.

Lorsqu'aucun élément de comparaison ne peut être retenu, on peut établir une comparaison avec une norme élémentaire ou fondamentale conforme à la dignité humaine¹⁴⁸. Les normes fondamentales nécessaires pour garantir le respect de la dignité humaine sont définies dans les instruments internationaux relatifs aux droits humains et dans les constitutions nationales. La Cour suprême canadienne cite souvent la dignité humaine comme la valeur sur laquelle se fonde le principe de non-discrimination ; elle considère que la dignité est « bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les

145 C-267/12, *Frédéric Hay. c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, ECLI 823, 2013, § 33.

146 Ibid.

147 *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, 2004, UKHL (Chambre des Lords du Royaume-Uni), 56.

148 Interights, *Non-Discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners*, 2011, p. 105.

capacités ou les mérites de la personne¹⁴⁹ ». La Cour constitutionnelle sud-africaine rejette également l'approche comparative stricte en faveur d'une vision plus large de la dignité humaine¹⁵⁰.

Si l'utilisation d'un élément de comparaison est la méthode la plus courante pour prouver l'existence de la discrimination, qui est d'ailleurs considérée comme indispensable dans la plupart des affaires dont sont saisies la CJUE et la CrEDH, il est parfois impossible d'apporter les preuves nécessaires pour démontrer que deux éléments comparés sont suffisamment analogues. Cette méthode pose un autre problème, puisqu'elle peut conduire les autorités à pratiquer un « nivellement par le bas » consistant à éliminer toute différence de traitement entre les groupes en appliquant à tous le traitement moins favorable. En l'absence d'élément de comparaison approprié ou lorsqu'un « nivellement par le bas » est à craindre, les chercheurs et chercheuses doivent envisager de recourir à plusieurs autres méthodes détaillées dans ce guide pour établir une présomption de discrimination.

3.3.3.1. Application au contexte de la lutte contre le terrorisme

Le choix d'un élément de comparaison approprié dans le contexte de la lutte contre le terrorisme présente des difficultés d'ordre conceptuel. Faut-il comparer le traitement des « terroristes islamistes », par exemple, à celui des « extrémistes » séparatistes/nationalistes ou à ceux d'extrême droite ? Ces groupes sont-ils suffisamment analogues pour en déduire que toute différence de traitement est fondée sur la religion et la race¹⁵¹ ?

Dans l'affaire *Catrimán et autres c. Chili* (ci-après), les pétitionnaires ont produit des données démontrant que la plupart des personnes auxquelles s'applique la loi antiterroriste au Chili étaient membres d'un groupe minoritaire indigène, les Mapuches. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a jugé que ce constat n'était pas suffisant pour prouver l'existence de discrimination, en l'absence d'élément de comparaison. La Cour a demandé des informations sur « le contexte d'actes violents ou d'infractions de nature proche, au moment des faits concernés en l'espèce, qui auraient été commis par des personnes non mapuches auxquelles [la loi antiterroriste] aurait également dû s'appliquer¹⁵² » [traduction non officielle]. Selon cette logique,

149 *Law c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) [1999] 1 RCS 497, § 53.

150 *President of the Republic of South Africa v. Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC).

151 Dans le cas des « extrémistes » de droite, les chercheurs ont remis en cause la validité des comparaisons avec les « terroristes islamistes », étant donné que les idées et les valeurs d'extrême droite sont relativement répandues dans une partie des médias et de la politique – voir Richard McNeil-Willson, « Not All “Extremisms” Are Created Equal », 2019, disponible sur <https://mcneilwillson.eu/blog/f/not-all-%E2%80%98extremisms%E2%80%99-are-created-equal> ; Arun Kundnani, 'Blind Spot? Security Narratives and Far-Right Violence in Europe', 2012, article de recherche de l'ICCT.

152 *Catrimán et al v. Chile*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 29 mai 2014, § 219.

pour prouver le caractère discriminatoire de l'application de la législation antiterroriste, il faudrait présenter non seulement des données démontrant que la plupart des personnes poursuivies dans le cadre de la législation antiterroriste étaient musulmanes, mais aussi des exemples de personnes non musulmanes impliquées dans des actes violents ou des infractions de même type, à peu près au même moment, mais dont les actions n'ont pas été considérées comme des actes terroristes. Il pourrait en effet s'agir d'« extrémistes » d'extrême droite, de séparatistes/nationalistes ou d'autres personnes ayant organisé des actes de violence ou y ayant participé.

C'est précisément cette comparaison qui a été faite par l'Institute for Social Policy and Understanding (ISPU), aux États-Unis. Il a comparé « des personnes qui commettent ou planifient des actes violents, perçues comme musulmanes et qui agiraient au nom de l'islam » avec « des personnes ayant commis ou planifié des actes violents répondant à une motivation idéologique et non perçues comme musulmanes¹⁵³ ». À partir de pièces de procédure et d'une base de données existante sur les actes de violence commis pour des raisons idéologiques, l'ISPU a analysé des faits survenus entre 2002 et 2015. Il a pris en compte le nombre de victimes, les armes utilisées, l'ampleur voulue des dommages, la cible de l'événement et l'existence de co-responsables pour veiller à ce que les actes comparés soient similaires du point de vue de la menace pour la sécurité nationale, et donc suffisamment analogues. Il a ainsi constaté que, dans des affaires comparables de complots idéologiques violents, 83 % des responsables musulmans avaient été condamnés à des peines liées au terrorisme (beaucoup plus longues que les autres), alors que la plupart des responsables non musulmans avaient été déclarés coupables d'infractions moins graves (possession de matériel destiné à la fabrication d'explosifs, par exemple). En outre, dans la majorité des cas impliquant des personnes musulmanes, des policiers infiltrés ou des informateurs avaient fourni eux-mêmes les moyens de commettre l'attentat (arme à feu ou bombe¹⁵⁴).

153 Institute for Social Policy and Understanding, *Equal Treatment? Measuring the legal and media responses to ideologically motivated violence in the United States*, 2018, disponible sur https://www.imv-report.org/?mc_cid=a4827c286d&mc_eid=d9a68def72#title

154 Cette différence s'explique en partie par le fait que les actes commis par des personnes musulmanes sont considérés comme des actes « internationaux » – et non « nationaux » –, même en l'absence de liens des responsables avec l'étranger. Voir Shirin Sinnar, « Separate and Unequal: the Law of “Domestic” and “International” Terrorism », vol. 117(7), *Michigan Law Review*, 2019, p. 1333-1404.

Norín Catrimán et autres (dirigeants, membres et militants du peuple indigène mapuche) c. Chili – Cour interaméricaine des droits de l'homme, 2014

Contexte

Promulguée en 1984 sous la dictature militaire du général Pinochet, la loi antiterroriste chilienne considère l'occupation des terres et les attaques contre le matériel ou le personnel des entreprises privées comme du terrorisme. Elle autorise également le recours à des témoignages anonymes à charge et permet le maintien en garde à vue prolongée des personnes soupçonnées de terrorisme. Cette loi a surtout été utilisée contre la population indigène mapuche en réponse aux efforts qu'elle déployait pour récupérer ses terres, dont 95 % lui avaient été retirées depuis le XIXe siècle. Parmi les tactiques les plus extrêmes employées par les militants et militantes mapuches figuraient des occupations de terres, des blocages routiers, ainsi que des incendies ou autres destructions de cultures, de bâtiments, de bois, de véhicules et de machines. L'incendie volontaire d'une ferme a provoqué la mort de deux personnes¹⁵⁵. La réaction brutale de la police chilienne aux manifestations des Mapuches a fait des morts et des blessés parmi les manifestants¹⁵⁶.

Dans cette affaire dont a été saisie la Commission interaméricaine des droits de l'homme, les huit pétitionnaires mapuches avaient fait l'objet de poursuites pour « incendie volontaire terroriste » et « menaces d'incendie volontaire terroriste », entre autres, au titre de la loi antiterroriste chilienne, pour des événements survenus en 2001 et 2002 dans le cadre d'actions menées par les Mapuches pour récupérer leurs terres ancestrales. Ces huit personnes ont affirmé que la classification de leurs actes comme « terroristes » les avait privées des garanties d'une procédure régulière, entre autres préjudices. Elles ont allégué un certain nombre de violations des droits humains, notamment du droit à la liberté d'expression, de la présomption d'innocence, du droit d'être jugé de manière impartiale et de bénéficier de l'égalité de protection de la loi, et du principe de non-discrimination. La présente synthèse ne concerne que la question de la discrimination.

Comment la partie requérante a-t-elle prouvé l'existence d'une discrimination dans cette affaire ?

Les demandeurs ont fait valoir que le droit pénal leur avait été appliqué de manière discriminatoire au motif de leur origine ethnique. Leur argumentaire tenait en deux volets : l'application ciblée de la loi antiterroriste au peuple indigène mapuche (première pétition) et la présence dans des décisions rendues par les juridictions pénales nationales de déclarations qui mettaient en évidence l'intervention de stéréotypes et de préjugés fondés sur l'origine ethnique (deuxième pétition).

La première pétition reposait sur des données statistiques. Une série de données a démontré que sur les 21 procès au titre de la loi antiterroriste qui ont eu lieu entre 2000 et 2013, 11 avaient été intentés contre des Mapuches. Au Chili, environ 4 % de l'ensemble de la population est mapuche. Les pétitionnaires avaient compilé eux-mêmes ces données¹⁵⁷. Après avoir déposé une demande d'accès à l'information, ils avaient obtenu la liste de toutes les affaires liées à la lutte contre le terrorisme sur cette période. Grâce à cette liste, une ONG a pris contact avec les avocats et les personnes concernés par ces affaires pour déterminer le nombre de Mapuches parmi les défendeurs de la liste. L'État a ensuite confirmé ces conclusions.

La deuxième pétition se fondait sur une analyse, par la cour et par des experts, des décisions rendues par les juridictions pénales internes. Les pétitionnaires ont également fourni des preuves du contexte général de discrimination dont les groupes indigènes mapuches sont victimes, en s'appuyant notamment sur des témoignages d'experts universitaires, des rapports d'ONG et des déclarations d'organismes régionaux et d'organes des Nations unies.

155 Amnesty International, *Pre-Juicios Injustos: Criminalización del Pueblo Mapuche a través de la Ley "Antiterrorista" en Chile* (AMR 22/8862/2018), 2018, disponible sur <https://amnistia.cl/wp-content/uploads/2018/08/informe-LAT-web.pdf>

156 Human Rights Watch, *Undue Process: Terrorism Trials, Military Courts and the Mapuche in Southern Chile*, 2004, disponible sur https://www.hrw.org/reports/2004/chile1004/5.htm#_Toc86045141

157 *Catrimán et al v. Chile*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 29 mai 2014, § 75.

La Cour a commencé son analyse en déclarant qu'« une différence de traitement est discriminatoire dès lors qu'elle n'a pas de justification objective et raisonnable ; en d'autres termes, dès lors qu'elle ne cherche pas à atteindre de but légitime et que les moyens employés sont disproportionnés au regard du but recherché¹⁵⁸ ». La Cour a rejeté la première pétition faute de preuve, malgré la reconnaissance de son bien-fondé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Elle a jugé que le fait que la loi antiterroriste ait été appliquée « en majorité à des membres du peuple indigène mapuche ne suffi[sait] pas à conclure à une application "ciblée" présumée de nature discriminatoire¹⁵⁹ ». La Cour n'a pas réfuté ces données, mais elle a déploré l'absence d'élément de comparaison. Les pétitionnaires n'avaient pas fourni « d'informations suffisantes sur le contexte d'actes violents ou d'infractions de nature proche, au moment des faits concernés en l'espèce, qui auraient été commis par des personnes non mapuches auxquelles, sur la base des critères qui ont mené à l'application de la loi antiterroriste à des défenseurs mapuches, cette loi aurait également dû s'appliquer¹⁶⁰ ».

La Cour a reconnu le bien-fondé de la deuxième pétition. Elle a jugé que « le droit pénal peut être appliqué de manière discriminatoire si le juge ou la juridiction condamne une personne en s'appuyant sur un raisonnement fondé sur des stéréotypes négatifs qui associent un groupe ethnique au terrorisme pour établir l'un des éléments de la responsabilité pénale¹⁶¹ ». Invoquant une affaire précédente, la Cour a déclaré qu'il était nécessaire « d'analyser les arguments exposés par les autorités judiciaires nationales, leurs actions, les termes utilisés et le contexte dans lequel les décisions judiciaires ont été rendues¹⁶² ».

Les preuves comprenaient des témoignages d'experts qui ont analysé les décisions rendues par les juridictions pénales nationales et ont conclu qu'« une large part de l'argumentation juridique » de ces dernières découlait de « stéréotypes et de préjugés ayant des conséquences nocives sur ces communautés », et qu'elles s'appuyaient sur des raisonnements « qui reposent à leur tour sur des expressions discriminatoires, des stéréotypes et des préjugés¹⁶³ ». Par exemple, la juridiction nationale a utilisé l'expression « ce que l'on appelle le "problème mapuche"¹⁶⁴ » pour désigner les revendications foncières des Mapuches. Elle a retenu à titre de preuve des informations diffusées par les médias et des témoignages au sujet d'actes violents attribués à des personnes mapuches autres que les pétitionnaires, qui n'avaient pas fait l'objet de vérifications ni de poursuites. La juridiction nationale avait conclu à l'existence d'une intention terroriste en se fondant sur des stéréotypes relatifs à la violence des revendications foncières mapuches et sur le témoignage de personnes attestant de la peur que leur inspiraient les attaques violentes qui auraient été commises par des Mapuches autres que les pétitionnaires. Les faits relatifs à ces allégations d'attaques n'ont pas été vérifiés. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a conclu que « le simple fait que les décisions se fondent sur ce raisonnement, qui met en évidence des stéréotypes et des préjugés, constitue une violation du principe d'égalité et de non-discrimination ainsi que du droit à l'égalité de protection de la loi¹⁶⁵ ».

158 Ibid., § 200.

159 Ibid., § 219.

160 Ibid.

161 Ibid., § 223.

162 Ibid., § 226.

163 Ibid., § 225.

164 Ibid., § 227.

165 Ibid., § 227.

Enseignements :

- Les données quantitatives doivent être utilisées avec une extrême précaution dans les affaires de terrorisme. Si des données quantitatives sont utilisées, une comparaison doit être établie avec un élément de référence approprié. La première pétition n'a pas abouti à cause de l'utilisation de données statistiques sans élément de comparaison approprié.
- La présence de stéréotypes dans les décisions peut constituer une preuve de discrimination, sans qu'il soit nécessaire de présenter de données quantitatives ou d'établir de comparaison directe. Dans le contexte de la lutte contre le terrorisme en Europe, il est beaucoup plus facile de prouver l'existence de stéréotypes que de fournir un élément de comparaison. Sauf en cas de procès à huis clos et de preuves classifiées, les victimes et leurs avocats peuvent prendre connaissance des décisions et l'observation des procès peut permettre de veiller à ce que les éléments de preuve produits en justice soient consignés avec précision. Le fait, pour une juridiction nationale, de se fonder sur des actes n'ayant pas été commis par les personnes inculpées, mais par d'autres Mapuches peut être rapproché des pratiques des autorités consistant à invoquer des actes de violence politique commis par certaines personnes musulmanes pour en déduire qu'une autre personne musulmane en particulier – voire tous les musulmans – constitue une menace.

L'étude de l'ISPU est une référence utile si vous envisagez d'utiliser l'approche comparative pour établir une présomption de discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme en Europe. D'après les conclusions de l'étude, le fait que les actes présumés « islamistes » soient plus fréquemment qualifiés de « terroristes » que les autres formes de violence politique pose souvent problème. À cause du manque de précision de la définition du terrorisme, de nombreux cas pourraient entrer dans le champ d'application des lois antiterroristes, mais ne sont pas considérés comme « terroristes ». Pour utiliser l'approche comparative dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, on peut par exemple sélectionner, parmi la multitude d'actes de violence, ceux qui sont suffisamment analogues du point de vue de la menace qu'ils représentent pour la sécurité nationale et comparer leur traitement à celui des actions commises par des personnes musulmanes. Il est utile de compléter les données démontrant l'effet disproportionné de la législation antiterroriste sur les personnes musulmanes par ce type d'analyse comparative qualitative des cas.

Recommandation

Les chercheurs et chercheuses doivent veiller à ce que les données quantitatives sur les répercussions de la législation et des politiques antiterroristes soient complétées par une analyse qualitative des mesures antiterroristes concernées, et à ce que les données quantitatives soient si possible analysées par rapport à un élément de comparaison ou de référence pertinent.

3.3.4. Intervention de stéréotypes

L'une des méthodes possibles pour démontrer l'existence de la discrimination consiste à donner des exemples de la manière dont les stéréotypes interviennent dans la décision dans un cas particulier, ou comment une politique ou une loi s'appuie sur des stéréotypes et les perpétue. Bien qu'elle soit souvent employée pour mettre en évidence le profilage ethnique dans les décisions relatives au maintien de l'ordre, cette méthode est de plus en plus utilisée au-delà de ce contexte strict, en particulier aux États-Unis. Le recours à des stéréotypes comme preuve de discrimination est apparu pour la première fois dans l'affaire *Price Waterhouse c. Hopkins*, dont la Cour suprême a été saisie en 1989 : une promotion a été refusée à une employée en partie parce que celle-ci ne se conformait pas aux stéréotypes relatifs à son apparence et à son comportement en tant que femme¹⁶⁶.

166 Stephanie Bornstein, 'Unifying Antidiscrimination Law Through Stereotype Theory', 20 *Lewis & Clark L. Rev.*, 2016, p. 938.

Dans des décisions plus récentes rendues aux États-Unis, des demandeurs ayant fait valoir des éléments attestant de l'intervention de stéréotypes ont pu établir une présomption de discrimination en l'absence d'élément suffisant de comparaison¹⁶⁷. Dans une affaire concernant une psychologue scolaire dont les évaluations des performances se sont dégradées après la naissance de son enfant, aboutissant au refus inattendu de sa titularisation, la Cour a conclu que « l'expression de stéréotypes au sujet de l'incompatibilité entre maternité et emploi » était la preuve que « le genre avait joué un rôle dans la décision relative à l'emploi » et avait elle-même donné lieu à une discrimination¹⁶⁸. Pour être recevable, toute remarque de ce type doit être faite par les décisionnaires et intervenir dans le contexte de la décision concernée (et ne pas être de « simples remarques »). Aux États-Unis, l'approche fondée sur la recherche de stéréotypes est moins souvent utilisée pour démontrer une discrimination raciale ou ethnique. Lorsqu'elle a été utilisée, ces arguments ont le plus souvent été réfutés au motif qu'il s'agissait de « simples remarques¹⁶⁹ ».

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) reconnaît que les stéréotypes sont une forme de discrimination entre les hommes et les femmes. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a expliqué que « [l]a discrimination fondée sur le sexe peut être liée à un traitement différent des femmes [...] ou à des conceptions stéréotypées¹⁷⁰ ». Dans certaines affaires devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, des lois et des mesures fondées sur des stéréotypes de genre ont été jugées discriminatoires¹⁷¹. Dans l'arrêt *Carvalho Pinto De Sousa Morais c. Portugal*, la CrEDH a déclaré que « le traitement stéréotypé de certains groupes pose problème en ce qu'il empêche d'évaluer leurs capacités et leurs besoins de manière individualisée » et a statué en faveur de la requérante, car la juridiction interne avait formulé des hypothèses fondées sur des stéréotypes liés au genre¹⁷². Un élément de comparaison masculin « n'est pas essentiel pour conclure à un traitement discriminatoire fondé sur un stéréotype lié au genre¹⁷³ ».

167 Ibid., p. 942.

168 *Back v. Hastings on Hudson Union Free Sch. Dist.*, 365 F.3d 107, 126 (2nd Circuit), 2004, § 122.

169 Stephanie Bornstein, 'Unifying Antidiscrimination Law', p. 977.

170 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale no 16 (2005) : Droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels (art. 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), doc. ONU E/C.12/2005/4.

171 *President of the Republic of South Africa v. Hugo*, 1997 (4) SA 1 (CC) ; *Maria Eugenia Morales De Sierra v. Guatemala*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 16 octobre 1996.

172 *Carvalho Pinto De Sousa Morais c. Portugal* (17484/15), Cour européenne des droits de l'homme, 2017, § 46.

173 Rebecca J. Cook et Simone Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2011, p. 114.

Des signes indiquent que ce modèle moderne observé pour la discrimination fondée sur le genre commence à être adopté dans les affaires de discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique. C'est le cas notamment en Europe, où des commentateurs ont remarqué que l'approche comparative « semble être devenue moins importante » actuellement à la CrEDH, car les arguments de stigmatisation sociale et de stéréotypes sont désormais utilisés pour démontrer l'existence de la discrimination¹⁷⁴. Dans l'affaire *Lingurar c. Roumanie*, en 2019, des personnes roms ont saisi la CrEDH pour une affaire de discrimination au motif que les autorités avaient justifié une perquisition à leur domicile « en se fondant sur des stéréotypes concernant ce qui était perçu comme étant l'attitude des personnes roms en général et en faisant référence à d'autres faits sans relation avec elles, qui impliquaient des membres de la communauté rom¹⁷⁵ » [traduction non officielle]. Elles ont également dénoncé l'existence de préjugés institutionnels à l'égard des personnes roms, comme l'ont démontré les actions de la police et les procédures elles-mêmes¹⁷⁶. La Cour a estimé ce qui suit :

« La manière dont les autorités ont justifié et exécuté les perquisitions montre que la police a exercé ses pouvoirs de manière discriminatoire, en pensant que les requérants étaient probablement des délinquants à cause de leur origine ethnique. Le comportement des requérants a été extrapolé à partir d'une perception stéréotypée que les autorités avaient de la communauté rom dans son ensemble¹⁷⁷ » [traduction non officielle].

Dans l'affaire *CHEZ*, portant sur une compagnie énergétique qui plaçait les compteurs électriques sur les piliers du réseau à une hauteur plus élevée qu'ailleurs dans les quartiers où résidaient des personnes roms, empêchant les consommateurs de consulter leurs compteurs, la CJUE a critiqué la pratique en question, car elle « repose sur des stéréotypes ou des préjugés d'ordre ethnique » et a déclaré qu'elle constituerait une discrimination « s'il s'avère que ladite mesure a été instituée et/ou maintenue pour des raisons liées à l'origine ethnique commune à la majeure partie des habitants du quartier concerné¹⁷⁸ ». La Cour a tenu compte du fait que la société *CHEZ* estimait que « les dégradations et les branchements illicites sont principalement le fait de [...] ressortissants [bulgares] d'origine rom » sans

174 Alexandra Timmer, 'Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights', 11:4, *Human Rights Law Review*, 2011, p. 719.

175 *Lingurar v. Romania* (48474/14), Cour européenne des droits de l'homme, 2019, § 54.

176 *Ibid.*, § 75.

177 *Ibid.*, § 76.

178 C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia* (EU:C:2015:480), 2015, § 91.

fournir aucune preuve des dégradations ou de la manipulation des piliers électriques, et a déclaré que « [d]e telles affirmations pourraient en effet être de nature à suggérer que la pratique litigieuse repose sur des stéréotypes ou des préjugés d'ordre ethnique, les motifs raciaux se combinant ainsi à d'autres motifs¹⁷⁹ ».

Les stéréotypes ne sont pas nécessairement le seul facteur qui détermine le comportement de la personne ayant le pouvoir de décision, comme expliqué dans la section 2.2.3 et la sous-section 3.2.2.3 ci-dessus. Pour démontrer l'intervention de stéréotypes dans un cas particulier, il faut apporter des éléments d'information sur la prise de décision des autorités : décisions judiciaires, interrogatoires de police, texte d'ordonnances administratives et autres documents et déclarations connexes émis par des fonctionnaires. À l'inverse, les chercheurs et chercheuses souhaitant démontrer qu'une loi précise perpétue les stéréotypes négatifs et est donc discriminatoire devraient analyser les textes de loi, les politiques et toute directive relative à la mise en œuvre.

3.3.4.1. Application dans le contexte de la lutte contre le terrorisme

Les chercheurs et chercheuses doivent envisager d'employer l'approche fondée sur la démonstration de l'intervention de stéréotypes, qui est largement applicable dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, en particulier en l'absence d'élément de comparaison approprié. Dans l'affaire *Catrimán et autres c. Chili* (ci-dessus), l'allégation de discrimination fondée sur des stéréotypes associant les personnes mapuches à la violence a abouti, alors que l'approche comparative avait échoué. En Europe, les stéréotypes associant les personnes musulmanes à l'« extrémisme » et au « terrorisme » sont très répandus. Les stéréotypes jouent un rôle particulièrement important dans les mesures préventives de lutte contre le terrorisme et contre la radicalisation, qui ne nécessitent pas de prouver la planification d'un acte de violence spécifique. Dans ce contexte, l'identité, les croyances et les comportements d'une personne deviennent, en l'absence d'actions concrètes, des « preuves » de sa participation potentielle à de futurs actes de terrorisme. Les personnes ayant le pouvoir de décision s'intéressent particulièrement à certaines manifestations d'une association ou d'une pratique religieuse à cause du stéréotype selon lequel les personnes musulmanes, du moins celles qui s'adonnent ouvertement à ces pratiques religieuses, seraient plus susceptibles d'être des « extrémistes » ou de participer à des actes « terroristes ». Sous l'effet des programmes antiterroristes, « des personnes et des groupes de personnes en viennent [...] à être considérés comme "suspects" principalement sur la base de stéréotypes fondés sur leur

179 Ibid., § 82.

appartenance religieuse ou ethnique ou leur origine géographique¹⁸⁰ ».

Généralement, plus le pouvoir discrétionnaire des personnes ayant le pouvoir de décision est grand, plus les stéréotypes risquent d'être présents.

Le programme Prevent, au Royaume-Uni, montre le rôle important joué par les stéréotypes. Ce programme s'inscrit dans le cadre de la politique antiterroriste du gouvernement britannique, dont le but est d'empêcher les personnes « de devenir des terroristes ou d'apporter un soutien au terrorisme¹⁸¹ ». L'un des piliers consiste à former les fonctionnaires, notamment les enseignants, les universitaires, les médecins et le personnel infirmier, pour leur permettre de déceler les « signes de radicalisation », et à obliger les autorités à « tenir suffisamment compte de la nécessité d'empêcher les personnes de sombrer dans le terrorisme¹⁸² ». Une fois qu'un·e fonctionnaire signale une personne dans le cadre du programme Prevent, la police ou d'autres autorités peuvent se saisir de son cas et, si le motif d'inquiétude est jugé légitime, l'enregistrer dans un programme de lutte contre la radicalisation (le programme « Channel »). Il a été reproché à la formation dispensée aux fonctionnaires dans le cadre du programme britannique Prevent de « céder aux stéréotypes¹⁸³ ». Dans un rapport récent, une ONG a décrit le cas d'un kinésithérapeute ayant signalé son patient, un jeune homme musulman, au programme Prevent après avoir remarqué qu'il regardait une vidéo sur YouTube dans laquelle un spécialiste de l'étude de l'islam parlait de religion¹⁸⁴. Il semble que les stéréotypes associant les hommes musulmans manifestant un intérêt pour l'étude de l'islam à « l'extrémisme potentiel » et la radicalisation potentielle aient influencé la décision du kinésithérapeute.

Les chercheurs et chercheuses peuvent également se fonder sur l'existence de stéréotypes pour montrer qu'une loi ou une politique particulière perpétue les préjugés négatifs, ce qui la rend discriminatoire. Dans son examen périodique des Pays-Bas, le Comité des droits de l'homme a noté que la politique du pays relative à la déchéance de nationalité était susceptible de perpétuer les « préjugés conduisant à la discrimination et à l'hostilité à l'égard de certains groupes tels que les musulmans, les étrangers et les migrants, et

180 Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste [ONU], « Conséquences sur les droits de l'homme des politiques et des pratiques visant à prévenir et à combattre l'extrémisme violent », doc. ONU A/HRC/43/46, 2020, § 24.

181 Gouvernement britannique, « CONTEST: The United Kingdom's Strategy for Countering Terrorism », 2018, § 99.

182 Loi britannique de 2015 relative à la lutte antiterroriste et à la sécurité, article 26.

183 Medact, *False Positives: The Prevent Counter-extremism Policy in Healthcare*, 2020, p. 27.

184 Ibid., p. 43.

à leur stigmatisation¹⁸⁵ ». Les lois ou les propositions visant à cibler « l'islam politique » pour des motifs liés à la sécurité nationale en Autriche, à interdire les minarets en Suisse et à lutter contre le « séparatisme islamiste » en France, par exemple, perpétuent les stéréotypes qui assimilent les personnes musulmanes au terrorisme et considèrent l'islam comme une menace¹⁸⁶. L'interdiction du port du voile intégral dans de nombreux pays d'Europe a également « contribué à renforcer les stéréotypes et les préjugés contre les musulmans¹⁸⁷ ».

Recommandation

Pour établir une allégation de discrimination, les chercheurs et chercheuses doivent apporter des preuves de l'intervention de stéréotypes dans les processus décisionnels, les lois, les politiques et les pratiques liées à la lutte contre le terrorisme, en particulier lorsqu'aucun élément de comparaison adapté ne peut être défini.

3.3.5. Contexte général

Souvent, les tribunaux s'interrogent sur l'existence d'un « contexte général » de discrimination pour déterminer si une présomption de discrimination a été établie. Sans être suffisant en soi pour établir un commencement de preuve, le fait de démontrer qu'un contexte général de discrimination existe à l'égard d'un groupe particulier vient renforcer une allégation de discrimination.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a déclaré que le contexte général d'une affaire doit être pris en compte, en particulier pour les allégations de discrimination indirecte¹⁸⁸. Dans l'affaire *Yean et Bosico c. République dominicaine*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré que le contexte général de racisme à l'égard des personnes

185 Comité des droits de l'homme, Liste de points établie avant la soumission du cinquième rapport périodique des Pays-Bas, doc. ONU CCPR/C/NLD/QPR/5, 2017, § 10.

186 Farid Hafez, « Austria's New Programme for Government. En Route to a Restrictive Policy on Islam? », *Qantara.de*, 2017, disponible sur <https://en.qantara.de/content/austrias-new-programme-for-government-en-route-to-a-restrictive-policy-on-islam> ; Amnesty International, Suisse. Une interdiction des minarets ne respecterait pas les obligations en matière de liberté de religion, 2009 ; *France 24*, 'Macron Outlines Plan to Fight "Islamist Separatism" in France', 2020, <https://www.france24.com/en/20201002-live-macron-outlines-proposal-for-law-to-fight-separatism-in-france>

187 Amnesty International, *Choix et préjugés. La discrimination à l'égard des musulmans en Europe* (EUR 01/001/2012), 2012, p. 94.

188 *L.R et autres c. Slovaquie*, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, doc. ONU CERD/C/66/D/31/2003, 2004, § 10.4.

haïtiennes en République dominicaine était un élément de preuve¹⁸⁹. Elle s'est appuyée pour cela sur des observations des experts et des organes de suivi des traités des Nations unies, sur des rapports de l'Organisation des États américains et sur des travaux de recherche universitaire. De même, dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*, la CrEDH a reconnu le contexte général de racisme à l'égard des personnes roms et la ségrégation qu'elles subissent depuis toujours, soulignant que, « du fait de leurs vicissitudes et de leur perpétuel déracinement, les Roms constituent une minorité défavorisée et vulnérable, qui a un caractère particulier¹⁹⁰ ».

Même s'il faut apporter des preuves écrites pour attester d'un contexte général de discrimination, dans certains cas particuliers, la discrimination est si manifeste que les tribunaux ont jugé n'avoir besoin d'aucune preuve. Dans l'affaire *Métro de Londres c. Edwards*, au Royaume-Uni, la cour a estimé qu'il était de « notoriété publique » que les femmes étaient plus nombreuses que les hommes à avoir des enfants à charge dans les foyers monoparentaux¹⁹¹. En Belgique, la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination précise que des faits de connaissance générale, ainsi que l'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect, sont des éléments qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination¹⁹². Dans l'affaire *CHEZ*, la CJUE a jugé que, bien qu'il n'existe pas de statistiques relatives à la taille de la population rom dans le quartier concerné, le fait qu'il soit « communément présenté comme le plus grand "quartier rom" de la ville » était suffisant pour établir qu'un grand nombre d'habitants de ce quartier étaient des Roms¹⁹³.

3.3.5.1. Application dans le cadre de la lutte contre le terrorisme

L'existence d'un climat général de méfiance et d'intolérance à l'égard des personnes musulmanes en Europe est évidente. Les chercheurs et chercheuses souhaitant démontrer l'existence d'une discrimination à l'égard de personnes musulmanes et perçues comme musulmanes dans le contexte de la lutte contre le terrorisme doivent apporter des éléments prouvant ce contexte général d'islamophobie. Un grand nombre de publications universitaires, de rapports de la société civile, de travaux d'ONG et de

189 *Case of the Yean & Bosico children v. Dominican Republic*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 8 septembre 2005.

190 *D.H. et autres c. République tchèque* (57325/00), Cour européenne des droits de l'homme, 2007, § 182.

191 *London Underground v. Edwards (No. 2)*, 1998, IRLR 364. Voir également l'affaire australienne *Mayer v. Australian Nuclear Science and Technology Organisation*, EOC 93-285, 2003.

192 Belgique : Loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, article 28 (3) ; Loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, article 30 (3) ; Loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, article 33 (3).

193 C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia* (EU:C:2015:480), 2015, § 31.

communiqués de presse établissent l'existence d'un contexte général d'islamophobie en Europe – voir le débat sur l'islamophobie et le racisme à la sous-section 3.2.2.1 et une liste de sources d'information possibles à la sous-section 3.3.6.2.

Recommandation

Les chercheurs et chercheuses doivent présenter des éléments prouvant l'existence d'un contexte généralisé de discrimination en rapport avec le cas concerné pour que les arguments présentés soient les plus solides possible.

3.3.6. Sources

3.3.6.1. Entretiens

Les entretiens sont une source d'information couramment utilisée dans les recherches sur les droits humains. Ils peuvent être structurés (selon un questionnaire fixe), semi-structurés (organisés autour de thèmes fixes, mais en conservant une certaine flexibilité pour s'en écarter) et exploratoires¹⁹⁴. Les chercheurs et chercheuses doivent envisager d'élaborer un questionnaire pour les entretiens, afin que toutes les personnes interrogées répondent à la même liste de questions¹⁹⁵. Les questionnaires varient en fonction de la question spécifique faisant l'objet des recherches. Les grandes catégories de personnes interrogées et les types d'informations recherchées sont décrits dans cette sous-section.

Les chercheurs et chercheuses doivent essayer d'interroger, au minimum, la ou les personne(s) ou les groupes s'estimant victimes de discrimination et les fonctionnaires responsables des mesures, politiques ou lois présumées discriminatoires, à différents échelons si possible (depuis les enseignants jusqu'au ministre de l'Éducation, par exemple).

Les entretiens avec des personnes dénonçant une forme de discrimination devraient aborder :

- les informations essentielles (qui, quoi, quand, où et pourquoi) au sujet du comportement, de la mesure ou de l'action publique faisant l'objet de leur plainte (le « traitement moins favorable ») ;

194 Pour une analyse plus en détail des différentes méthodes d'entretien, voir J.A. Gubrium et J.A. Holstein, *Handbook of Interview Research: Context and Method*, Sage, 2001.

195 Les chercheurs et chercheuses doivent néanmoins veiller à ce que les personnes interrogées puissent fournir des informations autres que celles concernées par la liste fixe de questions – il est préférable pour cela de poser des questions ouvertes plutôt que fermées (auxquelles répondre par « oui » ou « non »).

- les motifs potentiels de discrimination et toute caractéristique protégée propre à la personne interrogée ;
- les informations nécessaires pour déterminer si toute justification avancée par l'État est « objective et raisonnable », notamment :
 - les raisons données à la personne interrogée par les fonctionnaires pour expliquer leur comportement ou la mesure en question (il peut arriver, bien que rarement, que des fonctionnaires avouent ouvertement à la personne que leurs actions ont été dictées par une raison discriminatoire, comme dans l'affaire *Timichev c. Russie*, où des agents de police avaient refusé de laisser le requérant franchir un poste de contrôle, au motif qu'ils avaient reçu oralement l'ordre d'interdire aux Tchétchènes d'entrer sur le territoire¹⁹⁶) ;
 - les conséquences de l'acte présumé discriminatoire pour la personne, sa famille et l'ensemble de son entourage ;
 - toute action ou mesure connexe (dans le cas d'infractions antérieures, par exemple) à laquelle elles ont été soumises par les autorités ;
 - toute plainte ou tout recours juridique éventuel en lien avec le comportement discriminatoire présumé.

Les entretiens avec les fonctionnaires varieront selon la fonction et la responsabilité de la personne interrogée, mais il convient de chercher à obtenir les types d'informations suivants :

- Comment les lois et les politiques ont-elles été mises en pratique ? Comment peut-on décrire brièvement l'affaire en question (le « traitement moins favorable ») ?
- Informations sur toute formation, instruction ou orientation relative à la mise en œuvre reçue par les fonctionnaires.
- La personne interrogée reconnaît-elle une différence de traitement ?
- Informations nécessaires pour déterminer le caractère « objectif et raisonnable » de toute justification avancée par l'État, notamment :
 - Quel est le but de toute mesure, politique ou loi et pour quelles raisons spécifiques a-t-elle été mise en œuvre ?
 - Des mesures de substitution ont-elles été envisagées ? Le cas échéant, pourquoi ont-elles été rejetées ?
 - Les fonctionnaires estiment-ils que la mesure, la politique ou la loi a

196 *Timichev c. Russie* (55762/00, 55974/00), Cour européenne des droits de l'homme, 2005.

été efficace ? Quels éléments peuvent en attester ?

- Les autorités ont-elles recensé des conséquences négatives qui auraient notamment nui à l'efficacité d'une mesure (en rendant par exemple certains groupes plus réfractaires au dialogue avec les fonctionnaires) ?
- Lorsque la personne interrogée reconnaît qu'il y a eu différence de traitement, pense-t-elle que cette différence était fondée sur des raisons totalement étrangères à une caractéristique protégée, ou qu'un lien de causalité existait avec un motif prohibé, mais que la différence de traitement était objectivement et raisonnablement justifiée ?

Généralement, au cours des entretiens, les fonctionnaires admettent rarement que leurs actions étaient motivées par une raison discriminatoire. Dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, néanmoins, certains fonctionnaires estiment qu'il est légitime de prendre pour cible les personnes musulmanes ou appartenant à des minorités ethniques, étant donné que l'inaction est perçue comme un risque élevé pour la sécurité publique, ce qui peut les amener à reconnaître le caractère discriminatoire des raisons de leurs actions¹⁹⁷. Ces entretiens peuvent également mettre en évidence l'intervention de stéréotypes dans leur prise de décision. Les recherches décrites ci-après, menées en Belgique, donnent un exemple d'entretiens avec des fonctionnaires qui ont admis avoir eu recours au profilage ethnique¹⁹⁸. Toutefois, d'autres éléments devraient encore venir compléter de telles déclarations pour établir un commencement de preuve.

197 Open Society Justice Initiative, *Ethnic Profiling in the European Union: Pervasive, Ineffective, and Discriminatory*, 2009, pp. 89, 107.

198 Voir également les entretiens avec des fonctionnaires au sujet du régime de détention des personnes soupçonnées d'actes de terrorisme et déclarées coupables de tels actes dans Amnesty International Pays-Bas et Open Society Justice Initiative, *Inhuman and Unnecessary: Human Rights Violations in Dutch High-Security Prisons in the Context of Counterterrorism*, 2017.

Recherches d'Amnesty International sur le profilage ethnique en Belgique, 2018

Dans le cadre d'une enquête sur le profilage ethnique en Belgique, où aucune donnée sur l'égalité n'est recueillie lors des contrôles de police, la section belge d'Amnesty International s'est entretenue avec 48 fonctionnaires de police appartenant à neuf zones de police locale. La section a par ailleurs interrogé des membres du cabinet du ministre de l'Intérieur, de la police fédérale, de la Commission permanente de la police locale, de l'organe de contrôle des services de police, le Comité P, du service public belge de lutte pour l'égalité, Unia, et des personnes responsables de la formation des fonctionnaires de police.

Lors des entretiens, 24 policiers ont reconnu l'existence du problème de profilage ethnique en Belgique. Un inspecteur a déclaré : « Je fais du profilage ethnique, c'est vrai, mais je ne vois pas comment je pourrais faire mon travail autrement. Sans discriminer, nous ne pourrions jamais arrêter personne¹⁹⁹.

» Vingt-cinq fonctionnaires de police ont décrit des pratiques qui portent à croire que des stéréotypes interviennent dans la prise de décision. Un inspecteur a déclaré, par exemple : « Si on passe dans une rue commerciale et qu'on voit une vieille dame de 80 ans faire du lèche-vitrines, on ne va pas y prêter attention. Si c'est un Marocain de 17 ans qui porte une casquette et qui a l'air nerveux, on va le contrôler. Peut-être qu'il a rendez-vous avec sa copine et que ça le stresse, ou alors il se prépare à braquer le magasin²⁰⁰. »

Les entretiens ont également révélé que les fonctionnaires de police ne bénéficiaient d'aucune supervision, orientation, formation ou ressource pour prévenir le profilage ethnique. Les conclusions tirées de ces recherches ont amené Amnesty International à demander aux autorités de reconnaître que le profilage ethnique est un problème en Belgique et d'adopter des mesures pour le combattre.

3.3.6.2. Preuves écrites

Les chercheurs et chercheuses doivent essayer d'obtenir les types de preuves écrites suivants, qui sont cependant plus ou moins pertinentes et accessibles selon le contexte. Ils doivent obtenir le consentement éclairé de la personne concernée avant de chercher à obtenir des documents relatifs à une affaire. Il se peut que certaines personnes soumises à des mesures de lutte contre le terrorisme ou la radicalisation souhaitent éviter d'attirer encore davantage l'attention des autorités en faisant une demande d'accès à des documents relatifs à leur dossier.

Certains de ces documents sont en accès libre, mais pour d'autres, il peut être nécessaire d'adresser une demande aux autorités (notamment par des demandes officielles d'accès à l'information, si possible) et aux personnes concernées ou à leurs avocats. Il faut savoir que dans de nombreux pays, tout le monde – et pas uniquement les avocats et les journalistes – peut déposer

199 Amnesty International Belgique, « *On ne sait jamais, avec des gens comme vous* ». *Politiques policières de prévention du profilage ethnique en Belgique*, 2018, p. 3, disponible sur : https://www.amnesty.be/IMG/pdf/amn_rapport_profilage_ethnique_web_ok.pdf

200 Ibid https://www.amnesty.be/IMG/pdf/amn_rapport_profilage_ethnique_web_ok.pdf

une demande officielle d'accès à l'information²⁰¹.

Les sources de preuve écrite peuvent être les suivantes :

- documents judiciaires relatifs à une affaire spécifique ;
- documents stratégiques tels que des circulaires, directives et supports de formation ;
- législation, notamment des notes explicatives et des communications présentées au stade de l'examen parlementaire ;
- réglementation découlant de la législation adoptée ;
- budgets (pour l'analyse de l'allocation de fonds ciblant des groupes spécifiques dans la pratique) ;
- transcriptions de débats parlementaires, résolutions parlementaires et rapports de comités parlementaires ;
- évaluations de l'impact sur l'égalité de la loi ou politique en question ou en ce qui concerne l'organisme accusé de discrimination ;
- documents de suivi et d'évaluation relatifs à la loi, politique ou pratique en question, produits par l'organisme et/ou les organes de contrôle ;
- cadre de protection – politique et procédures de prévention de la discrimination en vigueur, notamment formation du personnel, règles d'engagement et codes de conduite ;
- recours antérieurs formés par l'autorité concernée (organe de recours de la police, organe de protection de l'égalité, médiateur/médiatrice, etc.) au sujet d'un organisme, d'une loi ou d'une politique ;
- informations diffusées par les médias (les opérations antiterroristes « réussies », en particulier, sont souvent mentionnées dans les médias) ;
- déclarations officielles des autorités, notamment communiqués de presse de la police et des gouvernements ;
- recherches universitaires sur les conséquences ou l'expérience de la loi ou politique en question.

201 Pour plus d'informations, consulter <https://www.muckrock.com/project/foia-101-tips-and-tricks-to-make-you-a-transparency-master-234/> et <https://www.access-info.org/#>

Pour établir un contexte général de discrimination, les sources de preuves écrites particulièrement pertinentes sont notamment les rapports et autres informations transmis par :

- les organes de surveillance des traités et les procédures spéciales des Nations unies – en particulier le Comité des droits de l'homme, le Comité contre la torture, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le Groupe de travail sur la détention arbitraire, le Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires, la rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste et la rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée ;
- les rapports des examens périodiques universels menés par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies ;
- le Conseil de l'Europe – plus particulièrement l'ECRI, la Commissaire aux droits de l'homme et les résolutions et rapports de l'Assemblée parlementaire (APCE) ;
- l'OSCE – plus particulièrement le système d'information sur la tolérance et la non-discrimination (TANDIS²⁰²) ;
- les rapports d'ONG – par exemple, le rapport annuel de la SETA sur l'islamophobie en Europe²⁰³, les contre-rapports du Réseau européen contre le racisme (RECR) et d'ONG nationales se consacrant à la lutte contre l'islamophobie ;
- les organes de défense de l'égalité et les institutions nationales de défense des droits humains – notamment la FRA et les organes nationaux tels que la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), en France, et UNIA, en Belgique ;
- les études universitaires ;
- les informations diffusées par les médias.

Les preuves écrites sont particulièrement importantes pour déterminer si une justification potentielle de différence de traitement est « objective et raisonnable ». L'efficacité des politiques et les autres mesures envisageables sont souvent abordées dans des documents officiels tels que des débats et des évaluations parlementaires, ainsi que dans les rapports des organes

202 La plateforme TANDIS (Tolerance and Non-Discrimination Information System) est disponible à l'adresse suivante : <https://tandis.odihr.pl/about.jsp>

203 Enes Bayrakli et Farid Hafez (sous la direction de), *European Islamophobia Report 2018*, SETA, <https://www.setav.org/en/european-islamophobia-report-2018-eir2018/>

chargés de la surveillance et du respect de l'obligation de rendre des comptes. Les documents officiels peuvent également contenir des statistiques sur l'efficacité d'une mesure (par exemple, les taux d'arrestation à l'issue des contrôles d'identité par la police). Les études de groupes de réflexion et d'universitaires sont utiles pour examiner les autres politiques envisageables et les conséquences de certaines pratiques. Les analyses fournies par des organismes de sécurité, telles que les rapports d'Europol et la Global Terrorism Database (GTD), permettent de dresser un bilan de la perception des menaces qui planent sur les États.

3.3.6.3. Déclarations des autorités

Les déclarations des autorités peuvent souvent constituer des preuves de discrimination directe ou indirecte facilement accessibles. Il peut s'agir de déclarations dans lesquelles les autorités annoncent leur intention de discriminer, ou de propos, tenus notamment lors de débats parlementaires ou devant la presse, indiquant que l'objectif d'une politique est de viser certains groupes, même si ce but est ensuite masqué par l'emploi de formulations neutres dans les documents stratégiques et les textes de loi. Les déclarations officielles sont des sources importantes de preuves qui permettent d'étayer tout autant des griefs de discrimination que des allégations formulées dans le cadre de recherches dans le domaine des droits humains.

Des déclarations discriminatoires ont été retenues à titre de preuves de discrimination directe. Dans l'affaire *Feryn*, un employeur belge a déclaré dans un entretien à la presse qu'il n'embaucherait pas de candidats d'origine marocaine²⁰⁴. De la même manière, dans l'affaire *Accept*, un actionnaire et dirigeant d'un club de football roumain a déclaré dans un entretien que le club n'embaucherait pas de joueurs LGBT²⁰⁵. La CJUE a été saisie des deux affaires. Elle a jugé que de telles déclarations étaient suffisantes pour établir une présomption de discrimination directe. En Italie, des allégations de discrimination ont été étayées par des éléments montrant des incohérences entre les lois écrites et les déclarations des autorités. Ainsi, parallèlement à l'introduction des politiques neutres en apparence, des représentants du gouvernement ont déclaré dans des entretiens publiés sur des sites web officiels qu'elles ciblaient les personnes roms²⁰⁶.

204 C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, 2008, ECLI:EU:C:2008:397.

205 C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 2013, ECLI:EU:C:2013:275.

206 Lilla Farkas, *How to Present a Discrimination Claim: Handbook on Seeking Remedies under the EU Non-discrimination Directives*, Commission européenne : direction générale de la justice, 2011, § 5.1.4.

Dans l'affaire *Bączkowski et autres c. Pologne*, par ailleurs, la CrEDH a jugé que les propos homophobes du maire de Varsovie, qui a déclaré à la presse, au sujet d'un projet de manifestation, qu'« il n'y [aurait] pas de propagande publique en faveur de l'homosexualité » et que « faire de la propagande en faveur de l'homosexualité, ce n'est pas la même chose qu'exercer sa liberté de réunion », étaient une preuve de discrimination. Au nom du maire, le directeur de la circulation routière et les autorités municipales ont refusé d'autoriser la marche après la publication des commentaires du maire dans la presse. La Cour a estimé que « les opinions du maire ont pu avoir des répercussions sur le processus décisionnel en l'espèce et, ainsi, porter atteinte de manière discriminatoire au droit des requérants à la liberté de réunion », concluant ainsi à une violation du droit de vivre libre de toute discrimination²⁰⁷.

Les propos discriminatoires peuvent également être des éléments de preuve en cas de discrimination indirecte. Dans l'affaire *Sonya Yaker c. France*, par exemple, qui concerne une communication présentée au Comité des droits de l'homme en 2016 au sujet de l'interdiction du port du voile intégral par les femmes musulmanes en France, le Comité a conclu que l'interdiction, bien qu'apparemment neutre, était discriminatoire dans son application. Il est parvenu à cette conclusion après une analyse du texte de la loi (qui prévoyait des exceptions pour la plupart des formes de dissimulation du visage sauf pour le voile islamique), des données relatives à la mise en œuvre de la loi et du débat ayant précédé son adoption. Une partie de ce débat portait sur des résolutions adoptées par l'Assemblée nationale française, qui condamnaient explicitement le port du voile intégral, le jugeant « [contraire] aux valeurs de la République²⁰⁸ », et sur une déclaration de Nicolas Sarkozy, alors président de la République, selon laquelle « [la] burqa n'[était] pas la bienvenue sur le territoire de la République française ». Ces propos et le débat parlementaire ont démontré au Comité des droits de l'homme que « c'est la seule volonté politique d'interdire, par principe, le port du voile intégral²⁰⁹ », qui avait justifié ce texte, le privant ainsi de tout but légitime.

207 *Bączkowski et autres c. Pologne* (1543/06), Cour européenne des droits de l'homme, 2007, § 100.

208 *Yaker c. France*, Comité des droits de l'homme [ONU], doc. ONU CCPR/C/123/D/2747/2016, 2018, § 8.13.

209 *Ibid.*, § 3.5.

Les déclarations discriminatoires des autorités peuvent également constituer une forme de harcèlement – voir ci-après.

Harcèlement de la population rom par le maire de Kiskunlacháza – Cour suprême (Kúria) de Hongrie²¹⁰

En 2009, dans des déclarations faites lors d'une manifestation publique et dans les médias, le maire de Kiskunlacháza a suggéré que le peuple rom était responsable du meurtre récent d'une jeune fille, ajoutant que la ville de Kiskunlacháza en avait assez des « agressions roms ». À la suite d'une plainte déposée par le Comité Helsinki de Hongrie, le tribunal administratif et du travail métropolitain a jugé que les déclarations du maire contribuaient à

créer un environnement hostile et menaçant pour les habitants roms locaux, en soulignant que sa position de représentant public donnait plus de poids à ses propos. Cette juridiction a estimé qu'on pouvait parler de harcèlement commis à l'égard d'un groupe de personnes. En octobre 2014, la Cour suprême de Hongrie a confirmé cette décision, rappelant ainsi que le harcèlement commis à l'égard de groupes, et non seulement de personnes, existait bel et bien.

Une profusion d'éléments attestent de propos discriminatoires dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Les autorités visent et dénigrent souvent les personnes musulmanes et l'islam au motif qu'ils représenteraient une menace pour la sécurité nationale. Au lendemain d'un violent attentat survenu en 2019 en France, le président Emmanuel Macron a appelé les citoyens et citoyennes français à la vigilance à l'égard de « l'hydre islamiste²¹¹ ». Peu de temps après, dans un discours au Parlement, le ministre de l'Intérieur a énuméré comme signes de radicalisation « le port de la barbe, la pratique régulière et ostentatoire de la prière rituelle [et] une pratique religieuse rigoriste, particulièrement exacerbée en matière de Ramadan²¹² ». Après un autre attentat mortel, en 2020, le président Emmanuel Macron a annoncé une nouvelle loi contre le « séparatisme » en ne mentionnant que l'islam dans son discours, qui a été suivi de perquisitions de locaux d'associations musulmanes²¹³. En Allemagne, une loi obligeant le personnel religieux à passer des tests d'allemand avant de pouvoir prêcher dans le pays a été adoptée. Bien que la loi utilise des termes neutres pour

210 Hongrie, Kúria, décision no. Kfv.III.37.848/2014/6 du 29 octobre 2014.

211 RFI, « Macron Urges Muslim Leaders to Take Up the Fight against Islamist Radicalisation », 2019, disponible sur <http://www.rfi.fr/en/europe/20191029-macron-urges-muslim-leaders-take-fight-against-islamist-radicalisation>

212 Mouv, « Une fiche pour détecter les signes de radicalisation à la fac fait polémique », 2019, disponible sur <https://www.mouv.fr/mouv-info/ceryg-pontoise-une-fiche-servant-detecter-les-signaux-faibles-de-radicalisation-circule-l-universite-354616>

213 France 24, « Macron Outlines Plan to Fight "Islamist Separatism" in France », 2020, disponible sur <https://www.france24.com/en/20201002-live-macron-outlines-proposal-for-law-to-fight-separatism-in-france>

désigner le « personnel religieux », les responsables politiques ont souvent employé le mot « imam » et le débat politique au sujet de l'adoption de la loi s'est articulé exclusivement autour de l'islam²¹⁴. Parallèlement, l'interdiction autrichienne des symboles « terroristes » a été élargie aux Frères musulmans, entre autres organisations. Le vice-chancelier a justifié ce changement en expliquant qu'en interdisant les symboles de « l'islam fasciste », il mettait un terme à « l'islamisation rampante » en Europe. Cette mesure s'inscrit dans un contexte de guerre ouvertement déclarée à « l'islam politique » par le gouvernement autrichien²¹⁵. En Hongrie, le Premier ministre Viktor Orbán a tenu des propos ostensiblement racistes, déclarant que la Hongrie ne voulait pas « d'envahisseurs musulmans », alors qu'il introduisait des modifications constitutionnelles afin de limiter les « populations étrangères » qui s'installent en Hongrie et d'obliger les organes de l'État à protéger « la culture chrétienne de la Hongrie²¹⁶ ». De tels propos tenus par de hauts responsables politiques peuvent permettre de présumer l'existence d'une discrimination, comme l'a démontré le recours formé contre le décret américain « antimusulmans », décrit ci-après.

214 Entretien avec Sindyan Qasem, 9 décembre 2019.

215 Enes Bayrakli et Farid Hafez (sous la direction de), *European Islamophobia Report 2018*, SETA, p. 13.

216 Emily Shultheis, « Viktor Orban: Hungary doesn't Want "Muslim Invaders" » *Politico*, 2018, disponible sur www.politico.eu/article/viktor-orban-hungary-doesnt-want-muslim-invaders/ ; Amnesty International, *Hungary: New Laws That Violate Human Rights, Threaten Civil Society and Undermine The Rule Of Law Should Be Shelved*, 2018, (index AI : EUR 27/8633/2018), p. 6.

Recours contre le « décret antimusulmans²¹⁷ » – Cour suprême des États-Unis, 2018

Les décrets du président Donald Trump limitant l'entrée sur le sol américain de voyageurs en provenance de pays à majorité musulmane ont été contestés à de multiples occasions devant les tribunaux américains. Les détails et l'historique des actions intentées contre les trois versions de l'interdiction émise par le gouvernement Trump ont été résumés en détail ailleurs²¹⁸. La présente synthèse porte sur les enseignements tirés de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Trump c. Hawaii*, n° 17-965, 585 U.S., 138 S. Ct. 2392. La Cour suprême avait alors confirmé l'interdiction de pénétrer sur le territoire, à seulement 5 voix contre 4.

Comment la partie requérante a-t-elle essayé de prouver la discrimination dans cette affaire ?

Le décret a été contesté pour de nombreux motifs, notamment pour violation de la clause d'égalité de protection de la loi (concernant la non-discrimination) et de la clause d'établissement (concernant la liberté de religion) de la Constitution américaine. Les demandeurs ont notamment invoqué les arguments suivants :

- Le décret n'était pas dicté en premier lieu par la sécurité nationale, mais par « l'hostilité religieuse », comme l'ont démontré les déclarations du président et de ses conseillers²¹⁹, dans lesquels ils dénigraient les personnes musulmanes et évoquaient leur intention de leur interdire l'entrée sur le territoire américain. Pendant sa campagne, par exemple, le président a appelé à « une fermeture totale et complète des États-Unis aux musulmans ». Il a également déclaré : « L'islam nous déteste [...]. [N]ous ne pouvons permettre à des personnes éprouvant cette haine

pour les États-Unis d'entrer dans ce pays » et « [les États-Unis ont un problème] avec les musulmans qui entrent dans le pays²²⁰ ». Un conseiller présidentiel a déclaré à la télévision que, lorsque le président avait annoncé son idée, il l'avait appelée décret « d'interdiction des musulmans » (« Muslim ban ») et lui avait demandé comment s'y prendre pour le rendre conforme à la loi²²¹. Interrogé sur l'utilisation du terme « contrôle extrême » pour remplacer « interdiction » des musulmans, le président a répondu que ce changement était dû au fait que « les gens étaient vraiment outrés quand [il utilisait] le mot “musulmans²²²” ». Parmi les éléments de preuve figurait aussi le fait qu'à l'époque de la promulgation du décret, le président avait relayé sur Twitter des liens vers des vidéos antimusulmanes²²³.

- La population de cinq pays sur les sept concernés par le décret est majoritairement musulmane²²⁴.

Selon l'opinion majoritaire de la Cour, le président a agi dans le cadre de ses pouvoirs en exerçant son autorité pour limiter l'entrée d'étrangers aux États-Unis et il a apporté « une justification suffisante [de la mesure] au regard de la sécurité nationale ». Cette décision se fondait en partie sur la déférence due au pouvoir exécutif sur les questions de sécurité nationale. Elle a néanmoins fait l'objet de nombreuses critiques. Les juges Sotomayor et Ginsburg ont émis une opinion dissidente, dans laquelle elles rejetaient les conclusions de la majorité. Elles ont estimé qu'un « observateur raisonnable ayant été informé de toutes les “données en accès libre”, du texte et du “contexte historique” de la proclamation, ainsi que de la “séquence spécifique d'événements” y ayant abouti pouvait

217 Pour une explication approfondie du « décret antimusulmans » et de ses conséquences, voir Amnesty International, *The Mountain is in front of us and the sea is behind us: The Impact of U.S. Policies on Refugees in Lebanon and Jordan* 2019 (index AI : MDE 02/0538/2019).

218 ACLU Washington, « Timeline of the Muslim Ban », disponible sur <https://www.aclu-wa.org/pages/timeline-muslim-ban>

219 Avis de la Cour dans l'affaire *Trump v. Hawaii*, No. 17-965, 585 U.S., 138 S. Ct. 2392 (2018), § IV. B, p. 27.

220 Ibid.

221 Ibid.

222 Avis minoritaire des juges Sotomayor et Ginsburg dans l'affaire *Trump v. Hawaii*, no 17-965, 585 U.S., 138 S. Ct. 2392, § I.B, p. 6.

223 Ibid., p. 9.

224 Avis de la Cour dans l'affaire *Trump v. Hawaii*, p. 34.

conclure que l'interdiction était motivée par une hostilité antimusulmane²²⁵ ». Dans leur opinion minoritaire, elles ont également expliqué que le prétendu intérêt de la sécurité nationale était déjà servi par des moyens moins intrusifs (à savoir, le dispositif de contrôle de sécurité et la législation relative à l'immigration en vigueur).

Enseignements :

- Cette affaire est un exemple de l'adoption de diverses méthodes pour prouver l'existence de la discrimination. Des propos discriminatoires ont été présentés pour démontrer la motivation sous-jacente du texte réglementaire en question, ainsi que des éléments attestant de l'attitude islamophobe du président en général. Un nombre considérable d'éléments attestent également de déclarations discriminatoires de personnalités politiques européennes, qui présentent les personnes musulmanes comme une menace ou les associent de manière générale à des menaces pesant sur la sécurité nationale.

- L'opinion minoritaire des juges Sotomayor et Ginsburg apporte un argument convaincant contre l'excès de déférence à l'égard du pouvoir exécutif en matière de sécurité nationale. Les juges minoritaires ont critiqué non seulement la réticence du gouvernement à « révéler l'opinion de ses propres organes de renseignement sur les risques présumés en matière de sécurité », mais aussi le fait que sa prise de décision reposait sur « de dangereux stéréotypes au sujet, notamment, de l'incapacité supposée d'un groupe particulier à s'intégrer et de sa volonté supposée de nuire aux États-Unis », ou encore l'utilisation d'une « menace mal définie pesant sur la sécurité nationale » pour justifier une vaste politique²²⁶.

225 Opinion dissidente des juges Sotomayor et Ginsburg dans l'affaire *Trump v. Hawaii*, § I.B.2, p. 10.

226 Ibid., § IV, p. 26-27.

3.3.6.4. Données quantitatives

Les statistiques sont une méthode extrêmement utile et largement acceptée pour prouver l'existence d'une discrimination. Elles sont particulièrement utiles pour démontrer qu'une discrimination existe en utilisant la méthode comparative et dans les cas de discrimination indirecte, car les données peuvent montrer qu'un groupe est touché de manière disproportionnée par une loi, une politique ou une pratique particulière. La CrEDH a clairement formulé ce constat dans l'arrêt *Hoogendijk c. Pays-Bas*, en déclarant que « lorsqu'une partie requérante est en mesure de présumer l'existence, à partir de statistiques officielles indiscutables, d'une règle spécifique – pourtant formulée de manière neutre – qui affecte dans la pratique une proportion plus élevée de femmes que d'hommes, il incombe au gouvernement défendeur de montrer que ce constat est le résultat de facteurs objectifs sans lien aucun avec une discrimination fondée sur le sexe²²⁷ » [traduction non officielle].

Néanmoins, les personnes impliquées dans la défense des droits humains croient souvent, à tort, qu'il est *nécessaire* de présenter des statistiques pour établir une allégation de discrimination. Comme un tribunal canadien l'a relevé, les statistiques sont seulement un « signe » possible de discrimination, mais « ne devraient pas être confondues avec la chose qu'elles désignent » – à savoir, la discrimination elle-même²²⁸. Le réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de la non-discrimination (European Equality Law Network) a fait observer que, « dans de nombreux cas, il n'y a pas de statistiques disponibles, et [que] les preuves statistiques ne sont pas une condition *sine qua non* pour établir l'existence d'une discrimination indirecte²²⁹ ». La CrEDH a confirmé qu'il est possible de prouver l'existence d'une discrimination indirecte sans recourir à des statistiques²³⁰. Dans l'arrêt *Opuz c. Turquie*, la Cour a reconnu qu'il n'existait pas de données fiables sur le problème de la violence domestique. En leur absence, elle s'est appuyée sur des rapports d'ONG et de l'ONU pour établir que les victimes de la violence domestique en Turquie étaient principalement des femmes²³¹.

Les statistiques doivent être pertinentes et concises. D'après la CJUE, il appartient aux juges d'apprécier « si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement

227 *Hoogendijk v. the Netherlands* (58641/00), Cour européenne des droits de l'homme, 2005, p. 22.

228 *Radek v. Henderson Development (Canada) and Securiguard Services* (No 3) 2005 BCHRT302 [513].

229 Lilla Farkas, *How to Present a Discrimination Claim: Handbook on Seeking Remedies under the EU Non-discrimination Directives*, Commission européenne : direction générale de la justice, 2011, § 5.1.3.

230 *D.H. et autres c. République tchèque*, Cour européenne des droits de l'homme, § 188.

231 *Opuz c. Turquie* (33401/02), Cour européenne des droits de l'homme, 2009.

fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives²³² ». Les statistiques doivent également montrer une différence significative entre les groupes comparés. Selon le Comité des droits de l'homme, la discrimination indirecte existe lorsque « les effets préjudiciables d'une règle ou d'une décision affectent *exclusivement ou de manière disproportionnée* des personnes particulières en raison de leur race, couleur²³³... ».

Les statistiques peuvent provenir de sources telles que les instituts nationaux de statistique, les organes de défense de l'égalité, le service gouvernemental en question, les OIG (notamment la Commission européenne, l'OSCE, l'ONU et le Conseil de l'Europe, qui recueillent souvent des données comparatives), les universités et instituts de recherche, ainsi que les médias²³⁴. Lorsqu'aucune donnée n'a été rendue publique, les chercheurs et chercheuses doivent adresser aux autorités une demande d'accès aux données ventilées (selon le motif prohibé ou, lorsque ces données ne sont pas disponibles, selon un indicateur indirect) relatives à la loi ou politique en question (voir ci-après).

Manque de données relatives à l'égalité

Dans la plupart des États européens, le gouvernement ne recueille pas de données ventilées en fonction de l'origine ethnique, de la race ou de la religion²³⁵. Pour surmonter cette difficulté, les chercheurs et chercheuses peuvent envisager d'employer des indicateurs indirects, tels que le lieu de naissance, le lieu de résidence, la langue parlée ou le nom. En Irlande du Nord, le Comité pour l'administration de la justice (CAJ) a utilisé le lieu de résidence comme indicateur indirect pour remplacer l'appartenance communautaire probable (protestante/catholique), étant donné que la plupart des quartiers étaient séparés par des lignes de division religieuse – voir ci-après²³⁶. En France, le Conseil constitutionnel a considéré que les études publiques sur la discrimination peuvent se fonder sur des données objectives telles que le nom, l'origine géographique ou la nationalité

232 C-127/92, *Enderby c. Frenchay Health Authority*, 1993, ECR 673, § 17.

233 *Althammer et autres c. Autriche*, § 10.2.

234 Pour plus de détails au sujet des sources de données relatives à l'égalité à la Commission européenne, voir *Data Collection in the Field of Ethnicity: Analysis and Comparative Review of Equality Data Collection Practices in the European Union*, 2017, disponible sur http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=45791

235 Certains États, comme la France et les Pays-Bas, prétendent que le recueil de données de ce type est interdit par la législation relative à la protection des données et à l'égalité. Des organes internationaux et régionaux, comme la FRA et l'ECRI, considèrent qu'il est possible de procéder au recueil des données dans le respect de la protection des données et que cette pratique est même nécessaire pour contrôler le respect des obligations des États. Voir FRA, *Pour des pratiques de police plus efficaces. Guide pour comprendre et prévenir le profilage ethnique discriminatoire*, 2010, p. 25.

236 Robbie McVeigh (Comité pour l'administration de la justice), *It's Part of Life Here*, p. 36.

précédente, mais pas sur le traitement de données personnelles relatives à l'origine ethnique ou à la race, ce qui serait contraire à la Constitution française²³⁷. Dans une affaire contre Airbus, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) s'est appuyée sur le critère de la citoyenneté française et sur les noms de famille d'origine nord-africaine pour conclure à une discrimination par l'employeur, fondée sur l'origine ethnique²³⁸. En France, des universitaires ont également analysé des décisions rendues par un tribunal local de Paris. En utilisant les noms et les lieux de naissance comme indicateurs indirects, ils ont conclu à une différence de traitement fondée sur l'origine ethnique des personnes inculpées pour les mêmes motifs²³⁹.

Le fait d'utiliser l'origine géographique et les noms de famille comme indicateurs indirects des groupes ethniques, puis les groupes ethniques comme indicateur indirect de la religion, présente des limites évidentes. Toutes les personnes provenant d'un certain lieu géographique n'appartiennent pas au groupe ethnique majoritaire qui y réside. Par ailleurs, l'utilisation de l'origine ethnique comme indicateur indirect de la religion suppose de prendre en compte les personnes non musulmanes appartenant aux groupes ethniques sélectionnés, mais pas les musulmans ne faisant pas partie des groupes ethniques dominants, dont les personnes converties, qui sont nombreuses. Ces indicateurs n'ont qu'un lien indirect avec les motifs prohibés définis par la loi et doivent donc être employés avec prudence.

Le manque de données relatives à l'égalité n'a pas empêché de conclure à l'existence d'une discrimination indirecte dans l'affaire *Sonya Yaker c. France*. Les données présentées dans cette plainte, recueillies par l'Observatoire de la laïcité, organe dépendant du Premier ministre français, ont montré que la majorité des contrôles de police effectués au titre de la loi interdisant la dissimulation du visage ont visé des femmes portant le voile intégral. Sur les 594 femmes ayant subi un contrôle d'identité, 133 étaient nées à l'étranger, au Maghreb pour la plupart (97), mais également au Moyen-Orient (9) et Afrique subsaharienne (9). Bien qu'il puisse sembler évident que toutes les femmes portant le voile intégral sont musulmanes, les données relatives à l'origine nationale des personnes nées à l'étranger ont confirmé ce postulat. Le Comité des droits de l'homme a jugé ces données suffisantes pour conclure à une discrimination fondée sur la religion²⁴⁰.

237 Conseil constitutionnel français, décision n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007, § 29.

238 Cour d'appel de Toulouse, 19 février 2010, no R 08/06630, et Cour de cassation, chambre sociale, 15 décembre 2011, no K 10-15873, Airbus.

239 Fabien Jobard et M. Zimolag, « La couleur du jugement. Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005) », *Revue française de sociologie*, vol. 50, 2009/5.

240 *Yaker c. France*, Comité des droits de l'homme, § 8.2 et 8.17.

Dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, le « type d'extrémisme » est un autre indicateur indirect qui peut être utilisé. Certains pays qui ne recueillent pas systématiquement de données sur l'égalité de manière systématique fournissent néanmoins des données ventilées par « type ». En Allemagne, le nombre de « Gefährder » (« criminels potentiels » présumés pouvant être soumis à des mesures administratives) associés à l'« islamisme » par rapport à d'autres groupes est disponible²⁴¹. En Espagne, l'Audience nationale (juridiction nationale jugeant les affaires relatives à la sécurité nationale) et le Bureau du procureur général élaborent des rapports annuels de leurs activités, qui comprennent des données sur les procès pour terrorisme ventilés par type : « djihadistes » et séparatistes ou groupes d'extrême gauche²⁴². Le Royaume-Uni fournit également des données relatives aux signalements à son programme Prevent, ventilées par type d'extrémisme : « islamiste », « de droite » ou, lorsque l'idéologie perçue de l'individu signalé ne peut être déterminée aisément, « mixte, instable ou vague²⁴³ ».

Des enquêtes officielles peuvent également apporter des renseignements utiles. En 2010, la FRA a mené une enquête auprès des minorités sur leur expérience en matière de contrôles de police, qui a révélé que les minorités ethniques faisaient état d'un taux d'interaction avec la police plus élevé que le reste de la population²⁴⁴. Le Défenseur des droits français a effectué une enquête téléphonique auprès d'un échantillon représentatif de plus de 5 000 personnes, qui a abouti à la conclusion que les hommes noirs et arabes déclaraient plus que les autres groupes avoir eu une expérience négative lors de leurs interactions avec la police²⁴⁵.

Les données relatives aux plaintes déposées contre les entités soupçonnées de discrimination peuvent être une source d'information utile en l'absence de données pertinentes et disponibles sur l'égalité. Le mécanisme de contrôle de la police belge, le Comité P, a analysé les plaintes qu'il avait reçues sur la période 2000-2003 au sujet de mauvais comportements de la police pour dégager des tendances en matière de discrimination, notamment par une analyse du pays d'origine des plaignant·e·s²⁴⁶. Il est toutefois important de noter que de nombreuses victimes de discrimination ne portent pas plainte ou ne désignent pas nécessairement un acte discriminatoire comme tel.

241 Entretien avec Sindyan Qasem, 9 décembre 2019.

242 Procureure générale, ministère de la Justice, *Memoria 2018, 2019*, disponible sur https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2019/09/10/_memoria2019_76609dd4.pdf

243 Medact, *False Positives*, p. 12.

244 FRA, *EU-MIDIS Données en bref 4 : Contrôles de police et minorités*, 2010.

245 Défenseur des droits, *Enquête sur l'accès aux droits. Volume 1 : Relations police / population : le cas des contrôles d'identité*, 2017.

246 Comité P, 'Rapport Sur La Discrimination Interne Et Externe Aux Services De Police – Analyse Des Plaintes De L'Année 2004 En Matière De Racisme' (2005), https://comitep.be/document/onde-rzoeksrapporten/2005%20discrim_i_e%20fr.pdf

« Ici, ça fait partie de la vie... » : les forces de sécurité et le harcèlement en Irlande du Nord. Comité pour l'administration de la justice (CAJ), Irlande du Nord, 1994

En 1994, le Comité pour l'administration de la justice (CAJ), à Belfast, a entrepris une étude quantitative du harcèlement commis par les forces de sécurité en Irlande du Nord. À l'époque, le CAJ recevait régulièrement des informations faisant état de harcèlement. Le ministre de la Sécurité du ministère chargé de l'Irlande du Nord avait même admis que « le harcèlement se poursuivait à l'occasion²⁴⁷ ». À l'époque, le harcèlement n'était pas défini dans la loi, mais le rapport s'est appuyé sur les concepts existants de harcèlement racial, qui comprenaient l'intimidation verbale ou physique et les menaces ou violences subies par des personnes en raison de leur race²⁴⁸. Les pratiques de harcèlement des forces de sécurité regroupaient les comportements n'ayant pas lieu d'être dans le cadre de fouilles courtoises et professionnelles, de contrôles d'identité et de contrôles de véhicules devant perturber le moins possible les activités des administrés.

Cette étude a été menée au moyen d'un questionnaire envoyé par courrier à un échantillon représentatif de jeunes d'Irlande du Nord, constitué à partir du registre électoral. Le questionnaire a révélé que 48 % des jeunes catholiques d'Irlande du Nord estimaient avoir été harcelés à un moment ou à un autre par les forces de sécurité, alors qu'un

tel constat ne concernait que 12 % des jeunes qui se disaient protestants et 27 % des jeunes qui ne se disaient ni catholiques ni protestants²⁴⁹. Ces manœuvres de harcèlement de la part des forces de sécurité avaient principalement lieu à l'occasion de contrôles d'identité, de contrôles de véhicules et de barrages routiers. Le harcèlement prenait la forme de violences verbales, de menaces de violence physique, de comportements déstabilisants injustifiés et de contrôles d'identité ou de véhicules multiples et répétés, mais vains, parfois à de nombreuses reprises dans une même journée. Une analyse quantitative a également été menée dans le cadre de cette étude. De nombreuses personnes interrogées avaient le sentiment d'avoir été harcelées parce qu'elles avaient été considérées comme catholiques ou provenant de zones catholiques²⁵⁰.

Un rapport de suivi sur les pouvoirs d'interpellation et de fouille, intitulé *Still Part of Life Here? A Report on the Use and Misuse of Stop and Search/Question Powers in Northern Ireland* (« Ici, ça fait encore partie de la vie ? Rapport sur l'utilisation, parfois abusive, des pouvoirs d'interpellation et d'interrogatoire en Irlande du Nord ») a été publié en 2012. Des faits répétés de harcèlement et de contrôles d'identité illégaux y sont recensés²⁵¹.

247 Robbie McVeigh (CAJ), *It's Part of Life Here...: The Security Forces and Harassment in Northern Ireland*, 1994, p. 43.

248 Ibid., p. 52.

249 Ibid., p. 10.

250 Ibid., p. 109.

251 Comité pour l'administration de la justice, *Still Part of Life Here? A Report on the Use and Misuse of Stop and Search/Question Powers in Northern Ireland*, 2012.

Recueil de données

En l'absence de données disponibles publiquement ou fournies par les autorités, les chercheurs et chercheuses peuvent recueillir directement des données. L'une des méthodes consiste à envoyer des sondages à des cibles potentielles de discrimination et à une population servant de référence ou d'élément de comparaison – voir l'enquête menée par le CAJ, ci-dessus. Il est également possible d'envoyer des questionnaires à d'autres acteurs – voir *D.H. et autres c. République tchèque*. La méthode du sondage a des inconvénients, notamment son coût, la nature subjective des informations recueillies (et les difficultés pour corroborer de manière indépendante les informations reçues dans les réponses à l'enquête), ainsi que la nécessité de constituer un échantillon suffisamment vaste pour comparer différents groupes.

Les indicateurs indirects et les données analysées et recueillies dans les études entreprises par les chercheurs et chercheuses devraient toujours se fonder sur une expertise technique dans le domaine statistique, ce qui demande des ressources considérables. Des experts en sciences sociales mettent au point de nouvelles techniques pour que le recueil de données prenne moins de temps, comme le recours à des algorithmes d'apprentissage automatique et de capture de données, par exemple²⁵².

Utilisation des données

Les chercheurs et chercheuses doivent examiner soigneusement la fiabilité des données et comprendre ce qu'elles prouvent et ce qu'elles ne prouvent pas. Au Royaume-Uni, les données relatives à l'égalité sont systématiquement recueillies, mais elles doivent néanmoins être analysées avec précaution. Les données officielles relatives à l'égalité ne sont pas toujours ventilées de manière à tenir compte de tous les groupes concernés, en particulier lorsque l'État refuse de reconnaître certaines communautés en tant que groupes ethniques distincts (« déni d'ethnicité »). Les données relatives à l'égalité portant sur les pouvoirs de la police en matière de contrôles d'identité et de fouilles en Irlande du Nord, par exemple, sont ventilées en fonction de certaines appartenances ethniques (« Irlandais », « Asiatiques », « Noirs », etc.), mais pas en fonction du milieu communautaire (protestant, catholique, etc.). Elles ne peuvent donc pas rendre compte de différences de traitement potentiellement significatives entre les groupes²⁵³. La fiabilité des données peut être contestable pour d'autres raisons. Ainsi, les données relatives aux

252 Exemples de recherches de ce type : R. Voigt, J. Eberhardt, et autres, *Language from Police Body Camera Footage Shows Racial Disparities in Officer Respect*, PNAS, 2017, disponible sur www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1702413114; J. Pina-Sánchez, J.V. Roberts et D. Sferopoulos, 'Does the Crown Court Discriminate Against Muslim Named Offenders? A Novel Investigation Based on Text Mining Techniques', *The British Journal of Criminology*, vol. 59, 2019.

253 Comité pour l'administration de la justice, *Still Part of Life Here? A Report on the Use and Misuse of Stop and Search/Question Powers in Northern Ireland*, 2012, p. 10.

interpellations dans les aéroports en vertu de l'annexe 7 de la Loi relative au terrorisme sont disponibles, mais elles ne prennent en compte que les interpellations de plus d'une heure, relativement rares²⁵⁴. Ces données ne représentent qu'une fraction inconnue du nombre total d'interpellations. De même, les données publiées sur les signalements d'étudiants au programme Prevent ne tiennent pas compte des signalements ne dépassant pas le stade du référent de l'établissement en matière de protection, masquant ainsi la véritable ampleur des signalements au programme Prevent. Il convient de bien tenir compte de ces lacunes dans les données.

254 Entretien avec Asim Qureshi, CAGE, 28 novembre 2019.

D.H. et autres c. République tchèque – Cour européenne des droits de l'homme, 2007²⁵⁵

Dans cette affaire de 2007, des personnes roms, tous et toutes élèves exclus du système scolaire ordinaire et placés dans des écoles spéciales pour enfants ayant des difficultés d'apprentissage, ont saisi la CrEDH. Les résultats des enfants à des tests ont été le principal facteur de décision de leur placement dans les écoles spéciales. Si ces tests semblaient être un moyen objectif de sélectionner les enfants, les jeunes Roms étaient confrontés à des obstacles particuliers à leur réussite. Les requérant·e·s ont présenté des preuves statistiques selon lesquelles, sur 1 360 élèves scolarisés dans les écoles spéciales du district d'Ostrava, 56 % étaient des enfants roms, alors que les Roms ne représentaient qu'environ 2,26 % de la population scolaire. Les données montraient également que 50,3 % des enfants roms d'Ostrava étaient scolarisés dans des écoles spéciales, alors que cette proportion ne dépasse pas 1,8 % pour les élèves non roms.

La Cour a reconnu que « des règles de preuve moins strictes s'imposent en cas d'allégation de discrimination indirecte²⁵⁶ » et a accepté que les statistiques fournies par les requérant·e·s constituent un commencement de preuve. La Cour a conclu qu'il y avait eu violation de l'interdiction de discrimination (article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1).

Si, dans la pratique, des obstacles à l'égalité dans l'éducation persistent, cette décision historique de la CrEDH et la procédure d'infraction engagée à sa suite par la Commission européenne ont contribué à des changements positifs dans la législation tchèque, notamment à la modification de la loi éducative tchèque en 2015.

Comment la partie requérante a-t-elle prouvé l'existence d'une discrimination dans cette affaire ?

- Les requérant·e·s ont affirmé avoir subi une discrimination « au motif, entre autres, de leur race, leur couleur, leur association à une minorité nationale et leur appartenance ethnique, dans l'exercice de leur droit à l'éducation²⁵⁷ » [traduction non officielle]. Pour établir cette allégation, ils ont cherché à prouver les éléments suivants :
 - différence de traitement sous la forme d'une éducation différente et inférieure – démontrée par des statistiques révélatrices du nombre disproportionné d'élèves roms dans les écoles spéciales et du désavantage résultant de la scolarisation dans ces écoles (possibilités restreintes d'accéder à des études supérieures, par exemple) ;
 - absence de justification objective et raisonnable – les requérant·e·s ont envisagé cinq justifications possibles, « les résultats de tests d'intelligence, l'infériorité intellectuelle présumée "inhérente" aux enfants roms, les difficultés de langage, la pauvreté ou le consentement parental²⁵⁸ » et ont expliqué pourquoi aucune d'entre elles n'était objective et raisonnable.
- Il n'existe pas de statistiques officielles de la répartition ethnique des élèves en République tchèque. La Constitution tchèque interdit le recueil officiel de données sur la race et l'origine ethnique. Pour contourner ce problème, les requérant·e·s ont envoyé des questionnaires aux directeurs et directrices de plus de 70 écoles du district d'Ostrava.

255 *D.H. et autres c. République tchèque* (57325/00), Cour européenne des droits de l'homme, 2007.

256 *Ibid.*, § 186.

257 Requête du Centre européen des droits des Roms (ERRC) dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque* (57325/00), Cour européenne des droits de l'homme, 2007, disponible sur <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=3559>, § 7.3.

258 *Ibid.*, § 7.21.

Le gouvernement a critiqué cette méthode, au motif que les réponses aux questionnaires représentaient l'opinion subjective des directeurs et directrices des écoles. La Cour a admis que ces statistiques pouvaient ne pas être « entièrement fiables », mais que les données ont néanmoins révélé « la tendance prédominante », confirmée par d'autres organes qui se sont penchés sur la question de la ségrégation scolaire des enfants roms²⁵⁹. Il a fallu huit mois au Centre européen pour les droits des Roms (ERRC) pour recueillir ces données sur la répartition ethnique des élèves.

- Les requérant·e·s ont analysé en détail chaque justification possible de la différence de traitement. Par exemple, le gouvernement tchèque a justifié la différence de traitement des enfants en invoquant notamment leurs faibles « capacités intellectuelles, dont le niveau avait été établi à l'aide des tests psychologiques²⁶⁰ ». Les requérant·e·s ont remis en cause cette proposition de justification en apportant des éléments, dont des rapports d'OIG et des déclarations d'experts universitaires et de membres du ministère de l'Éducation, prouvant que les tests d'intelligence manquent de fondement scientifique et d'objectivité au sujet des élèves roms. Au cours de la procédure en République tchèque, ils ont produit des déclarations du gouvernement évoquant des raisons de l'envoi des requérant·e·s dans des écoles spéciales telles que « le comportement et le manque d'assiduité » et « l'absentéisme et le laxisme des parents », qui sont rapport avec les capacités intellectuelles. Les requérant·e·s ont également examiné la répartition ethnique des écoles « spécialisées » et « auxiliaires », qui accueillent des élèves présentant des handicaps mentaux ou physiques sévères ou de graves problèmes de comportement. Les élèves roms ne sont pas représentés de manière disproportionnée

dans ces établissements. Les requérant·e·s ont demandé pourquoi, si les enfants roms avaient, selon l'hypothèse du gouvernement tchèque, des capacités intellectuelles inférieures ou étaient plus susceptibles de souffrir de troubles mentaux que les autres enfants, le nombre d'élèves roms n'était pas également disproportionné dans les écoles « spécialisées » et « auxiliaires ». Les requérant·e·s ont avancé l'idée que les stéréotypes raciaux étaient moins susceptibles d'intervenir dans la détermination des handicaps sévères²⁶¹. Au sujet des capacités intellectuelles et des tests, la Cour a jugé qu'« [i]l existe, [...] à tout le moins un risque que les tests en question soient entachés de préjugés et que leurs résultats ne soient pas lus à la lumière des particularités et des caractéristiques spécifiques des enfants roms qui les subissent. [...] [C]es tests ne sauraient servir de justification à la différence de traitement litigieuse²⁶² ».

- Les requérant·e·s ont également fourni d'autres formes de preuves concernant la ségrégation dans l'enseignement en République tchèque et le racisme à l'égard des communautés roms en général, notamment les suivantes :
 - estimations non officielles de données confirmant les résultats des recherches à Ostrava ;
 - données officielles plus anciennes, antérieures à l'interdiction constitutionnelle de données relatives à l'égalité ;
 - rapports d'ONG ;
 - éléments d'expertise fournis par des universitaires ;
 - témoignages d'enseignants ;
 - récapitulatif historique de la ségrégation et de son acceptation généralisée ;
 - déclarations et rapports d'organes nationaux, régionaux et internationaux.

259 *D.H. et autres c. République tchèque*, § 191.

260 *Ibid.*, § 197.

261 Requête de l'ERRC dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*, § 7.42.

262 *D.H. et autres c. République tchèque*, § 201.

Enseignements

- Cette affaire et les activités de l'ERRC qui en sont à l'origine montrent comment des recherches peuvent être menées en l'absence de données officielles sur l'égalité. Il serait difficile d'obtenir des informations de la police ou des services de renseignement en utilisant cette méthode dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, mais les chercheurs et chercheuses pourraient peut-être rechercher des avocat·e·s spécialisés dans le domaine de recherche choisi et les interroger sur les origines ethniques ou religieuses de leurs différents clients. La méthode de l'enquête peut également convenir pour examiner les pratiques de lutte contre la radicalisation impliquant les écoles, les travailleurs sociaux et les conseils locaux. Le fait que les enquêtes requièrent des données globales est un avantage pour contourner les obstacles liés à la protection des données personnelles, mais, dans certains contextes, il peut tout de même être conseillé de chercher à obtenir des informations sur des catégories de substitution plutôt que directement sur la race, l'origine ethnique ou la religion.
- La Cour a accordé de l'importance au contexte général et aux antécédents de racisme et de ségrégation subis par la population rom. Il existe de plus en plus de travaux universitaires et de rapports d'organes internationaux et régionaux au sujet de la discrimination à l'égard des personnes musulmanes en Europe sur lesquels il est également possible de s'appuyer.
- L'analyse des tests effectués par les enfants roms pour décider de leur scolarisation dans des écoles spéciales peut être mise en parallèle avec les programmes de lutte contre la radicalisation. L'ERRC a démontré que, bien que ces tests semblent neutres, leurs administrateurs ont manifesté des préjugés associant les enfants roms à de faibles capacités intellectuelles et éducatives, comme l'ont démontré leurs déclarations et celles de fonctionnaires de haut niveau. De même, bien que les listes d'indicateurs de « radicalisation » semblent neutres, les travailleurs sociaux et les éducateurs auxquels il est demandé de repérer les personnes présentant un risque de radicalisation sont susceptibles d'avoir des préjugés qui associent les musulmans au terrorisme.

Un problème d'ordre plus général se pose concernant l'utilisation des données : il faut trouver l'élément de référence approprié pour la comparaison. Ce problème est évoqué à la [section 3.3.3](#) (« Éléments de comparaison »). Dans l'affaire *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, par exemple, la CrEDH a examiné les données relatives aux interpellations effectuées en vertu de l'Annexe 44 de la Loi britannique relative au terrorisme²⁶³. La Cour a noté leurs répercussions disproportionnées sur les personnes noires et asiatiques, malgré l'absence d'allégation ou d'analyse détaillée de discrimination. Ces données brutes sont utiles pour faire apparaître une tendance, mais pour réaliser une analyse en bonne et due forme, il faut trouver l'élément de référence ou de comparaison approprié. Il est possible que la police effectue des fouilles dans des zones à forte densité de population noire et asiatique, à des moments où un grand nombre de personnes noires et asiatiques sont « disponibles » pour être contrôlées. Au lieu de comparer le nombre de contrôles effectués au titre de l'annexe 44 par rapport à l'ensemble de la population, une comparaison plus précise consisterait à rapporter ce nombre à celui des personnes susceptibles d'être interpellées, car se trouvant sur place au moment concerné. Les études fondées sur l'observation, analysées ci-après, peuvent parfois corriger ce problème. En général, lorsque les chercheurs et chercheuses utilisent des données quantitatives, ils doivent se demander à quelle population comparer les données et, si les seules données disponibles sont celles du recensement de l'ensemble de la population, ils doivent mettre en exergue cet inconvénient.

3.3.6.5. « Testing » et observation

Les études fondées sur le « testing » et l'observation en situation sont deux moyens de recueillir des preuves de discrimination, qui ne sont applicables que de manière restreinte dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. De ce fait, elles ne sont que brièvement analysées dans cette section.

Le « testing » ou « test de situation » est une méthode expérimentale qui consiste à mettre en place des situations susceptibles de donner lieu à de la discrimination – par exemple, envoi de candidatures professionnelles similaires ne se différenciant que par une caractéristique (origine ethnique, notamment, indiquée par le nom de famille) – afin d'observer directement cette discrimination et d'en mesurer les effets. Cette méthode a été employée principalement pour démontrer l'existence de discrimination en matière d'emploi, de logement et d'accès à des biens et services. La recevabilité devant les tribunaux de ces éléments de preuve issus de tests de situation varie en fonction des pays. Cette méthode a été utilisée avec succès dans

²⁶³ *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni* (4158/05), Cour européenne des droits de l'homme, 2010, § 44-6, 85.

de nombreux pays européens²⁶⁴. En France, des ONG de lutte contre le racisme telles que SOS Racisme y ont souvent eu recours pour démontrer l'existence de discrimination en matière d'accès à des bars, des emplois et des logements²⁶⁵.

Les études fondées sur l'observation sont une méthode utile pour analyser l'activité des forces de l'ordre. Les chercheurs et chercheuses enregistrent le nombre total de personnes dans certains espaces publics et leurs caractéristiques, afin de constituer une situation initiale comprenant le nombre de personnes disponibles susceptibles de subir l'action de la police (la situation de référence). Les actions de la police sont également observées et des informations sont relevées concernant leur nombre et les catégories de personnes concernées (par origine ethnique, genre, etc.). La population disponible susceptible de subir l'action de la police est comparée à la population qui fait réellement l'objet des contrôles d'identité de la police. Les observations sont menées par des observateurs physiques ou par l'intermédiaire de caméras ou d'enregistrements de vidéosurveillance. Les études fondées sur l'observation sont une méthode couramment acceptée par les tribunaux américains pour prouver l'existence de profilage ethnique²⁶⁶. Coûteuses et chronophages dans leur phase d'observation, ces études nécessitent par ailleurs des compétences techniques pour analyser les résultats.

264 Voir, par exemple, *R v. Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Centre and others*, 2004, UKHL (Chambre des Lords du Royaume-Uni) 55 ; décision de la Cour suprême de Hongrie dans l'affaire de la discothèque K.L. (no EBH 2002.625 au journal officiel de la Cour suprême) ; décision de la commission néerlandaise pour l'égalité de traitement relative à l'accès aux discothèques à Enschede, no 1997-65, du 10 juin 1997.

265 Voir, par exemple, Cour de cassation française, chambre criminelle, 11 juin 2002, 01-85.559.

266 Voir, par exemple, *State v. Soto* 734 A.2d 350 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1996) et *Wilkins v. Maryland State Police* Civ. No. MJG-93-468 (D. Md. 1996).

Étude de l'Open Society Justice Initiative sur le profilage ethnique à Paris, 2007²⁶⁷

Dans le cadre d'une étude menée en 2007, l'Open Society Justice Initiative a recueilli des données sur la population concernée par 525 contrôles d'identité survenus en divers endroits de Paris, ainsi que sur l'échantillon de référence de plus de 32 000 habitants fréquentant ces endroits. Dans les deux cas, les personnes ont été classées en fonction de leur origine ethnique perçue, de leur âge, de leur sexe, de leur style vestimentaire et du type de sac qu'elles portaient. Les observateurs et observatrices ont également cherché, lorsque c'était possible, à s'entretenir brièvement avec la personne contrôlée afin de réunir plus d'informations sur sa réaction au contrôle et sur ses suites éventuelles. L'étude a conclu que les personnes perçues comme « noires » étaient six fois plus susceptibles d'être contrôlées

par la police que les personnes « blanches », et que les personnes perçues comme « arabes » l'étaient 7,6 fois plus. Un autre facteur déterminant était le style vestimentaire des personnes contrôlées. Les personnes portant des vêtements associés aux « cultures jeunes » françaises (« hip-hop », « tecktonic », « punk » ou « gothique »), perçues comme appartenant à des minorités ethniques dans les deux tiers des cas, représentaient 47 % de celles qui ont été contrôlées.

Ces recherches ont été produites comme élément de preuve pour établir une présomption de discrimination dans une affaire civile de 2016 devant la Cour de cassation, qui a jugé pour la première fois en France que l'État était responsable des contrôles d'identité discriminatoires de la police²⁶⁸.

Dans un cas comme dans l'autre, les études fondées sur le « testing » et sur l'observation de la situation s'appliquent de façon limitée dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. S'agissant des études fondées sur l'observation, de nombreuses mesures antiterroristes ne sont pas observables sur le terrain. Par ailleurs, dans le cadre d'une opération de « testing », soumettre des personnes à des actions de la police et des services de renseignement comporte des risques extrêmement élevés et est formellement déconseillé. Une exception pourrait être faite dans le domaine des contrôles frontaliers de routine, où le « testing » de situation a permis de prouver l'existence de discrimination²⁶⁹. Même dans ce contexte, le fait de soumettre des personnes à des contrôles frontaliers pour observer des schémas d'interrogatoires et d'interpellations antiterroristes comporte des risques importants, car le fait d'attirer l'attention des forces de l'ordre antiterroristes, même dans une moindre mesure, peut avoir de graves répercussions pour ces personnes. En général, toute opération de « testing » nécessite une bonne planification et une évaluation précise des risques, en particulier pour la personne qui se prête au test. Avant de se lancer dans de telles opérations, les chercheurs et chercheuses doivent consulter d'autres ressources spécialisées²⁷⁰.

267 Open Society Justice Initiative, *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, 2009.

268 France – Cour de cassation, arrêt n° 1245 du 9 novembre 2016.

269 *R v. Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Centre and others*, 2004, UKHL (Chambre des Lords du Royaume-Uni) 55.

270 Par exemple, F. Alemu, « Testing to Prove Racial Discrimination: Methodology and Application in Hungary », ERRC, disponible sur www.errc.org/cikk.php?cikk=1016

4. Défis

4.1. L'argument du « bon sens »

L'un des arguments souvent invoqués pour justifier le fait de cibler les personnes musulmanes de manière disproportionnée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme consiste à affirmer que la principale menace vient de groupes qualifiés d'« islamistes » et qu'il est par conséquent naturel d'axer les mesures antiterroristes sur les personnes musulmanes. Il s'agit de l'argument avancé par les services de police de New York dans l'affaire *Hassan c. ville de New York* (voir [3.2.2.1](#) ci-dessus). Certains États mettent aussi sur le même plan des convictions religieuses et l'idéologie qui sous-tendrait de potentielles actions terroristes. Ils soutiennent ainsi que certains comportements religieux seraient un signe valable de radicalisation et que le fait de se concentrer sur des pratiques religieuses ou culturelles ne correspond pas à des stéréotypes, mais relève simplement du « bon sens ». Cette sous-partie présente certains enseignements, tirés de la jurisprudence et d'autres domaines de discrimination, qui peuvent être utiles pour remettre en cause ces appels au « bon sens ».

L'argument du « bon sens » ne peut être invoqué pour justifier la discrimination aux termes de la loi. La Chambre des Lords a défendu cette position dans l'affaire de *l'aéroport de Prague* de 2004 :

« Beaucoup estimeront qu'il est contraire au bon sens d'aborder tous les candidats en faisant preuve de la même ouverture d'esprit, même s'il peut exister de très bonnes raisons de soupçonner certains d'entre eux plus que d'autres. C'est pourtant ce qu'exige la loi, qui s'emploie à faire en sorte que certaines personnes ne soient pas désavantagées par les caractéristiques générales du groupe auquel elles appartiennent²⁷¹. »

La juridiction inférieure a essayé de justifier le traitement réservé par le Royaume-Uni à des voyageurs roms à *l'aéroport de Prague* en utilisant un exemple issu du contexte antiterroriste ; « si un acte terroriste était commis dans nos rues aujourd'hui, la police ne serait-elle pas habilitée à interroger de manière plus suspicieuse les personnes qui semblent issues d'un milieu islamique parmi celles qui se trouvent aux alentours²⁷² ? » La Chambre des Lords a rejeté avec force cet argument dans l'affaire de *l'aéroport de Prague*, avant de revenir sur sa position lors d'une affaire ultérieure, pendant laquelle Lord Brown a déclaré : « il me semble cependant inévitable qu'étant

271 *R v. Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Centre and others*, 2004, UKHL (Chambre des Lords du Royaume-Uni) 55, § 90.

272 *Ibid.*, § 37.

donné que le principal risque terroriste [...] vient d'Al Qaïda, les personnes contrôlées et fouillées soient majoritairement d'apparence asiatique²⁷³ ».

Des parallèles utiles peuvent être établis avec le domaine de la discrimination liée au genre. Si certains stéréotypes associés au genre peuvent aussi correspondre à la réalité, cela ne justifie pas de prendre des décisions fondées sur de telles idées préconçues ; ce n'est pas parce que, dans les faits, les femmes sont plus nombreuses à avoir un rôle d'aidante qu'une femme en particulier devrait assumer ce rôle d'aidante et, à ce titre, avoir des perspectives d'emploi limitées.

Il est également utile de tirer des enseignements du domaine du profilage ethnique et des données aux États-Unis. L'universitaire David Harris a observé que, pour justifier le ciblage des personnes noires et hispaniques, la police prétendait que « les délinquants se trouvent parmi elles », une idée qui peut être rapprochée du raisonnement selon lequel il serait logique de se concentrer sur les personnes musulmanes, car « les terroristes se trouvent parmi elles²⁷⁴ ». Aux États-Unis, pour tenter de contrer cet argument, les « taux de réussite » ont été examinés, c'est-à-dire « le pourcentage de cas dans lesquels les mesures de contrôle et de fouilles atteignent leur objectif », dans la mesure où elles permettent à la police « de retrouver vraiment les malfaiteurs, de découvrir des armes à feu et de confisquer des stupéfiants²⁷⁵ ». Si les délinquants se trouvaient effectivement parmi ces personnes noires et hispaniques, alors les arrestations de ces personnes auraient plus de chances de déboucher sur des arrestations. David Harris a observé que toutes les études menées dans l'ensemble des États-Unis « dans lesquelles les données collectées permettent de calculer les taux de réussite » concluaient à « des taux de réussite plus élevés, non pas dans le cas des personnes noires et hispaniques, mais dans le cas des personnes blanches²⁷⁶ ».

On pourrait également examiner les données des signalements au programme Prevent au Royaume-Uni. Si la disparité de ces signalements découlait naturellement de la menace à laquelle le Royaume-Uni fait face (qui, d'après les autorités, viendrait principalement de groupes « islamistes »), alors les musulmans signalés à Prevent devraient être classés dans la catégorie « radicalisés » et leur cas serait transféré à l'étape finale de la procédure, plus grave (le programme Channel). En fait, les résultats démontrent le contraire. Selon les données les plus récentes, 26 % des signalements pour

273 *R (on the application of Gillan (FC) and another (FC)) v. Commissioner of Police for the Metropolis and another*, 2006, UKHL 12, § 80.

274 David A. Harris, 'The Reality of Racial Disparity in Criminal Justice: The Significance of Data Collection', 2003, 66:71 *Law and Contemporary Problems*, p. 79.

275 *Ibid.*, p. 81.

276 *Ibid.*, p. 82.

« islamisme » parviennent jusqu'au programme Channel, contre 43 % des signalements pour extrémisme d'extrême droite²⁷⁷. On pourrait aussi examiner les perquisitions réalisées dans le cadre de l'état d'urgence en France. L'État peut faire valoir qu'il était logique de cibler des mosquées et des domiciles de personnes musulmanes étant donné que les attaques étaient perpétrées par des groupes qualifiés d'islamistes, mais ces actions ont donné lieu à peu d'enquêtes pénales – sur 3 242 perquisitions administratives, seulement 25 ont débouché sur une enquête pour une infraction liée au terrorisme, dont 21 portaient sur le délit d'« apologie du terrorisme », dont la définition est vague²⁷⁸. À l'image de l'analyse du taux de réussite, qui a démontré que le fait de cibler les personnes noires et hispaniques ne relevait pas du « bon sens », ces chiffres montrent que cet argument ne peut pas justifier le fait de s'en prendre aux personnes musulmanes en les assimilant à des « terroristes ».

Les chercheurs et chercheuses peuvent aussi contester l'argument du « bon sens » en citant des études qui remettent en cause l'association de certains comportements religieux et culturels à une prédisposition pour le terrorisme. Les théories de la radicalisation selon lesquelles le passage de certaines convictions radicales à des actes de violence se ferait de façon linéaire sont régulièrement critiquées²⁷⁹. La rapporteuse spéciale des Nations unies sur la lutte antiterroriste et les droits de l'homme a fait observer qu'« [u]ne compréhension plus juste du phénomène est que le chemin vers la radicalisation est personnel et non linéaire, avec un certain nombre de facteurs de répulsion et d'attraction, mais pas de caractéristique unique déterminante » et que « l'idéologie religieuse est parfois trop souvent désignée comme le moteur du terrorisme et de l'extrémisme²⁸⁰ ». Si ni des convictions radicales ni des pratiques religieuses particulières ne sont la cause du terrorisme, alors les mesures ciblant les personnes qui ont de telles convictions ou se livrent à de telles pratiques ne peuvent pas être considérées comme appropriées et efficaces pour lutter contre le terrorisme.

277 Analyse de données réalisée par Patrick Ball, du Human Rights Data Analysis Group (HRDAG) lors de la réunion de quelques experts qui s'est tenue dans le bureau du Secrétariat international d'Amnesty International le 7 juin 2019 pour parler de ce projet. Les données sont disponibles ici : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/763254/individuals-referred-supported-prevent-programme-apr2017-mar2018-hosb3118.pdf

278 Amnesty International, *Des vies bouleversées. L'impact disproportionné de l'état d'urgence en France*, 2016, (index AI : EUR 21/3364/2016), p. 33.

279 Voir, par exemple, Arun Kundnani, *The Muslims Are Coming! Islamophobia, Extremism and the Domestic War on Terror*, 2014 ; Open Society Justice Initiative, *Eroding Trust: The UK's Prevent Counter-Extremism Strategy in Health and Education*, 2016 ; CNCDH, 'Statement of Opinion on the Prevention of Radicalisation', 2017 ; Arun Kundnani and Ben Hayes, *The Globalisation of CVE Policies: Undermining Human Rights, Instrumentalising Civil Society*, Transnational Institute, 2018.

280 Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, 2016, doc. ONU A/HRC/31/65, 2016, § 15.

4.2. Manque d'éléments de preuve disponibles

Il peut être difficile de trouver des éléments prouvant l'existence d'une discrimination²⁸¹. Les personnes qui discriminent donnent rarement les raisons pour lesquelles elles ont réservé un traitement différent à une personne ou à un groupe. Les gouvernements européens affichent leur attachement à l'antiracisme et à l'égalité et prennent soin d'éviter tout propos explicitement discriminatoire dans leurs lois et leurs politiques. S'il existe des documents permettant d'établir l'existence d'une discrimination, ils sont probablement entre les mains des autorités. Les personnes victimes de discrimination n'ont pas suffisamment accès aux preuves et elles souffrent souvent d'un désavantage structurel qui les met encore plus en difficulté pour prouver leur allégation de discrimination.

Ce guide de recherche décrit plusieurs méthodes pour réunir des preuves de discrimination dans le domaine de la lutte contre le terrorisme. Si les chercheurs et chercheuses peinent à réunir des éléments de preuve, ils ont aussi la possibilité d'introduire une action en justice. Toute procédure judiciaire entraîne la divulgation des preuves, c'est-à-dire la production obligatoire des éléments de preuve de la part des deux parties. En France et en Belgique, les juges civils peuvent ordonner des mesures d'instruction, notamment la divulgation des documents²⁸². Une plainte au pénal pour discrimination donne aux procureurs et, dans certaines juridictions, aux juges, le droit d'enquêter et de rassembler des preuves.

L'action en justice est aussi utile en raison de la doctrine de la charge de la preuve. Les tribunaux hésitent à faire peser excessivement la charge de la preuve sur des victimes de discrimination lorsque les informations ne leur sont pas accessibles. La CrEDH a estimé que « lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, la charge de la preuve pèse selon la Cour sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante » de toute différence de traitement²⁸³. Dans l'affaire *Radek*, le Tribunal canadien des droits de la personne de la Colombie-Britannique a déclaré : « pour satisfaire aux objectifs réparateurs du [Code des droits de la personne], les exigences relatives aux preuves doivent tenir compte de la nature du moyen de preuve susceptible d'être disponible [...] les exigences relatives aux preuves ne doivent pas être si difficiles à respecter que le demandeur se trouverait

281 Même la CrEDH l'a reconnu dans l'affaire *Natchova et autres c. Bulgarie* (43577/98 et 43579/98), Cour européenne des droits de l'homme (2005), § 13.

282 France, Code de procédure civile, articles 143 à 154 ; Belgique, Code judiciaire, article 877.

283 *D.H. et autres c. République Tchèque*, Cour européenne des droits de l'homme, § 179.

dans l'impossibilité de prouver une discrimination systémique²⁸⁴ ». La Cour suprême du Canada a en outre reconnu qu'on ne peut attendre d'un plaignant qu'il établisse des faits dont il ne peut pas avoir connaissance²⁸⁵.

La CJUE a indiqué que si l'autorité soupçonnée d'avoir commis une discrimination ne fournit pas les informations relatives à une allégation de discrimination, cet élément peut être pris en compte au moment d'établir les faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination²⁸⁶. Elle a jugé que les normes de protection des données personnelles pourraient justifier un refus de transmettre des informations, mais, lorsqu'aucune information n'est donnée, même sous forme expurgée, la situation est plus suspecte.

Engager une action en justice n'est pas forcément possible ni approprié dans tous les cas. Dans ce guide de recherche, il est conseillé aux chercheurs et chercheuses de recueillir suffisamment de preuves pour établir une présomption de discrimination et de les soumettre aux autorités. Devant les tribunaux, la charge de la preuve est renversée précisément parce que les institutions qui ont des pratiques discriminatoires ont accès à des informations qu'elles ne souhaitent pas révéler. La même logique doit être suivie dans le domaine de la recherche. Comme les tribunaux, les chercheurs et chercheuses doivent reconnaître que les preuves directes de discrimination sont rares et ils doivent être disposés à conclure à l'existence d'une discrimination à partir de preuves indirectes, notamment en tirant des conclusions à partir de réponses évasives ou équivoques à des questions d'interrogatoires ou du fait que les responsables ne peuvent pas justifier leurs décisions par un motif valable.

Recommandation

Les chercheurs et chercheuses doivent envisager d'introduire des actions en justice afin d'entraîner la divulgation des preuves pertinentes, quand les preuves de discrimination ne sont pas disponibles par ailleurs. Lorsqu'une action en justice n'est pas possible ou souhaitable, et que certains éléments restent inaccessibles, les chercheurs et chercheuses doivent savoir que l'absence de preuve directe n'empêche pas nécessairement d'établir une présomption de discrimination.

284 *Radek v. Henderson Development (Canada) and Securiguard Services (No 3)* 2005 BCHRT302 [513].

285 *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [1999] 1 SCR 497, § 80.

286 C-104/10, *Patrick Kelly c. National University of Ireland (University College, Dublin)* (2011) ECLI:EU:C:2011:506., § 39 et 54 ; C-415/10, *Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, 2012, ECLI:EU:C:2012:217, § 47.

4.3. Non-divulgence de preuves pour des motifs de sécurité nationale

Le manque de transparence des activités nationales relatives à la sécurité constitue un obstacle particulier au recueil de preuves de discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Des personnes peuvent faire l'objet de perquisitions, de surveillance, de décisions en matière d'immigration et de mesures administratives sans justification ni explication, ou presque, et sans avoir le droit de contester la mesure. De nombreux États contournent de plus en plus le système de justice pénale pour recourir à mesures administratives, associées à des conditions moins strictes en matière de preuves, à moins de garanties et à moins de contrôles. Cette pratique ouvre la porte à des stéréotypes insidieux, tout en donnant à la personne soumise à ces mesures des moyens limités pour les contester. Dans toute l'Europe, on constate un « recours croissant [...] à des preuves secrètes dans les tribunaux », au détriment des droits humains²⁸⁷. Lorsque des preuves secrètes sont utilisées, il est difficile de garantir un contrôle et une obligation de rendre des comptes efficaces en matière de sécurité nationale (voir la sous-partie 4.4 ci-après).

Pour accéder à des éléments de preuve détenus par les autorités, l'une des stratégies consiste à recourir aux lois relatives à la liberté d'information, qui permettent au public de consulter des informations détenues par l'État. Le droit à l'information est reconnu par le droit international et codifié dans la Convention sur l'accès aux documents publics du Conseil de l'Europe, ainsi que dans le droit de l'Union européenne (concernant les informations des institutions de l'Union européenne²⁸⁸). Des organisations comme MuckRock et Access Info Europe proposent des ressources et conseils utiles au sujet de ces demandes d'accès à l'information²⁸⁹. Les chercheurs et chercheuses doivent aussi envisager de travailler avec des journalistes d'investigation et des avocats spécialisés en liberté d'information qui peuvent leur donner des conseils sur les précautions à prendre, comme la formulation de ces demandes précisément, pour réduire le risque de non-divulgence.

Dans le cadre de procédures judiciaires (voir la sous-partie précédente) comme en réponse à des demandes d'accès à l'information, les États peuvent refuser de divulguer des informations pour des raisons de sécurité nationale. Dans le cas des actions en justice, le principe de l'égalité des armes requiert

287 Didier Bigo et autres, *National Security and Secret Evidence in Legislation and before the Courts: Exploring the Challenges* (2014), Parlement européen, p. 9.

288 Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission ; Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, STCE n° 205, 2009.

289 <https://www.muckrock.com/project/foia-101-tips-and-tricks-to-make-you-a-transparency-master-234/> ; <https://www.access-info.org/#>

généralement que les deux parties aient accès aux informations relatives à une affaire. S'il est légalement possible que certaines informations ne soient pas communiquées pour des raisons de sécurité nationale, cela devrait se limiter à des « circonstances dans lesquelles l'État démontre que la communication des informations serait susceptible de causer un préjudice identifiable à un intérêt valable de sécurité nationale en particulier, que cette restriction est nécessaire et proportionnée pour protéger cet intérêt, et que la non-communication des informations ne portera pas atteinte à l'essence du droit à un procès équitable²⁹⁰ ». Si l'État détient des éléments de preuve qui seraient susceptibles de causer un préjudice identifiable s'ils étaient divulgués, « ils doivent néanmoins être révélés si l'intérêt que présente pour le public la communication de ces informations, ou le principe d'équité ou d'autres considérations qui préconiseraient l'accès de l'accusé aux preuves, sont plus importants que le préjudice qui découlerait probablement de cette communication²⁹¹ ». La CrEDH a estimé que les personnes devaient avoir accès à des informations suffisamment détaillées pour leur permettre de contester utilement les allégations formulées contre elles²⁹². Des conseils plus détaillés concernant la non-communication d'informations pour des raisons de sécurité nationale dans le cadre de procédures judiciaires figurent dans le manuel *Pour des procès équitables* d'Amnesty International²⁹³.

Concernant les procédures liées à la liberté d'information, la plupart des lois sur la liberté d'information autorisent l'État à ne pas divulguer certaines informations pour des raisons de sécurité nationale dans certaines circonstances limitées. Les Principes globaux de 2013 sur la sécurité nationale et le droit à l'information (Principes de Tshwane) sont une ressource utile pour contester les tentatives des gouvernements de ne pas

290 Amnesty International, *Left In the Dark: The Use of Secret Evidence in the United Kingdom*, 2012, (index : EUR 45/014/2012), p. 14. Le droit à un procès équitable au titre de l'article 14 du PIDCP n'autorise pas explicitement de restrictions des droits qu'il contient. Le Comité des droits de l'homme a jugé que, même dans des situations d'urgence qui constituent une menace pour la vie de la nation, dans lesquelles certaines dérogations peuvent être permises au titre de l'article 4, certains éléments de l'article 14 ne peuvent jamais être restreints ni suspendus (voir l'observation générale n° 29 sur les états d'urgence, doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, § 15 et 16). Si l'article 14 prévoit néanmoins de manière implicite un cadre de limitations de ses garanties d'équité, pour des raisons liées à la sécurité nationale, toute restriction de ce type doit être soumise aux principes généraux définis par le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 31, doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 6. Voir également *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* (28901/95), Cour européenne des droits de l'homme, 2001, § 61 ; *Užkauskas c. Lituanie* (16965/04), Cour européenne des droits de l'homme, 2010, § 46.

291 Ibid., citation issue de *Užkauskas c. Lituanie* (16965/04), Cour européenne des droits de l'homme, 2010, § 47.

292 *A. et autres c. Royaume-Uni*, (n° 3455/05), Cour européenne des droits de l'homme, 2009, § 220.

293 Amnesty International, *Pour des procès équitables, deuxième édition* (POL 30/002/2014), 2014, chapitres 6.2, 8.4, <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/pol300022014fr.pdf>

divulguer des informations relatives à la sécurité nationale²⁹⁴. Ces principes découlent du droit international et ont été approuvés par les Nations unies et les organes du Conseil de l'Europe. Le principe 3 dispose :

Aucune restriction ne peut être imposée au droit à l'information pour des motifs de sécurité à moins que le gouvernement ne puisse établir ce qui suit : (1) la restriction est (a) prévue par la loi et (b) nécessaire dans une société démocratique (c) pour protéger un intérêt légitime de sécurité nationale ; et (2) la loi prévoit des protections adéquates contre les abus, y compris l'examen rapide, complet, accessible et effectif de la validité de la restriction par une autorité indépendante de supervision et une revue complète par les tribunaux.

Une restriction est « nécessaire » dans les cas suivants :

- i. *La divulgation de l'information doit présenter un risque réel et identifiable de dommage conséquent à un intérêt légitime de sécurité nationale.*
- ii. *Le risque de dommage lié à la divulgation doit être supérieur à l'intérêt public d'une divulgation.*
- iii. *La restriction doit respecter le principe de proportionnalité et doit constituer le moindre moyen disponible de protection contre le dommage.*
- iv. *La restriction ne doit pas entraver l'essence du droit à l'information.*

Dans la détermination du juste équilibre entre risque de dommage et intérêt public de la divulgation, plusieurs facteurs sont en faveur de la divulgation, notamment le fait qu'elle pourrait « renforcer la responsabilité et la transparence du gouvernement », « contribuer à un débat positif et informé sur des problématiques importantes ou des questions de grand intérêt » et « révéler les motifs d'une décision du gouvernement ». Tous ces facteurs sont pertinents dans le contexte de la discrimination.

Les informations attestant de violations des droits humains, et notamment du droit à la non-discrimination, « sont soumises à une forte présomption de divulgation et ne peuvent en aucun cas être retenues pour des raisons de sécurité nationale d'une manière qui protège les responsables des violations ou qui empêche une victime d'accéder à un recours effectif²⁹⁵ ». En effet, le droit à un recours effectif pour les violations des droits humains inclut le droit de toute personne victime d'une telle violation d'accéder à des informations

294 Open Society Justice Initiative, Principes globaux sur la sécurité nationale et le droit à l'information (Principes de Tshwane), 2013, https://www.justiceinitiative.org/uploads/7a3ed0c9-a694-4843-8a1a-0790e749c9d0/tshwane-french-20150209_0.pdf.

295 Principe 10(a)(2), Principes de Tshwane.

utiles au sujet de celle-ci²⁹⁶. Les États ne peuvent pas refuser de diffuser des informations concernant de graves violations des droits humains en invoquant des motifs de sécurité nationale²⁹⁷.

Le fait de ne pas divulguer ou d'expurger des informations pour des raisons de sécurité nationale peut, dans la plupart des pays, être contesté devant un tribunal ou un organe de contrôle indépendant. Le Comité des droits de l'homme a reproché à des États de ne pas avoir expliqué pourquoi ils jugeaient une situation défavorable sur le plan de la sécurité. Dans l'affaire *Ilyasov c. Kazakhstan*, le demandeur s'est vu refuser l'entrée au Kazakhstan pour des motifs de sécurité nationale sur la base d'informations classifiées. Le Comité des droits de l'homme a regretté que le demandeur n'ait été informé d'aucun des motifs de la décision ni de la possibilité d'accéder aux éléments de preuve pour la contester. Il a conclu à une violation de son droit à la vie de famille sur la base de l'absence de vérification, « dans aucune des procédures juridiques contestées », de l'opinion selon laquelle le demandeur représenterait une menace pour la sécurité nationale²⁹⁸. De la même manière, la CrEDH a jugé que « les concepts de légalité et d'état de droit au sein d'une société démocratique requièrent que les mesures qui ont une incidence sur les droits humains fondamentaux soient soumises, sous une forme ou sous une autre, à des procédures contradictoires devant une instance indépendante compétente pour examiner les motifs de la décision et les éléments qui en attestent, si nécessaire avec les restrictions procédurales nécessaires relatives à l'utilisation d'informations classifiées. La personne doit être en mesure de contester l'affirmation de l'exécutif selon laquelle la sécurité nationale serait en jeu²⁹⁹. » [traduction non officielle]

Il faut savoir que le fait de ne pas avoir accès à toutes les informations détenues par les autorités n'empêche pas d'alléguer une discrimination (voir le raisonnement dans l'affaire *Latif c. Bombardier* ci-après). Souvent, une personne pourra consulter certains des motifs d'une décision prise dans le

296 Voir Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, § 15 : les États « doivent veiller à ce que toute personne dispose de recours accessibles et utiles pour faire valoir » les droits protégés par le PIDCP. S'agissant des informations que les autorités doivent rendre accessibles en matière de gestion des manifestations, notamment pour éviter tout traitement discriminatoire à l'égard des personnes qui manifestent, voir Open Society Justice Initiative et Comité pour l'administration de la justice, *Principles and Guidelines on Protest and the Right to Information*, 2018, <https://www.justiceinitiative.org/publications/principles-and-guidelines-on-protest-and-the-right-to-information>

297 *Gomes Lund et autres c. Brésil*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 24 novembre 2010, § 202.

298 *Ilyasov c. Kazakhstan*, Comité des droits de l'homme des Nations unies, doc. ONU CCPR/C/111/D/2009/2010, 2014, § 7.7.

299 *Liu v. Russia No 2* (29157/09), Cour européenne des droits de l'homme, 2011, § 87 ; *Al-Nashif v. Bulgarie* (50963/99), Cour européenne des droits de l'homme, 2002, § 123-124.

Défis

cadre de la lutte contre le terrorisme, mais pas tous. La décision de procéder à une surveillance ou l'imposition d'une mesure administrative peuvent se fonder à la fois sur des éléments concrets et sur des stéréotypes. Comme évoqué à la [section 3.3.4](#) ci-dessus sur les stéréotypes, il suffit que les chercheurs et chercheuses aient la certitude que les stéréotypes ont joué un rôle dans la décision, sans qu'ils soient nécessairement son unique motif.

Recommandation

Les chercheurs et chercheuses doivent présenter des demandes d'accès à l'information pour obtenir des informations provenant de sources officielles, en suivant les conseils disponibles sur ces demandes dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation) – Cour suprême du Canada, 2015 (également connu sous le nom d'affaire Latif³⁰⁰)

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec a intenté une procédure contre la compagnie aéronautique Bombardier au nom de Javed Latif, un pilote canadien d'origine pakistanaise, pour discrimination fondée sur l'origine nationale ou ethnique. Bombardier avait refusé d'inscrire M. Latif à un programme de formation parce que les autorités des États-Unis n'avaient pas concédé d'approbation de sécurité à l'intéressé. Les autorités n'ont pas expliqué pourquoi M. Latif s'était vu refuser l'approbation de sécurité nécessaire pour piloter un appareil avec sa licence américaine. Pilote depuis 1964, il détenait une licence américaine depuis 1991 et une licence canadienne depuis 2004. Il avait obtenu pour la dernière fois une approbation de sécurité américaine en octobre 2003, six mois seulement avant le refus qui lui a été opposé. Le grief présenté devant la Cour suprême canadienne a finalement été rejeté, mais des enseignements utiles dans le contexte de la lutte contre le terrorisme en Europe peuvent être tirés de cette affaire.

Comment la partie requérante a-t-elle essayé de prouver la discrimination dans cette affaire ?

La Commission a invoqué trois arguments à l'appui de son allégation de discrimination contre Bombardier : (1) le refus de Bombardier s'appuyait exclusivement sur la décision américaine de refuser à M. Latif l'approbation de sécurité ; (2) la décision américaine était une mesure de sécurité nationale prise dans le cadre de la réponse aux attentats du 11 septembre 2001 ; et (3) ces mesures « visaient directement les personnes d'origine arabe ou de confession musulmane ou, plus largement, les personnes originaires de pays musulmans tels que le Pakistan³⁰¹ ». Les deux premiers arguments ont été acceptés par Bombardier.

Comme dans la plupart des cas de discrimination, le plus difficile pour la Commission était d'apporter des preuves à l'appui du troisième argument : le lien entre le comportement préjudiciable et la caractéristique protégée. La Commission a notamment présenté les éléments de preuve suivants :

1. Une déposition d'expert, à savoir une universitaire spécialisée dans le domaine de l'impact discriminatoire des mesures de sécurité après le 11 septembre 2011, qui a fait valoir que le profilage ethnique contre les personnes arabes et musulmanes existait dans les programmes américains de lutte contre le terrorisme.
2. Des données montrant que sur cinq candidats qui se sont vu refuser l'approbation de sécurité par les États-Unis, quatre, dont M. Latif, étaient originaires de pays arabes ou musulmans.
3. Le « dossier impeccable » de M. Latif, qui, selon la Commission, était « incompatible avec la conclusion selon laquelle il représentait un risque pour l'aviation et la sécurité nationale américaine³⁰² ».

Comme le ministère de la Justice des États-Unis n'était pas partie à la procédure, il n'était pas soumis aux règles relatives à la divulgation des informations et il n'était donc pas obligé de donner les raisons pour lesquelles l'approbation de sécurité avait été refusée à M. Latif. Lorsque M. Latif a demandé aux autorités américaines de réexaminer son dossier, il a été informé que cette décision était fondée « sur l'ensemble des données [...] recueillies, y compris de nouveaux renseignements » depuis l'octroi de l'approbation de sécurité six mois auparavant seulement³⁰³. Il lui a également été indiqué qu'« [a]ucune procédure d'appel n'est disponible aux personnes qui

300 *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)* 2015 CSC 39, [2015] 2 RCS 789.

301 *Ibid.*, § 74.

302 *Ibid.*, § 95.

303 *Ibid.*, § 16.

ne sont pas des citoyens des É.-U³⁰⁴ ». M. Latif a tenté d'obtenir d'autres informations des autorités américaines, en vain. Quatre ans plus tard, les autorités américaines ont levé l'interdiction de formation de Latif sans donner aucun détail ni aucune explication.

Le tribunal de première instance a jugé que Bombardier était coupable de discrimination fondée sur l'origine nationale ou ethnique contre M. Latif, en s'appuyant principalement sur des dépositions d'experts sur le profilage ethnique dans le cadre des mesures antiterroristes aux États-Unis depuis le 11 septembre 2001. Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel, puis un appel a été formé auprès de la Cour suprême du Canada. La Cour suprême a débouté la Commission, affirmant que cette dernière n'avait pas apporté suffisamment de preuves pour établir une présomption de discrimination. La Commission n'avait pas démontré que « l'origine ethnique ou nationale de M. Latif a joué de quelque façon que ce soit dans la réponse défavorable du DOJ [ministère de la Justice américain] à l'égard de sa demande de vérification de sécurité³⁰⁵ ». La Cour suprême a reconnu qu'il n'existait aucune preuve directe du motif de la décision du ministère, et qu'il fallait donc s'appuyer sur des éléments de preuve indirecte. Elle a cependant estimé que ces preuves étaient insuffisantes.

La Cour a établi que la déposition d'expert était insuffisante eu égard aux faits du dossier, en partie parce qu'elle ne portait pas sur le programme précis de sécurité de l'aviation au titre duquel la décision a été prise par les autorités américaines et parce qu'elle se concentrait sur des enjeux de 2001-2003, alors que la décision américaine avait été prise en 2004. Elle a affirmé que, de manière générale, « [o]n ne peut présumer, du seul fait de l'existence d'un contexte social de discrimination envers un groupe, qu'une décision particulière prise à l'encontre d'un membre de ce groupe est nécessairement fondée sur un motif prohibé au sens de la Charte. [...] En effet, même circonstancielle, une preuve de discrimination doit néanmoins présenter un rapport tangible avec la décision ou la conduite contestée³⁰⁶ ». La Cour a indiqué que les données fournies (voir point (2) ci-dessus)

étaient insuffisantes, en précisant que Bombardier avait soumis une liste de 30 candidats venant de pays arabes ou musulmans, qui n'avaient pas reçu d'approbation des États-Unis. Elle a aussi jugé que le dossier impeccable de M. Latif n'était « pas déterminant en ce qui concerne le risque qu'il pouvait poser pour la sécurité nationale³⁰⁷ ».

Enseignements

- Les dépositions d'experts doivent parfaitement correspondre aux faits allégués. La Cour suprême a reproché à la Commission de ne pas avoir produit d'éléments de preuve portant spécifiquement sur le programme et la période en question.
- Dans les affaires relatives à la sécurité nationale, il est habituel qu'aucune preuve directe ne soit disponible. Cela n'empêche pas d'établir une allégation. Dans cette affaire, le ministère de la Justice américain n'a pas expliqué pourquoi il avait refusé d'accorder à M. Latif une approbation de sécurité. S'agissant d'une décision administrative liée à la sécurité nationale, le ministère de la Justice n'avait pas l'obligation de donner ses raisons et M. Latif n'avait pas le droit de former un recours. Pourtant, l'issue défavorable de cette affaire n'est pas due à l'absence de justification du ministère de la Justice. La Cour a reconnu qu'en l'absence de preuve directe, des preuves indirectes peuvent suffire à établir une présomption de discrimination. La Cour a rejeté les éléments de preuve indirecte fournis pour des raisons très précises. Si ces éléments avaient été suffisamment spécifiques et pertinents dans le cadre de l'affaire, il semble que la Cour, tout comme le tribunal de première instance, aurait pu conclure à l'existence d'une discrimination. Cela montre qu'il est possible d'établir une discrimination même lorsque les motifs d'une décision de sécurité nationale ne sont pas communiqués.

304 Ibid., § 16.

305 Ibid., § 80.

306 Ibid., § 88.

307 Ibid., § 96.

4.4. Obligation de rendre des comptes et contrôle restreints dans le contexte de la lutte contre le terrorisme

Une autre difficulté existe lorsqu'il s'agit de démontrer la discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme : la capacité limitée qu'ont les mécanismes de contrôle et d'obligation de rendre des comptes d'examiner les lois et politiques de lutte contre le terrorisme. En général, les médiateurs/ médiatrices, les organes travaillant sur l'égalité, les comités parlementaires et les institutions nationales de défense des droits humains peuvent jouer un rôle important pour mettre en évidence et contester les pratiques discriminatoires de l'État. Au niveau régional, il est possible de saisir la CrEDH et la CJUE pour contester les actions des États et obtenir des réparations en cas de violations des droits humains, en plus des autorités judiciaires à l'échelle nationale.

Dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, ce rôle est souvent plus limité. La lutte contre le terrorisme et les agences de renseignement et de sécurité peuvent être officiellement exclues du mandat des organes chargés de l'égalité et des médiateurs/ médiatrices³⁰⁸. L'obligation judiciaire de rendre des comptes se trouve limitée par la marge d'appréciation que la CrEDH laisse aux États dans les affaires de sécurité nationale, même si cette marge « n'est plus uniformément large dans des affaires liées à la sécurité nationale³⁰⁹ » et malgré « le haut degré de confiance accordé aux allégations formulées par les gouvernements et les services de renseignement dans les procédures judiciaires³¹⁰ » [traduction non officielle]. Au Royaume-Uni, bien qu'une autorité soit spécifiquement chargée d'examiner la législation contre le terrorisme (l'expert indépendant chargé de l'examen de la législation antiterroriste), des universitaires ont estimé que le contrôle de la lutte contre le terrorisme dans le pays subissait les effets de problèmes structurels : secret de l'information, mainmise de l'exécutif sur les modalités de l'examen (mandats et nominations par exemple), résistance limitée du Parlement lorsqu'un consensus hégémonique persiste en matière antiterroriste et manque de confiance entre l'État et les organes qui contrôlent la lutte contre le terrorisme³¹¹.

308 Par exemple, l'ordonnance de 1997 relative aux relations entre les races (Irlande du Nord) prévoit une dérogation pour les actions « réalisées aux fins de la sauvegarde de la sécurité nationale ou de la protection de la sécurité publique ou de l'ordre public », et des textes de lois ultérieurs établissent clairement que les actions des services de sécurité et de renseignement sont concernés par cette dérogation.

309 Cour européenne des droits de l'homme, Sécurité nationale et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2013, Conseil de l'Europe, disponible sur : https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_national_security_FRA.pdf

310 Didier Bigo et autres, *National Security and Secret Evidence in Legislation and before the Courts: Exploring the Challenges*, 2014, Parlement européen.

311 J. Blackburn, F. de Londras et L. Morgan, *Accountability and Review in the Counter-Terrorist State*, Bristol University Press, 2019.

Les chercheurs et chercheuses doivent prendre contact avec les médiateurs/ médiatrices, les organes chargés de la promotion de l'égalité et les institutions nationales de défense des droits humains pour veiller à ce qu'ils exercent leurs fonctions de contrôle en matière de discrimination dans le domaine de la lutte contre le terrorisme. Les déclarations et les études émanant de ces organismes peuvent avoir un poids certain auprès du gouvernement et dans les médias. Ils peuvent aussi avoir plus facilement accès aux acteurs gouvernementaux et aux éléments de preuve, ce qui leur permet d'établir l'existence d'une discrimination même lorsque la société civile ne peut pas apporter suffisamment de preuves. L'expert indépendant chargé de l'examen de la législation antiterroriste au Royaume-Uni, par exemple, détient une habilitation de sécurité et est informé de certains éléments qui sont par ailleurs gardés secrets.

Dans le cadre d'une stratégie à plus long terme sur la discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, les ONG doivent exiger que l'obligation de rendre des comptes des agences de renseignement et de sécurité et le contrôle de leurs activités soient renforcés³¹², et que les autorités publiques soient tenues de mettre en évidence toute discrimination dans l'exercice de leurs fonctions et d'empêcher de telles pratiques³¹³. Le Défenseur des droits français a souligné la nécessité d'« obligations positives à la charge de tous les auteurs potentiels de discrimination », notamment de politiques proactives pour analyser les discriminations et les instruments « destinés à les prévenir³¹⁴ ». L'un des outils possibles pour y parvenir est l'évaluation des effets des mesures sur le plan de l'égalité, couramment utilisée au Royaume-Uni pour évaluer l'effet potentiel ou passé des lois et politiques sur le droit à l'égalité. Ces évaluations sont généralement menées par l'agence en question, ou par les organismes chargés du contrôle ou de l'égalité. Elles permettent d'éviter de faire peser la charge de la preuve sur les cibles de discrimination en obligeant les auteurs potentiels de discrimination

312 De nombreuses études portent sur le contrôle du renseignement et de la sécurité nationale. Voir, par exemple P. Gill, « Intelligence, Threat, Risk and the Challenge of Oversight », vol. 27, n° 2 *Intelligence and National Security*, 2012 ; Venice Commission, Report on the Democratic Oversight of the Security Services, 2007 ; A. Wills, M. Vermeulen, « Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in The European Union », Parlement européen, 2011. Sur le contrôle de la sécurité nationale par les institutions nationales de défense des droits humains, voir L. Glušac, « National Human Rights Institutions and Oversight of the Security Services », vol. 10, n° 1, *Journal of Human Rights Practice*, 2018.

313 ECRI, Recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, 2018, § 8 et 13.

314 Défenseur des droits français, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020, p. 59.

à mettre ces pratiques en évidence. La Commission canadienne des droits de la personne dispose d'un modèle d'évaluation des impacts sur les droits humains spécifiquement conçu pour les mesures de sécurité³¹⁵.

Recommandation

Les chercheurs et chercheuses doivent prendre contact avec les médiateurs/ médiatrices, les organes chargés de la promotion de l'égalité et les institutions nationales de défense des droits humains pour veiller à ce qu'ils demandent à leur gouvernement d'intégrer à leur mandat des fonctions de contrôle en matière de lutte contre le terrorisme et de sécurité nationale, et notamment de discrimination dans le domaine de la lutte contre le terrorisme. Lorsque cela fait déjà partie de leur mission, les chercheurs et chercheuses doivent prendre contact avec les organes de contrôle et leur transmettre des informations sur des violations du droit à la non-discrimination dans le domaine de la lutte contre le terrorisme.

4.5. Nature structurelle de la discrimination

Les personnes qui veulent mener des recherches et des actions de plaidoyer sur la discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme sont confrontées à un autre problème : les préjugés qui existent au sein même du secteur des droits humains. Le déni ou l'indifférence à l'égard du racisme est la norme parmi ceux qui détiennent le pouvoir, et le secteur des droits humains perpétue lui aussi ces structures de pouvoir plus larges. Pour prouver une discrimination, il faut s'appuyer sur des déductions ; il n'y aura presque jamais de preuve accablante et un potentiel motif non discriminatoire pourra toujours venir expliquer une différence de traitement. Inévitablement, les personnes qui ne font pas directement l'objet de discrimination raciale ou religieuse pourraient être moins susceptibles de conclure à l'existence d'une discrimination, en particulier au sein de la société à laquelle ils appartiennent. Les allégations de discrimination sont souvent écartées par les personnes qui détiennent le pouvoir, y compris au sein des organisations de défense des droits humains, au motif qu'elles seraient excessivement politiques, partiales ou elles-mêmes racistes, particulièrement en Europe continentale où, en raison d'une « tradition de *silence à propos de la race* », l'usage même des mots « race » ou « racisme » peut être controversé³¹⁶. Même la CrEDH n'échappe pas à ce schéma, comme le montrent les opinions dissidentes dans

315 <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/en/resources/publications/the-human-rights-impact-assessment-security-measures>

316 Lilla Farkas, «The Meaning of Racial or Ethnic Origin in EU Law: Between Stereotypes and Identities», Commission européenne : Direction Générale Justice, 2017, § 4.2.2.

l'affaire *D.H. c. République tchèque*³¹⁷. Si une simple recommandation ne peut suffire à résoudre ce type de problème structurel, il n'est pas inutile de reconnaître l'existence de ces dynamiques et de savoir quelle influence elles peuvent avoir sur la capacité de conclure à une discrimination.

De manière plus générale, la loi est un outil imparfait pour atteindre une réelle égalité ; les déséquilibres structurels du pouvoir sont plus souvent reproduits que remis en cause et il est difficile de faire apparaître dans un recours individuel le racisme systémique et institutionnel qui existe au sein des services de sécurité et de la société dans son ensemble. La législation contre la discrimination est un outil particulièrement imparfait dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Le terrorisme est un concept à connotation politique qui a échappé à toute définition du droit international. Les actes violents des personnes qui détiennent le pouvoir sont généralement perçus comme légitimes, tandis que la violence de ceux qui sont moins puissants est considérée comme du terrorisme. Cette classification est « une manière de les dépeindre [les terroristes] comme fanatiques et irrationnels » qui « ouvr[e] la voie au recours à la force³¹⁸ ». Le fait que la violence politique exercée par des personnes musulmanes ait rapidement été considérée comme du terrorisme, contrairement aux autres violences qui n'étaient que des infractions pénales, a eu des répercussions sur la manière dont les lois sur le terrorisme ont ensuite été mises en œuvre. En Australie, par exemple, sur 18 organisations interdites, 17 sont des organisations qualifiées d'islamistes. Les opérations de maintien de l'ordre qui découlent de cette classification affectent de manière disproportionnée les personnes musulmanes. Une fois que les explications sous l'angle de la race et les associations avec certains crimes se diffusent dans la société et le système judiciaire, « elles peuvent effectivement devenir des prophéties autoréalisatrices³¹⁹ ».

Ces critiques du droit international relatif aux droits humains s'appuient sur le travail de spécialistes de la théorie critique de la race et des études juridiques critiques, qui ont montré comment des régimes juridiques apparemment neutres et apolitiques maintiennent et perpétuent le pouvoir détenu par un groupe dominant et qui ont ainsi déploré le fait que, dans la loi, le racisme ne se limite qu'à des actes répréhensibles ponctuels et identifiables³²⁰. Étant

317 Dans son opinion dissidente, le juge Borrego Borrego accuse la Grande Chambre de lutter « contre le racisme par le racisme » (§ 14). Le juge Zupančič rejette les allégations au motif qu'il s'agirait d'une « argumentation à connotation politique ». *D.H. et autres c. République tchèque* (57325/00), Cour européenne des droits de l'homme, 2007.

318 Daniel Moeckli, *Human Rights and Non-Discrimination in the 'War on Terror'*, Oxford : Oxford University Press, 2007, p. 24.

319 Medact, *False Positives*, p. 27.

320 Richard Delgado & Jean Stefancic, *Critical Race Theory: An Introduction*, New York: New York University Press, 2017.

donné que les États ont des obligations au regard du droit international et que de nombreuses ONG, organisations intergouvernementales et organes chargés de la promotion de l'égalité utilisent le droit international relatif aux droits humains comme principal cadre, enquêter sur l'injustice raciale sous l'angle des violations du droit à la non-discrimination présente un intérêt. Il importe cependant de noter que le cadre juridique est limité ; toutes les formes de racisme ne constituent pas une discrimination raciale au regard de la loi et, par conséquent, l'antiracisme ne doit pas se traduire uniquement par des revendications et allégations d'ordre juridique³²¹. Prouver l'existence de la discrimination au titre du droit international relatif aux droits humains doit être considéré uniquement comme une partie d'un ensemble plus large d'actions visant à résoudre les problèmes systémiques de racisme et d'islamophobie.

En matière de lutte contre le terrorisme, les acteurs des droits humains doivent non seulement réclamer la fin des pratiques discriminatoires, mais aussi la fin de la qualification terroriste de certaines infractions uniquement sur le fondement de la motivation politique ou idéologique présumée de l'auteur de l'infraction, en faisant appel au système de justice pénale ordinaire et, si nécessaire, aux concepts de crime de guerre et de crime contre l'humanité et au droit pénal international. Réduire le champ d'application toujours plus important de la législation antiterroriste et contester les tendances généralisées au repli sécuritaire sont également des objectifs cruciaux. De manière plus générale, les acteurs des droits humains peuvent demander aux gouvernements de s'attaquer aux facteurs plus largement déterminants et persistants de la violence et du préjudice social, notamment en réaffectant les fonds et les ressources actuellement consacrés à des interventions axées sur la sécurité aux services sociaux et à la protection sociale³²².

Recommandation

Les chercheurs et chercheuses doivent demander aux États de ne pas qualifier certaines infractions de « terrorisme » uniquement sur le fondement de la motivation politique ou idéologique présumée de son auteur, en faisant appel au système de justice pénale ordinaire et, si nécessaire, aux concepts de crime de guerre et de crime contre l'humanité et au droit pénal international.

321 Merci à Ojeaku Nwabuzo et à Asim Qureshi pour leurs commentaires lors d'une réunion à propos de ce guide, qui ont permis d'évoquer ce problème et les limites du Cadre des droits humains qui y sont associées.

322 Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, doc. ONU A/HRC/31/65, 2016, § 49-50 ; Medact, *False Positives*, p. 64.

5. Conclusion et principales recommandations

Le principe d'égalité est un élément central de la protection des droits humains. Les chercheurs et chercheuses en droits humains, les responsables d'activités de plaidoyer et les avocat·e·s jouent un rôle important, puisqu'ils veillent à ce que le principe d'égalité soit respecté en examinant les lois, politiques et pratiques, en contestant celles qui sont discriminatoires, mais aussi en aidant les victimes d'atteintes aux droits humains à accéder à des recours utiles. Pour remplir cette fonction importante, ces acteurs doivent être en mesure de reconnaître et d'étayer efficacement les violations du droit à la non-discrimination.

Ce guide de recherche entend aider ses lecteurs et lectrices à reconnaître une discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme et à établir des allégations de discrimination attestées par des éléments solidement fondés en droit international. Les lois et politiques antiterroristes discriminatoires portent gravement préjudice aux personnes et à la société. Le stéréotype qui consiste à associer les personnes musulmanes en particulier au « terrorisme » est très répandu dans toute l'Europe et influence les prises de décisions des personnes qui détiennent le pouvoir – des formes de pouvoir de plus en plus discrétionnaires et sans restrictions. Les lois, politiques et mesures antiterroristes discriminatoires contre les personnes musulmanes alimentent un climat de suspicion et d'intolérance croissantes à leur égard et peuvent avoir des conséquences dévastatrices sur la vie des personnes directement affectées par ces mesures. Il est impératif que les mesures antiterroristes discriminatoires soient réellement remises en cause, notamment au moyen de la recherche et du plaidoyer en matière de droits humains.

Des recommandations sur les meilleures pratiques sont faites tout au long de ce guide de recherche. Quelques-unes sont reproduites ci-après.

5.1. Organisations de défense des droits humains, chercheurs/chercheuses et responsables des activités de plaidoyer.

Les organisations de défense des droits humains, chercheurs/chercheuses et responsables des activités de plaidoyer doivent :

- mener des recherches pour recueillir des preuves de discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, en sachant que les éléments attestant de l'existence d'une discrimination sont souvent des preuves indirectes, et que l'absence de preuve directe n'empêche pas d'établir une présomption de discrimination ;

- conjuguer différentes méthodes et sources d'information, présentées dans ce guide, pour que les arguments présentés soient les plus solides possible ;
- repérer les motifs spécifiques de discrimination en fonction du contexte et des éléments de preuve disponibles, tout en expliquant que, du fait de la racisation croissante des personnes musulmanes, les motifs liés à la race, à la religion et à l'origine ethnique sont liés ;
- veiller à ce que les données quantitatives sur les répercussions de la législation et des politiques antiterroristes soient complétées par une analyse qualitative des mesures antiterroristes concernées, et à ce que les données quantitatives soient si possible analysées par rapport à un élément de comparaison ou de référence pertinent ;
- présenter des demandes d'accès à l'information pour obtenir des informations provenant de sources officielles, en suivant les conseils disponibles sur ces demandes dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ;
- apporter des preuves de l'intervention de stéréotypes dans les processus décisionnels et les lois et d'un contexte général de discrimination, en particulier lorsqu'aucun élément de comparaison adapté ne peut être défini ;
- recenser les potentiels arguments à l'appui d'un traitement moins favorable et être capables d'y répondre, en évaluant chaque justification possible selon le critère de proportionnalité ;
- présenter des éléments attestant d'une différence de traitement aux autorités concernées et leur demander de démontrer que cette différence de traitement était légale ;
- envisager d'introduire des actions en justice afin d'entraîner la divulgation des preuves pertinentes, quand les preuves de discrimination ne sont pas disponibles par ailleurs ;
- demander aux États de ne pas qualifier certaines infractions de « terrorisme » uniquement sur le fondement de la motivation politique ou idéologique présumée de son auteur, en faisant appel au système de justice pénale ordinaire et, si nécessaire, aux concepts de crime de guerre et de crime contre l'humanité et au droit pénal international ; et
- prendre contact avec les médiateurs/médiatrices, les organes chargés de la promotion de l'égalité et les institutions nationales de défense des droits humains pour veiller à ce qu'ils demandent à leur gouvernement d'intégrer à leur mandat une fonction de contrôle en matière de discrimination dans le domaine de la lutte contre le terrorisme ; ou, si

cela fait déjà partie de leur mission, prendre contact avec les organes de contrôle et leur transmettre des informations sur des violations du droit à la non-discrimination dans le domaine de la lutte contre le terrorisme.

5.2. Mécanismes de contrôle et d'obligation de rendre des comptes

Les mécanismes chargés du contrôle et de l'obligation de rendre des comptes, comme les organes chargés de la promotion de l'égalité, les institutions nationales de défense des droits humains, les organismes régionaux et les organes de suivi des traités et les procédures spéciales des Nations unies doivent :

- demander à leur gouvernement d'intégrer à leur mandat une fonction de contrôle en matière de lutte contre le terrorisme et de sécurité nationale, et notamment de discrimination dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, lorsque cela ne fait pas partie de leur mandat ;
- mener des recherches pour recueillir des preuves de discrimination dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, y compris en faisant des évaluations des effets des lois et politiques antiterroristes sur le plan de l'égalité, lorsque cela relève de leur mandat ;
- consulter les acteurs et actrices de la société civile sur leur travail dans le domaine de la sécurité nationale et de la lutte contre le terrorisme, et notamment sur la discrimination dans la lutte contre le terrorisme, et nouer des contacts avec ces personnes ;
- encourager les victimes de discrimination dans le cadre de la lutte contre le terrorisme à recourir aux mécanismes de recueil des plaintes et faciliter ces démarches ; et
- demander aux États de recueillir et publier des données ventilées sur leurs actions antiterroristes³²³.

³²³ La question de savoir si le droit au respect de la vie privée et les lois de protection des données autorisent ce type de collecte de données a largement été abordée par ailleurs. Voir, par exemple, la conclusion de l'ECRI selon laquelle il n'existe « aucun obstacle juridique insurmontable » concernant ce suivi, dans « Thematic Comment No. 3: the Protection of Minorities in the European Union », p. 15-16.

Annexe 1. Dispositions relatives à la non-discrimination dans les instruments juridiques internationaux et régionaux

Traités internationaux

Article 1 – Charte des Nations unies (26 juin 1945)

Article 1 et 2 – Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948)

Articles 1 et 2 – Convention de l'Organisation internationale du travail concernant la discrimination (emploi et profession), (No. 111) (25 juin 1958)

Article 9 – Convention des Nations unies sur la réduction des cas d'apatridie (30 août 1961)

Articles 2, 3 et 26, 27 – Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966)

Articles 2 et 3 – Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (16 décembre 1966)

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (4 janvier 1969)

Article 1 – Convention des Nations unies contre la torture (9 décembre 1975)

Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (18 décembre 1979)

Articles 2 et 30 – Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant (20 novembre 1989)

Articles 2, 3, 4, 5 et 12 – Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (13 décembre 2006)

Conseil de l'Europe

Article 14 – Convention européenne des droits de l'homme ; (4 novembre 1950)

Protocole n° 12 (Interdiction générale de la discrimination) ; adopté le 4 novembre 2000 ; en vigueur depuis le 1^{er} avril 2005

Union européenne

Directive 2000/43/CE du Conseil [de l'Union européenne] du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité raciale)

Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

Articles 10, 19 et 157 - Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (1^{er} décembre 2009) (« traité de Lisbonne »)

Annexe 2. Guides et manuels pratiques pour la recherche sur la législation discriminatoire

Réseau européen contre le racisme (ENAR), *Documenting the Discriminatory Impact of Counter-Terrorism and Counter-Radicalisation in the European Union* (2019), <https://www.enar-eu.org/Documenting-the-discriminatory-impact-of-counter-terrorism-and-counter>

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination - Édition 2018* (2018), https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_fr.pdf

Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres et de la non-discrimination, *A Comparative Analysis of Non-Discrimination Law in Europe - Édition 2019* (2020), Commission européenne : Direction générale de la justice et des consommateurs, <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/a88ed4a7-7879-11ea-a07e-01aa75ed71a1>

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination field (écrit par Lilla Farkas), *How to Present a Discrimination Claim: Handbook on Seeking Remedies under the EU Non-Discrimination Directives* (2011), Commission européenne : Direction générale de la justice, <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/c0bda55a-d85f-4f3a-91e7-e8d86546cd7a/language-fr>

Interights, *Non-Discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners* (2011), <https://www.interights.org/document/153/index.html>

Łukasz Bojarski, Isabelle Chopin, Barbara Cohen, Uyen Do, Lilla Farkas & Romanița Iordache, *Awareness-Raising Seminars in the Areas of Non-Discrimination and Equality Targeted at Civil Society Organisations: Training Manual on Discrimination* (2012), Commission européenne : Direction générale Emploi, affaires sociales et inclusion, <https://www.humanconsultancy.com/projects/awareness-raising-seminars-in-the-areas-of-non-discrimination-and-equality-targeted-at-civil-society-organisations> Union européenne

Directive 2000/43/CE du Conseil [de l'Union européenne] du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité raciale)

Annexe 2.

Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

Articles 10, 19 et 157 - Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (1er décembre 2009) (« traité de Lisbonne »)

**OPEN SOCIETY
FOUNDATIONS**

