NATIONS UNIES **E**

Conseil économique et social

Distr.
GÉNÉRALE

E/CN.4/Sub.2/2002/5
23 mai 2002

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS/ FRANÇAIS

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

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Discrimination dans le système de justice pénale. Document de travail final établi par Mme Leïla Zerrougui en application de la décision 2001/104 de la Sous-Commission

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
Introduction		1 - 5	2
I.	RÉTROSPECTIVE DE L'APPORT DE LA SOUS-COMMISSION	6 - 10	3
II.	LE CONTEXTE INTERNATIONAL	11 - 24	4
	A. La Conférence mondiale contre le racisme	12 - 14	4
	B. Les incidences de la tragédie du 11 septembre 2001	15 - 24	5
III.	QUELQUES ÉLÉMENTS DU CADRE CONCEPTUEL POUR UNE ÉTUDE À ENVISAGER	25 - 52	8
	A. La fragilité du statut des étrangers et les mécanismes discriminatoires dans la coopération inter-étatique en matière pénale	28 - 43	9
	B. L'inadaptation des systèmes de justice pénale aux besoins des groupes vulnérables.	44 - 52	15
IV.	CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	53 - 54	18

Introduction

1. À la cinquante-deuxième session de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, et dans le cadre des préparatifs de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, l'attention des membres de la Sous-Commission a été appelée sur l'ampleur du phénomène de la discrimination dans l'administration de la justice. Pour répondre à cette préoccupation, le Groupe de travail de session de la Sous-Commission sur l'administration de la justice, lors de l'adoption de son rapport, a confié à M^me^ Leïla Zerrougui le soin d'établir, pour sa prochaine session, un document de travail traitant d'un aspect de la discrimination dans le système de justice pénale.

2. À la cinquante-troisième session de la Sous-Commission, M^me^ Zerrougui a présenté au Groupe de travail de session un document de travail (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1CRP.1) où elle confirme l'ampleur du phénomène de la discrimination dans l'administration de la justice et souligne que la documentation consultée et les recherches effectuées lui ont permis de constater que la discrimination apparaît comme une pratique courante dans les locaux de police, dans les prisons, dans les prétoires et dans les lieux de détention réservés aux étrangers en situation irrégulière, aux réfugiés et aux demandeurs d'asile.

3. Dans le document de travail, M^me^ Zerrougui rappelle la signification de la clause de non-discrimination, l'égalité devant la loi et l'égale protection de la loi dans les normes internationales les plus pertinentes, identifie les victimes potentielles de la discrimination et propose un cadre conceptuel pour une étude qui pourrait être envisagée sur la discrimination dans le système de justice pénale. Le cadre proposé met en exergue l'importance et la disponibilité des renseignements sur les manifestations de la discrimination dans le système de justice pénale et oriente l'étude vers la recherche et l'identification des mécanismes discriminatoires qui sont à l'origine de la persistance de la discrimination dans l'administration de la justice pénale.

4. Le document de travail a fait l'objet de commentaires de la part des membres du Groupe de travail de session et la Sous-Commission qui a inscrit la discrimination dans l'administration de la justice comme un sous point du point 3 de l'ordre du jour de la cinquante-triosième session consacré à l'administration de la justice. Les membres de la Sous-Commission ont souligné que la complexité et l'importance du sujet nécessitaient une étude complète, les recherches entreprises devant néanmoins être approfondies sur certains aspects; ils ont notamment insisté sur l'identification des mécanismes discriminatoires dans la coopération inter-étatique et ceux découlant de l'inadaptation des systèmes nationaux de justice pénale aux besoins des populations vulnérables, en accordant une attention particulière aux étrangers, aux minorités, aux populations autochtones et aux catégories sociales démunies. D'aucuns ont souhaité que l'étude envisagée n'évacue pas totalement l'analyse des motifs de discrimination, notamment ceux qui se traduisent par des discriminations passives, et qu'elle aborde également le fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux et le statut des victimes du crime organisé.

5. Par sa décision 2001/104 du 10 août 2001, la Sous-Commission préoccupée par l'ampleur du phénomène de la discrimination dans le système de justice pénale, et prenant note avec satisfaction du document de travail (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1) établi par M^me^ Zerrougui pour le Groupe de travail sur l'administration de la justice a décidé de demander à M^me^ Zerrougui de continuer son travail de recherche, en prenant en considération les commentaires formulés par les membres de la Sous-Commission, et de lui soumettre son document de travail final à sa cinquante-quatrième session. Le présent document est présenté conformément à cette décision.

I. RÉTROSPECTIVE DE L'APPORT DE LA SOUS-COMMISSION

6. La Sous-Commission a joué un rôle de premier plan dans la lutte contre la discrimination et son apport est considérable[1]. S'agissant de la discrimination dans l'administration de la justice, les recherches effectuées ont révélé que deux études sur cette question ont été confiées par le passé à deux membres de la Sous-Commission : la première, établie par M. Mohammed Ahmed Abu Rannat Rapporteur spécial de la Sous-Commission, traitait de l'égalité dans l'administration de la justice[2], la deuxième, rédigée par le juge Abou Sayeed Chowdhoury, Rapporteur spécial de la Sous-Commission, était intitulée « Le traitement discriminatoire à l'encontre des membres des groupes raciaux, ethniques, religieux ou linguistiques aux différents stades de l'administration de la procédure pénale telle que les enquêtes policières, militaires, administratives et judiciaires, l'arrestation, la détention, le déroulement du procès et l'exécution des peines, y compris les idéologies ou les croyances qui contribuent au racisme ou y conduisent dans l'administration de la justice pénale »[3]. Pour capitaliser cette expérience et éviter les doubles emplois, ces deux études ont été exploitées pour la rédaction de ce document de travail, les conclusions suivantes peuvent d'ores et déjà en être tirées.

7. L'étude de M. Rannat sur l'égalité dans l'administration de la justice intervenait à une époque (les années 60) où la signification de la discrimination dans les normes internationales n'était pas aussi précise et tranchée qu'elle l'est aujourd'hui. Elle a été entreprise pour traduire la portée de l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et aboutir à l'adoption de principes, d'une déclaration ou d'une convention sur l'égalité dans l'administration de la justice; consacrée au traitement de l'égalité dans les procédures pénale, civile et administrative, elle a eu le mérite de préciser les normes d'un procès équitable et de faire des recommandations de portée générale pour lutter contre la discrimination.

8. Aujourd'hui, l'interdiction de la discrimination, l'égalité devant la loi et l'égale protection de la loi ont été définies et érigées en clause générale et en règle fondamentale du droit international relatif aux droits de l'homme, non seulement dans l'administration de la justice, mais dans tout autre domaine réglementé[4]. Il n'est plus besoin de réaliser une étude pour préciser les normes d'un procès équitable ou pour traduire la signification de l'égalité devant la loi et de l'égale protection de la loi. Si une étude mérite d'être entreprise, c'est plutôt pour se pencher sur le fonctionnement au quotidien de la justice pénale et démonter les mécanismes qui, en violation des normes internationales, entretiennent la persistance de la discrimination dans les systèmes de la justice pénale.

9. L'étude établie par le juge Chowdhoury était consacrée aux traitements discriminatoires des membres de groupes raciaux, ethniques, religieux ou linguistiques aux différents stades de la procédure pénale. Le Rapporteur spécial a annoncé dès le départ l'orientation de l'étude en affirmant que l'Afrique du Sud mise à part[5], où le racisme est un phénomène consacré par la loi, il n'y a guère de régions dans le

---

[1] Le document de travail établi par M. Sergio Pinheiro membre de la Sous-Commission, dans le cadre des la préparatifs de la Conférence mondiale contre le racisme résume l'essentiel de cet apport. (A/CONF.189/PC.1/13/Add.1)

[2] Cette étude est la sixième d'une série d'études entreprises par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités sur les mesures discriminatoires dans différents domaines. Elle a été entamée en 1963 et achevée en 1969. Mohamed A.A. Rannat, *Étude sur l'égalité dans l'administration de la justice* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.71XIV.5.)

[3] L'étude a été publiée en deux parties, la première en 1981 sous la cote E/CN.4/Sub.2/L.766 et la deuxième en 1982 sous la cote E/CN.4/Sub.2/1982/7.

[4] Cette question a déjà été ansysée dans le document de travail présenté au Groupe de travail de la Sous-Commission sur l'administration de la justice. (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1, p. 3 à 8).

[5] L'Afrique du Sud était à cette époque sous le régime de l'apartheid.

monde où existent beaucoup de cas de discrimination *de jure* à l'encontre de races ou de groupes. L'étude a donc porté sur la discrimination comportementale, les doctrines et pratiques véhiculant des préjugés racistes, et sur les situations qui semblent révéler une application sélective de la loi à des groupes raciaux, ethniques, religieux ou linguistiques[6].

10. Il ressort de qui précède que si une étude est envisagée aujourd'hui sur la discrimination dans le système de justice pénale, elle apporterait un autre éclairage. D'abord, parce qu'il est établi que la discrimination institutionnalisée existe et persiste dans les systèmes nationaux de justice pénale[7], ensuite parce que sous l'effet de la mondialisation et de la constitution de groupements régionaux d'intégration, les pratiques discriminatoires transcendent les frontières et revêtent de nouvelles formes[8], et enfin parce que le colonialisme qui produit les discriminations *de jure* les plus intolérables dans l'administration de la justice n'a pas totalement disparu[9]. L'intérêt que peut susciter une telle étude est d'autant plus conforté par les événements qui sont en train de bouleverser le contexte international actuel et sa portée sera beaucoup plus large parce qu'elle englobera d'autres groupes vulnérables ou infériorisés qui, de nos jours, continuent de subir la discrimination dans l'administration de la justice pénale[10].

II. LE CONTEXTE INTERNATIONAL

11. La rédaction du présent document de travail intervient dans un contexte international marqué par deux événements majeurs : la Conférence mondiale contre le racisme, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, qui s'est tenue à Durban (Afrique du Sud), du 31 août au 8 septembre 2001, et la tragédie du 11 septembre 2001.

A. La Conférence mondiale contre le racisme

12. Si les travaux préparatoires de la Conférence mondiale contre le racisme ont appelé l'attention sur l'ampleur du phénomène de la discrimination dans l'administration de la justice pénale, la Déclaration de la Conférence ne laisse subsister aucun doute sur la question : elle a en effet non seulement confirmé l'existence de la discrimination comportementale dans les systèmes nationaux de justice pénale, mais a

---

[6] Cette étude comporte trois chapitres; le premier étant consacré à analyse des causes historiques de la discrimination raciale et aux doctrines et préjugés qui l'entretiennent, et le troisième au fonctionnement des tribunaux militaires – volet confié à M. Louis Joinet par la décision 2001/103 de la Sous-Commission –, seul le chapitre II qui traite des pratiques discriminatoires dans le fonctionnement de la police et de la justice pénale peut, si une nouvelle étude sur la question est envisagée, être exploité et mis à jour.

[7] Des dispositions discriminatoires, notamment à l'égard des femmes, des enfants, des autochtones, des minorités et des étrangers, figurent dans les législations pénales de plusieurs pays. Voir notamment a ce propos, le rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'homme présenté conformément à la résolution 48/141 de l'Assemblée générale (E/CN.4/2001/16) et les travaux du dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants sur « Les femmes et le système de justice pénale. » (A/CONF.187/12)

[8] Le présent document traitera de certains aspects de ces nouvelles formes de discrimination qui ciblent particulièrement les migrants, les réfugiés et demandeurs d'asile, et les victimes de la traite.

[9] Le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël, M. John Dugard, donne dans son rapport à la cinquante-huitième session de la Commission, un aperçu sur le fonctionnement discriminatoire du système judiciaire israélien dans les territoires occupés (E/CN.4/2002/32, par. 48-53).

[10] Ces populations ont été identifiées dans le document établi à l'intention du Groupe de travail sur l'administration de la justice. Au paragraphe 39 il est précisé que « le large éventail des pratiques discriminatoires et des motifs de la discrimination que les victimes subissent, selon le cas, du fait de leur extranéité, de leur sexe, de leur appartenance ethnique ou religieuse, de leur âge, de leur handicap, de leur orientation sexuelle ou de leur désavantage matériel et dans certains cas au titre d'une double ou d'une triple discrimination » (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1).

aussi souligné la persistance de la discrimination *de jure*. Au paragraphe 25 de la Déclaration, on peut lire : « Nous exprimons notre profonde répugnance pour le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée qui persistent dans certains États dans le fonctionnement du système pénal et l'application de la loi ainsi que dans les décisions et dans le comportement des autorités de police et agents de la force publique, en particulier lorsque cela a contribué au fait que certains groupes sont surreprésentés parmi les personnes en détention provisoire ou emprisonnées. » (A/CONF.189/12).

13. Quant au Programme d'action adopté par la Conférence, il met l'accent sur les inégalités de traitement dans l'accès à la justice pour les personnes d'ascendance africaine, les migrants et leurs familles, les femmes, les enfants, les minorités, les Roms, les réfugiés et demandeurs d'asile, et les populations autochtones. Les États sont instamment invités à veiller à ce que les services de police et d'immigration accordent à ces personnes un traitement respectueux de leur dignité et non discriminatoire, à prévenir et à déceler efficacement les abus de la police et des autres agents des forces de l'ordre qui sont imputables au racisme et à la discrimination, à mettre en œuvre et à faire appliquer des mesures pour faire effectivement disparaître le phénomène dit de « *délit de faciès* », à combattre l'impunité – soulignée comme un obstacle grave à l'existence d'un système de justice équitable et juste –, à rechercher le lien qui pourrait y avoir entre les poursuites pénales, les brutalités policières et les sanctions pénales, d'une part, et le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie, et l'intolérance qui y est associée d'autres part (A/CONF.189/12, par. 66 et suiv.)[11].

14. Ainsi, les manifestations de la discrimination dans l'administration de la justice pénale occupent donc une place importante dans la Déclaration et dans le Programme d'action de la Conférence mondiale contre le racisme. Des organes de suivi de la Conférence ont été prévus et la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme est appelée, en tant que mécanisme de la Commission des droits de l'homme, à apporter sa contribution pour la mise en œuvre du Programme d'Action de la Conférence. La Commission des droits de l'homme a d'ailleurs adopté lors de sa cinquante-huitième session, une décision (2002/109) invitant la Sous-Commission à examiner attentivement la Déclaration et le Programme d'action de Durban et à contribuer à titre complémentaire à la réalisation des objectifs de la Conférence mondiale[12].

B. Les implications de la tragédie du 11 septembre 2001

15. Les attentats du 11 septembre 2001 ont bouleversé la communauté internationale dans son ensemble et leur condamnation a été unanime. Dans les résolutions 1373 (2001) et 1377 (2001) adoptées respectivement le 28 septembre et le 12 novembre 2001, le Conseil de sécurité a demandé à tous les États d'adopter un ensemble de mesures pour prévenir, incriminer et réprimer tous les actes terroristes relevant de leur juridiction et de renforcer la coopération inter-étatique pour éradiquer le terrorisme international. La communauté internationale n'a cependant pas hésité à dénoncer les cas de violation des droits de l'homme et/ou du droit humanitaire commis dans le contexte des réactions à ces attentats. Les critiques ont porté, entre autres, sur les dispositifs juridiques adoptés et certaines mesures appliquées dans le cadre de la lutte anti-terroriste[13]. Les arrestations et le maintien en détention au secret qui, dans plusieurs pays,

---

[11] Il faut à cet effet souligner le rôle important joué par les organisations non gouvernementales à Durban pour inscrire la discrimination dans l'administration de la justice pénale dans le Programme d'action de la Conférence mondiale. Voir notamment les contributions d'Amnesty International, de l'Organisation mondiale contre la torture, de Penal Reform International et d'International Criminal Justice CAUCUS.

[12] Un deuxième projet de décision (E/CN.4/2002/L.82), soumis au titre du point 6 de l'ordre du jour, a été retiré par ses co-auteurs.

[13] Des lois anti-terroristes ont été adoptées dans plusieurs pays dans les semaines qui ont suivi les attentats dirigés contre New York et Washington, mais c'est le dispositif juridique adopté par le Gouvernement des États Unis qui a suscité le plus de critiques et particulièrement celui du 13 novembre 2001, intitulé « The Presidential order on military tribunals ». Ce dispositif a été considéré par des intellectuels de renom et des défenseurs des droits de l'homme comme discriminatoire et non conforme au droit international et à la Constitution américaine. Voir

ont particulièrement ciblé des étrangers et certaines communautés d'immigrants ont donné lieu à de vives critiques[14].

16. À sa soixantième session, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a adopté le 22 mars 2002, une déclaration dans laquelle il a demandé aux États et aux organisations internationales de s'assurer que les mesures prises dans le contexte de la lutte contre le terrorisme ne soient pas, délibérément ou dans les faits, porteuses de discriminations fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique. La Commission des droits de l'homme, à sa cinquante-huitième session, a elle aussi adopté une résolution dans laquelle elle souligne que : « les États et les organisations intergouvernementales ont la responsabilité de veiller à ce que les mesures prises dans la lutte contre le terrorisme n'établissent pas, dans leurs objectifs ou dans leurs effets, de discriminations fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, et prie instamment tous les États d'éliminer toutes les formes de « *délits de faciès* »[15].

17. En évoquant ces recommandations et ces critiques, nous ne perdons pas de vue que pour faire face au terrorisme, les gouvernements sont souvent confrontés à des situations exceptionnelles et à des crimes d'une extrême gravité. Dans son rapport préliminaire (E/CN.4/Sub.2/1999/27) présenté lors de la cinquante-deuxième session de la Sous-Commission, M[me] Kalliopi K. Koufa, Rapporteuse spéciale sur le terrorisme, écrit : « Devant la conduite odieuse des terroristes et les menaces qu'ils font planer sur la société, les autorités de l'État, auxquelles il incombe de mettre fin à la violence terroriste, sont en droit d'adopter des mesures contre-terroristes et peuvent ne pas être tenues par les limites normalement assignées à la prévention des crimes ordinaires. »

18. Ce droit reconnu aux États n'est pas, pour autant, consacré sans garde-fous[16]. Dans l'Observation générale N°29 relative aux états d'urgence, adoptée le 31 août 2001, le Comité des droits de l'homme a précisé que même lorsqu'il y a une menace pour l'existence de la nation, il n'est pas permis de déroger à certains droits (CCPR/C/21/Rev.11/Add.11). Le Haut-Commissaire aux droits de l'homme l'a rappelé lors de la cinquante- huitième session de la Commission des droits de l'homme, dans la déclaration introductive de son rapport sur le suivi de la Conférence mondiale des droits de l'homme.

---

notamment les critiques formulées par Robert Kodok Goldman, président de la Commission interaméricaine des droits de l'homme sous le titre « Why President Bush's Military Order Runs Afoul of the Law », l'article publié dans *Le Monde* du 29 novembre 2001, intitulé « Après la victoire, la justice » par Robert Badinter, ancien ministre de la justice et sénateur français. Voir également le rapport de Dato'Param Cumaraswamy, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur l'indépendance des juges et des avocats (E/CN.4/2002/72 par. 208) et les publications d'Amnesty International, de Human Rights Watch et de la Fédération internationale des droits de l'homme.

[14] Voir notamment le rapport publié par Amnesty International en mars 2002 : « Amnesty Internatinal's concerns regarding post September 11 detentions in USA » (AI Index : AMR 51/044/2002).

[15] Voir la résolution intitulée « Le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée » (E/CN.4/2002/L.68).

[16] Dans une déclaration commune du 29 novembre 2001 signée par le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe et le Directeur de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), on peut lire : « Tout en reconnaissant que la menace du terrorisme exige des mesures spéciales, nous invitons tous les gouvernements à s'abstenir de toute mesure excessive qui violerait les libertés fondamentales et entraverait la légitime contestation. Ce genre de mesures serait de nature à porter atteinte au droit à la présomption d'innocence, au droit à un procès équitable, au droit de ne pas être soumis à la torture, au droit au respect de la vie privée, à la liberté d'expression et de réunion et au droit de chercher asile. Des mesures anti-terroristes dirigées contre certains groupes ethniques ou religieux seraient ainsi contraires aux règles internationales relatives aux droits de l'homme et aux engagements internationaux et pourraient déclencher une redoutable vague de discrimination et de racisme ».

19. L'appréciation de la conformité ou de la non-conformité des dispositifs adoptés dans le cadre de la lutte anti-terroriste avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme et au droit humanitaire ne relève pas du mandat qui nous a été assigné par la Sous-Commission. Notre réflexion et nos analyses ne porteront que sur certaines dispositions qualifiées de discriminatoires et qui relèvent de l'administration de la justice pénale et/ou sur l'application sélective dans l'administration de la justice de certaines mesures, fondées uniquement sur la nationalité, la religion ou l'appartenance ethnique des personnes ciblées[17].

20. Dans le document présenté au Groupe de travail sur l'administration de la justice, l'attention a été appelée sur le fait que dans certaines situations de crise, la proportion des violations des droits de l'homme augmente et l'application de normes discriminatoires se multiplie dans la vie quotidienne des populations et dans le fonctionnement de la justice pénale, notamment à l'égard des personnes et des groupes les plus vulnérables et ceux à qui on impute, à tort ou à raison, une quelconque responsabilité dans les situations de crise (E/CN.4/Sub.2/2001/NG.1/CRP.1, par. 3). Les événements tragiques du 11 septembre ont confirmé cette tendance[18].

21. Dans l'Observation générale n° 29 précitée et s'agissant de la clause de non-discrimination, le Comité des droits de l'homme affirme que « Bien que l'article 26 ou les autres dispositions du Pacte concernant la non-discrimination (art. 2 et 3, par. 1 de l'article 14, par. 4 de l'article 23, par. 1 de l'article 24 et art. 25) ne figurent pas parmi les dispositions non susceptibles de dérogation énoncées au paragraphe 2 de l'article 4, il y a des éléments ou aspects du droit à la non-discrimination auxquels aucune dérogation n'est possible, quelles que soient les circonstances. »

22. Il est vrai que s'agissant de crimes graves et de dangereux criminels usant de moyens sophistiqués et se mouvant dans des réseaux organisés et transnationaux, il n'est pas toujours aisé de concilier le respect des garanties consacrées dans les normes du droit international et la volonté de ne pas laisser impunis les crimes les plus graves et de traduire leurs auteurs devant la justice. Les difficultés portent notamment sur le respect de la présomption d'innocence, sur la détention provisoire prolongée et sur les conditions de détention des personnes accusées de crimes graves. Les tribunaux pénaux internationaux ont été confrontés à ces difficultés et les solutions retenues ne sont pas toujours exemptées de critiques[19].

23. Il faut cependant distinguer entre des différences de traitement qui peuvent être justifiées par la complexité des dossiers, la gravité des faits incriminés ou la dangerosité des criminels et des mesures ou des pratiques discriminatoires. Lorsque des personnes sont arrêtées, détenues et interrogées sur la base de

---

[17] Amnesty International a publié un document intitulé « Rights at risk. Amnesty International's concerns regarding security legislation and law enforcement measures », dans lequel elle fait état des pays qui ont adopté des lois renfermant des dispositions discriminatoires ou non conformes aux normes d'un procès équitable; elle cite entre autres : l'Égypte, Israël, la Chine, la Malaisie, la Turquie, le Royaume Uni, les États Unis, la Zambie, le Zimbabwe; elle cite également le projet de texte sur le mandat d'arrêt européen (AI-index : ACT 30/001/2002).

[18] La Haut-Commissaire aux droits de l'homme a confirmé cette tendance dans la déclaration introductive précitée : « Le 10 décembre 2001, à l'occasion de la Journée des droits de l'homme, 17 rapporteurs spéciaux et experts indépendants de la Commission des droits de l'homme ont exprimé leurs préoccupations devant les informations faisant état de violations des droits de l'homme et de mesures contre certains groupes tels que des défenseurs des droits de l'homme, des migrants, des demandeurs d'asile et des réfugiés, des membres de minorités religieuses et ethniques, des militants politiques et des journalistes. Il est impératif de veiller à ce que des innocents ne soient pas les victimes des mesures anti-terroristes ».

[19] Dans sa délibération n 6, le Groupe de travail sur la détention arbitraire s'est prononcé sur les circonstances et les conditions qui, devant un tribunal international, peuvent justifier le maintien en détention et la détention préventive prolongée des accusés de crimes graves. Pour asseoir sa jurisprudence, le Groupe de travail s'est inspiré des pratiques des juridictions nationales. Voir le rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire pour l'année 2000 (E/CN.4/2001/14, par. 12 à 33).

leur appartenance ethnique ou religieuse ou lorsqu'il est stipulé dans un dispositif juridique dérogeant aux règles de droit commun et offrant moins de garanties aux accusés qu'il ne sera appliqué qu'à des non-ressortissants, il est difficile de soutenir que ces normes ou que ces pratiques ne sont pas discriminatoires[20].

24. Si une étude sur la discrimination dans les systèmes de justice pénale est envisagée par la Sous-Commission, cette question mérite d'être approfondie pour préciser, s'agissant des crimes les plus graves, ce qui peut être considéré au regard du droit international comme des différences de traitement nécessaires pour une bonne administration de la justice en se référant notamment à leur application par les tribunaux pénaux internationaux, ainsi qu'aux critères de distinction retenus par les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme et leur application au niveau national. Ce travail peut également être traité dans le cadre d'une étude à part que la Sous-Commission pourrait confier à un de ses membres.

III. QUELQUES ÉLÉMENTS DU CADRE CONCEPTUEL POUR UNE ÉTUDE À ENVISAGER

25. Dans le document de travail établi à l'intention du Groupe de travail de session de la Sous-Commission sur l'administration de la justice, il a été souligné que l'intérêt d'une étude sur la discrimination dans le système de justice pénale ne peut se justifier que si celle-ci porte essentiellement sur l'analyse des mécanismes discriminatoires qui persistent dans les systèmes nationaux de justice pénale. Certaines pistes de recherche ont été identifiées et des axes ont été retenus pour servir de base à une étude sur la discrimination dans les systèmes de justice pénale.

26. Les axes sont les suivants :

a) L'insuffisance ou l'inefficacité de la protection contre la discrimination dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme et ses effets sur l'effectivité de l'exercice des garanties consacrées en matière de justice pénale;

b) Discriminations institutionnalisées dans certaines normes juridiques régionales et dans des conventions bilatérales de coopération en matière pénale. Ces discriminations ciblent particulièrement les non-ressortissants;

c) Discriminations passives ou actives qui revêtent plusieurs formes et dont certaines sont inscrites dans le corpus des lois pénales nationales, de fond et/ou de procédure;

d) Discriminations qui ne sont inscrites nulle part, mais qui sont inévitables en l'absence d'actions et de mesures positives en faveur de certaines personnes pour leur permettre d'exercer de façon effective leurs droits et de bénéficier réellement des garanties qui sont consacrées dans les normes juridiques.

---

[20] L'égalité entre ressortissants et non-ressortissants devant la loi et devant les tribunaux est consacrée dans plusieurs instruments de l'ONU. Dans l'Observation générale n° 15, le Comité des droits de l'homme précise que les étrangers bénéficient au même titre que les nationaux de l'égalité devant les tribunaux et du droit à ce que leur cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi. Ce principe est repris dans la Déclaration sur les victimes. Sur les droits des non-ressortissants, voir l'ouvrage publié par l'UNESCO en 2001 intitulé : *United to combat racism. Dedicated to the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance*. Ce document rappelle les droits consacrés par les normes internationales et régionales au profit des travailleurs migrants, des apatrides, des réfugiés et des demandeurs d'asile et met en exergue l'égalité devant les tribunaux entre ressortissants et non-ressortissants. Voir également le rapport préliminaire du Rapporteur spécial, David Weissbrodt, sur les droits des non-ressortissants (E.CN.4/Sub.2/2001/20 et Add.1).

e) Discriminations qui découlent de l'organisation et/ou du fonctionnement de l'administration de la justice pénale et du système carcéral, souvent insuffisamment dotés en moyens humains et matériels et inadaptés aux besoins des groupes et des personnes les plus vulnérables, du fait de la précarité de leur statut social;

f) Discriminations structurelles qui découlent du mode d'organisation et de fonctionnement des services de police, de la nature de leurs missions, de leurs rapports avec la justice et de l'absence ou de l'inefficacité des recours contre les abus de pouvoir;

g) Discriminations *de facto* ou comportementales qui traduisent des attitudes racistes, sexistes ou xénophobes véhiculant des préjugés ou des craintes ancestrales souvent injustifiées. Ces discriminations sont reproduites par les systèmes pénaux nationaux et par les politiques pénales avec des spécificités propres à chaque région ou à chaque pays.

Pour plus de détails voir E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.1, par. 41.

27. Dans leurs commentaires, les experts de la Sous-Commission ont proposé d'autres pistes de recherche et ont souhaité que dans le présent document on se penche entre autres sur les cas de discrimination dans la coopération inter-Etatique policière et judiciaire et sur les discriminations qui ciblent essentiellement les populations autochtones, les minorités, les étrangers, les victimes du crime organisé et les personnes démunies. Les développements qui suivent tenteront de prendre en compte ces recommandations.

A. La fragilité du statut des étrangers et les mécanismes discriminatoires dans la coopération inter-étatique en matière pénale

28. En matière de justice pénale, la coopération internationale, régionale et bilatérale sont des moyens efficaces que les Nations Unies encouragent pour lutter contre la criminalité transnationale et surtout pour combattre le terrorisme et le crime organisé[21] Cette coopération est aussi préconisée pour lutter contre la corruption, protéger les victimes les plus vulnérables[22], rapprocher les détenus de leurs familles et faciliter leur réinsertion sociale[23]. Cette coopération est consacrée dans un ensemble d'instruments juridiques notamment, dans les traités d'extradition, d'entraide policière et judiciaire, de

---

[21] Dans le cadre de la lutte anti-terroriste, la coopération inter-étatique n'est pas seulement encouragée, elle s'impose à tous les États. Dans la résolution°1373 (2001), qui est d'application immédiate, le Conseil de sécurité se dit préoccupé de la connexion entre le terrorisme international et le crime organisé, le trafic de drogue, le blanchiment d'argent, la contrebande de substances nucléaires, chimiques, biologiques et autres matériaux pouvant provoquer la mort et insiste sur la nécessité d'une coordination nationale, subrégionale, régionale et internationale pour répondre à ces menaces qui pèsent sur la sécurité internationale. Le Conseil de sécurité appelle tous les États à appliquer les mesures adoptées et menace de sanctions ceux qui refuseraient de coopérer.

[22] Plusieurs instruments internationaux contraignants appellent les États à renforcer la coopération pour assurer la protection des droits de certaines victimes vulnérables dont les femmes, les enfants et les migrants. Il s'agit notamment du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants; de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et de ses deux protocoles additionnels, celui visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et celui contre le trafic illicite des migrants. Ces instruments ont été adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies et devraient en principe entrer en vigueur dans le courant de l'année 2002.

[23] Voir les traités types sur la coopération internationale en matière pénale, notamment ceux portant sur le transfert des poursuites pénales et sur le transfert de la surveillance des délinquants bénéficiant d'un sursis à l'exécution de la peine ou d'une libération conditionnelle et l'Accord type portant sur le transfert des prisonniers étrangers. *Recueil des règles et normes de l'Organisation des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.92.IV.1 et rectificatif).

transfert de procédures, d'exécution de jugements et de transfert de prisonniers étrangers[24]. Ce cadre juridique doit en principe, être conforme aux normes du droit international qui interdisent la discrimination.

29. Malheureusement, ce principe fondamental n'est pas toujours respecté. Les États fondent leur coopération judiciaire et policière sur la préférence nationale et la protection de leurs intérêts, ils se préoccupent principalement de l'aspect sécuritaire, qui souvent, prime les droits fondamentaux de certains groupes évalués comme potentiellement dangereux ou indésirables. A l'heure actuelle, Ce sont surtout les étrangers qui du fait de leur extranéité sont soit exclus de l'application de certains traités de coopération régionale ou bilatérale, soit victimes de discriminations directes ou indirectes découlant de l'application de certains accords de coopération notamment policière.

30. L'exclusion des étrangers des avantages que procurent certaines formes de coopération est institutionnalisée dans des conventions multilatérales et bilatérales relatives au transfert des prisonniers étrangers. Dans la grande majorité de ces accords et, contrairement aux recommandations des Nations Unies, le transfèrement des prisonniers est circonscrit aux ressortissants des États contractants, privant les étrangers résidant dans ces États de demander leur transfert vers le pays où ils ont établi leur résidence habituelle[25].

31. Pourtant cette forme de coopération est préconisée pour ne pas rompre les liens familiaux et sociaux du condamné avec son milieu, faciliter sa réinsertion sociale, considérée comme un des objectifs de la sanction pénale[26], pratiquement impossible à réaliser dans un milieu qui n'est pas le sien. Elle est également souhaitée et encouragée afin d'éviter des inégalités de traitement qui privent les détenus étrangers des mesures d'individualisation comme la libération anticipée, les congés pénitentiaires et les sorties spéciales allongeant différentiellement leur temps d'emprisonnement[27].

32. Cette différence de traitement fondée sur la nationalité est aggravée par la précarité du statut des non-ressortissants dans les normes nationales et dans les systèmes régionaux de protection des droits de

---

[24] Parmi les systèmes de coopération régionale en matière pénale et carcérale, le système européen est de loin le plus performant; il s'appuie sur un ensemble considérable d'instruments juridiques, qui, en matière pénale, assure une coopération inter-étatique très élaborée et efficace, notamment au sein de l'Union européenne, pour lutter contre la criminalité, protéger les droits des victimes, améliorer les conditions de détention et encourager la réinsertion sociale des délinquants. Voir Daniel Fontanaud, *La coopération judiciaire en Europe*, Documentation française n° 786, 20 juin 1997.

[25] L'article 1 de l'Accord type relatif au transfert des prisonniers étrangers, adopté par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, stipule : « Pour contribuer à la réinsertion sociale des délinquants, il convient de faciliter le retour des personnes reconnues coupables d'une infraction pénale à l'étranger dans le pays dont elles sont ressortissantes *ou dans leur pays de résidence*, afin qu'elles purgent leur peine au plus vite. Pour ce faire, la coopération entre États doit être portée au maximum. » Cette recommandation n'a été concrétisée que partiellement dans les traités relatifs au transfert des prisonniers étrangers, qu'il s'agisse de traités multilatéraux ou bilatéraux, le critère retenu est celui de l'appartenance nationale, les étrangers qui ont établi leur résidence habituelle dans les États parties à ces traités en sont exclus. Voir la Convention européenne du 21 mai 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées; voir également les conventions bilatérales entre les États Unis d'Amérique et plusieurs pays, entre l'Espagne, le Portugal et certains pays de l'Amérique latine, entre la France et plusieurs États africains, etc.

[26] L'article 10, paragraphe3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques stipule : le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social.

[27] Cette différence de traitement est contraire à l'Ensemble des règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus qui insiste sur la réinsertion sociale et interdit la discrimination dans le traitement des détenus.

l'homme, et se traduit dans la pratique par la privation systématique des détenus étrangers de toutes les mesures de réadaptation et de resocialisation.

33. En effet, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne protège pas les étrangers, même établis régulièrement dans un État européen, contre les expulsions. L'article premier du protocole additionnel n° 47 reconnaît aux États membres le droit d'expulser les étrangers ou de les reconduire à la frontière, en exécution d'une décision prise conformément à la loi. Cette disposition figure également dans la Convention américaine des droits de l'homme (art. 22, par.6) et dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art.12, par.4.) En application de ce droit reconnu aux États, les juridictions nationales ont souvent considéré des expulsions, consécutives à une condamnation pénale pour des faits plus ou moins graves, imputés à des étrangers même régulièrement établis, comme des mesures nécessaires à la défense de l'ordre public et donc prises conformément à la loi[28].

34. L'expulsion consécutive à une condamnation pénale est une pratique courante même à l'égard des étrangers ayant des liens familiaux très forts dans le pays où ils sont régulièrement établis, leur imposant une double peine lorsqu'ils sont reconnus coupables d'infractions, puisque après avoir purgé leur peine d'emprisonnement, ils sont généralement expulsés vers leur pays d'origine, alors même que les liens familiaux, sociaux et parfois culturels, avec ce pays n'existent plus, ou n'ont jamais existé. Les juridictions nationales considèrent que l'expulsion d'un étranger est une mesure de police et ne revêt pas le caractère d'une sanction pénale. Dans le contexte européen, il est fait une distinction entre étrangers européens et étrangers non européens, seuls ces derniers sont exposés au risque de se voir imposer une telle mesure[29].

35. L'expulsion consécutive à une condamnation pénale peut ne pas être considérée en soi comme une discrimination si elle n'entraîne pas des inégalités de traitement qui privent les étrangers de certains droits ou qui portent atteinte à des droits reconnus à toute personne sans distinction. En effet, et étant éligibles à une mesure d'expulsion, les étrangers détenus sont systématiquement maintenus en détention préventive jusqu'à leur jugement et une fois jugés ils sont privés de toutes les mesures tendant à leur réinsertion sociale.

36. Dans le cadre de la construction de groupements régionaux d'intégration, les droits des ressortissants de ces groupements se renforcent et la coopération judiciaire et policière pour les protéger se développe, mais en générant de nouvelles formes de discrimination à l'égard des non ressortissants même régulièrement établis dans ces pays[30]. Dans ces espaces, c'est surtout à travers la coopération policière que

---

[28] Voir à ce propos M. Fabre et A. Gouron-Mazel, *Convention européenne des droits de l'homme. Application par le juge français 10 ans de jurisprudence*. Edition LITEC, 1998, p. 158 à 190. Dans beaucoup de pays c'est la loi qui prévoit expressément l'expulsion automatique des étrangers même régulièrement établis, lorsqu'ils sont condamnés à une peine privative de liberté. Après avoir purgé leur peine et s'il se trouve des difficultés pour les déporter, les étrangers même mineurs sont maintenus en détention.

[29] La Cour européenne des droits de l'homme, appliquant la théorie dite par « ricochet » pour les droits non reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, et notamment pour ce qui est des expulsions, conduites aux frontières et extraditions des étrangers non européens, a tenté dans sa jurisprudence de combler les lacunes de la Convention, en imposant aux États membres un certain nombre de limites qui tiennent compte des risques encourus par les personnes concernées, des liens avec le pays où elles sont établies et des atteintes au respect de la vie privée et familiale. Pour conclure à l'existence d'une violation, les juges de Strasbourg se réfèrent, selon le cas, soit aux dispositions des instruments européens, soit à des normes du droit international, mais avec cette finalité : la Convention européenne doit « s'interpréter de façon à garantir des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoires. »; voir Jean Pradel et Geert Corstens, *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 1999, p. 286-289.

[30] C'est ainsi que l'article 3 de la Convention européenne du 24 novembre 1983, relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes, exclut les victimes non européennes du dédommagement tel que prévu par cet accord en stipulant que « l'État d'infraction assure une indemnisation aux ressortissants de tous les États membres du Conseil de l'Europe… ». Il faut cependant préciser que la référence aux instruments de la coopération judiciaire et policière du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne ne signifie malheureusement pas que les exclusions et les

les exclusions et les pratiques discriminatoires à l'égard des étrangers sont les plus fréquentes[31]. L'émigration clandestine et les séjours irréguliers, notamment dans les pays qui connaissent un flux migratoire important, sont de plus en plus assimilés à des comportements criminels qui mobilisent la coopération entre les polices et les services d'immigration.[32]

37. Les discriminations découlant de la coopération inter-étatique en matière pénale ne sont pas les seules dont souffrent les étrangers, les discriminations les plus criantes se retrouvent dans les lois nationales, auxquelles s'ajoutent des discriminations de fait ou comportementales[33]. Stigmatisées et fragilisées du fait de leur extranéité, ces populations sont souvent soumises à un traitement inégal qui porte atteinte à leurs droits et qui facilite leur exploitation par les organisations criminelles.

38. En effet, si la lutte contre le crime transnational organisé mobilise la coopération judiciaire et policière, cette coopération ignore souvent les droits des victimes de cette criminalité. C'est ainsi que des victimes du trafic à des fins d'exploitation sexuelle, du travail forcé ou clandestin ou des réseaux de narcotrafiquants sont désignées comme populations potentiellement dangereuses, qu'il faut rapidement déporter ou reconduire aux frontières. Ces personnes sont souvent maintenues en détention en attendant leur expulsion, leurs doléances pour dénoncer les violations dont elles ont été victimes, durant leur séjour, sont rarement entendues et même lorsque des poursuites judiciaires sont engagées contre les auteurs des violations, les chances de les voir aboutir sont minimes[34].

39. Parmi les victimes les plus vulnérables du crime organisé, les femmes étrangères sont les plus lésées; elles subissent en effet une triple discrimination : en tant que femmes, elles sont discriminées au sein de leur propre groupe, en tant que victimes de la traite, elles sont discriminées dans la société et par la justice[35] et en tant qu'étrangères en situation irrégulière, elles sont particulièrement vulnérables parce

---

discriminations signalées se limitent à cet espace. Les mêmes préoccupations et les mêmes restrictions se retrouvent dans la plupart des accords de coopération régionale, notamment lorsque les pays contractants connaissent un flux migratoire important. Des exclusions, des différences de traitements inéquitables qui privent les étrangers de certains droits reconnus à toutes les personnes sans distinction aucune et qui parfois les exposent à des traitements inhumains et dégradants, sont constatées par les mécanismes onusiens de surveillance des droits de l'homme dans les pays du Golfe, aux États-Unis, au Japon, en Corée, en Australie, au Canada et dans les pays du Sud qui servent de transit ou accueillent des populations déplacées et des réfugiés fuyant les guerres et les persécutions. Voir notamment les observations finales formulées par les organes de traités, à l'occasion de l'examen des rapports périodiques des États membres.

[31] Voir *La justice pénale et l'Europe*, sous la direction de F. Tulkens et H.D. Bosley, Bruxelles, Bruylant, 1996, et notamment F. Brion, « Les menaces d'une forteresse citoyenneté, crime et discrimination dans la construction de l'Union européenne », p. 253, et N. Busch, « Les fichiers automatisés », p. 135. Edition Bruyant Bruxelles, 1996.

[32] Le Protocole additionnel contre le trafic illicite des migrants stipule clairement que les victimes du trafic illicite des migrants sont des victimes et ne doivent pas être poursuivies pénalement, alors que dans certains pays l'immigration clandestine constitue une infraction à la loi pénale.

[33] Voir le chapitre II de l'étude précitée du juge Abou Sayeed Chowdhoury (E/CN.4/Sub.2/1982/7).

[34] Voir Theo van Boven, « Problèmes communs à l'ensemble des procédures de recours ouvertes aux victimes de la discrimination raciale », p. 8. (HR/GVA/WCR/SEM.1/2000/BP.5). Ce document a été présenté dans le cadre de la préparation des travaux de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée.

[35] Non seulement la justice n'est pas outillée pour faire face à ce type de criminalité, mais elle reproduit les stéréotypes concernant la *provocation* ou la *responsabilité* des victimes dans les agressions sexuelles et l'exploitation de la prostitution. Les systèmes de justice pénale, d'une façon générale, appréhendent mal ou ignorent la victimisation des femmes, du fait de la dimension historique de la violence qui leur est infligée et de la perception sociologique et psychologique erronée qui ne reconnaît pas toujours le caractère criminel de certaines violences faites aux femmes. A propos de la violence subie par les femmes, voir les différents rapports de la Rapporteuse spéciale chargée de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, et le rapport intitulé « Discrimination contre les migrants et les migrantes : recherche de solutions », soumis par la Rapporteuse

qu'elles risquent l'expulsion et la détention utilisée comme « moyen de protection »[36]. Aux mains des trafiquants et des proxénètes, ces victimes subissent diverses formes de mauvais traitements tels que harcèlement, viols et agressions sans oublier les restrictions à leur liberté. Elles sont fréquemment traitées par les autorités des pays dans lesquels elles sont emmenées comme des délinquantes. Lorsqu'elles sont en situation irrégulière dans le pays d'accueil et qu'elles appréhendent leur retour dans leur pays d'origine, le risque d'être expulsées les confine dans le silence et assure l'impunité aux criminels. Le nombre insignifiant de procès intentés aux auteurs de la traite est édifiant, comparé à la réalité du phénomène.

40. En ce qui concerne la déportation et la reconduction aux frontières des personnes qui se trouvent de façon irrégulière sur le territoire d'un pays étranger, les normes internationales ne les protégent que contre leur expulsion dans un pays où elles risquent de subir des traitements inhumains ou dégradants, ou bien lorsque dans ledit pays leur droit à la vie est réellement menacé. Cependant, et s'agissant du recours systématique ou obligatoire à la détention des immigrants en situation irrégulière ou des réfugiés et demandeurs d'asile, plusieurs mécanismes des Nations Unies se sont prononcés contre cette pratique[37].

41. Pendant leur séjour, ces personnes particulièrement vulnérables sont souvent victimes de violations des droits de l'homme tels les cas de travailleurs introduits clandestinement et exploités en violation des

---

spéciale sur les droits de l'homme des migrants, dans le cadre de la préparation de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée. (A/CONF.189/PC.1/19).

[36] Cette pratique parfois utilisée contre la volonté des victimes, a été dénoncée par M^me^ Radhika Coomaraswamy, Rapporteuse spéciale chargée de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences (E/CN.4/2001/73/Add.2), et M^me^ Gabriela Rodriguez Pizarro, Rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme des migrants (E/CN.4/2000/82 et E/CN.4/2002/94) dans leurs rapports respectifs à la Commission des droits de l'homme. Elles ont également saisi le Groupe de travail sur la détention arbitraire pour lui demander de se pencher sur cette question qu'elles ont constatée dans les territoires et pays visités dans le cadre de leur mandat respectif. Dans son rapport présenté à la cinquante-huitième session de la Commission des droits de l'homme, le Groupe de travail a demandé que le recours à la privation de liberté pour protéger les victimes soit reconsidéré et qu'il soit supervisé par une autorité judiciaire et qu'en tout état de cause il ne doit être utilisé que comme ultime recours et lorsque les victimes elles-mêmes le souhaitent (E/CN.4/2002/77).

[37] Le Groupe de travail sur la détention arbitraire s'est penché sur la rétention administrative des étrangers immigrants, demandeurs d'asile et réfugiés dans ses rapports annuels pour 1999 et 2000 et a précisé leurs droits dans sa délibération n° 5 (E/CN.4/1999/63, E/CN.4/1999/63/Add.3 et Add.4 et E/CN.4/2001/14). S'agissant du recours à la détention obligatoire des migrants en situation irrégulière, le Comité des droits de l'homme a précisé sa position à l'occasion de l'examen du rapport périodique de l'Australie (CCPR/AUS/98/3 et 4.) Dans ses observations finales du 28 juillet 2000, Le Comité considère que : « la mise en détention obligatoire, en vertu de la loi sur les migrations, des "non-citoyens en situation irrégulière", y compris des demandeurs d'asile, soulève la question du respect des dispositions du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte, qui stipule que nul ne peut faire l'objet d'une détention arbitraire. Le Comité note avec préoccupation que l'État partie a pour politique, dans le contexte de cette mise en détention obligatoire, de ne pas informer les détenus de leur droit de demander une assistance juridique et de ne pas autoriser les organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme à se rendre auprès des détenus pour les informer de ce droit. Le Comité prie instamment l'État partie de reconsidérer sa politique de mise en détention obligatoire des "non-citoyens en situation irrégulière", et d'adopter d'autres méthodes pour assurer un processus d'immigration ordonné. Le Comité recommande que l'État partie informe tous les détenus des droits que leur reconnaît la loi, y compris leur droit de solliciter l'aide d'un conseil. » L'Australie n'est pas le seul pays à appliquer la mise en détention obligatoire, d'autres pays la pratiquent et notamment depuis le 11 septembre 2001.

normes internationales, de personnes soumises à la prostitution forcée ou celles ayant subi des traitements inhumains ou dégradants dans les locaux de la police ou dans les centres de détention provisoires qui leur sont réservés[38].

42. Pour ces personnes et même lorsque des poursuites judiciaires sont engagées, les pays d'accueil – souvent préoccupés par des considérations sécuritaires ou de politique intérieure – leur refusent en général, le droit de rester dans le pays en attendant le jugement des auteurs des violations. Ce refus les prive de facto, d'un droit reconnu à toutes les victimes, celui d'assister au procès et de demander réparation. Cette absence forcée des victimes profite aux auteurs des violations, qui souvent échappent à la condamnation, puisque après une mesure d'expulsion ces personnes ne sont plus admises dans ce pays et même si elles le peuvent, elles sont souvent dépourvues de moyens leur permettant de revenir pour assister au procès ou de se faire représenter par un avocat[39].

43. Ces quelques exemples de discriminations directes ou indirectes imputables soit à la fragilité de la protection des étrangers soit à la coopération inter-étatique en matière pénale, ne sont pas les seules discriminations que les étrangers subissent. En tant que groupe particulièrement vulnérable, les non-ressortissants, sont confrontés à d'autres formes de discrimination qu'ils partagent souvent avec d'autres populations vulnérables ou infériorisées. Ces discriminations sont intrinsèquement liées à des situations structurelles d'injustice et d'infériorisation. Les systèmes nationaux de justice pénale reproduisent les préjugés et les stéréotypes de la société et sont dans beaucoup de pays conçus par les groupes dominants et donc souvent inadaptés aux besoins des groupes dominés ou infériorisés.

---

[38] Dans les locaux de la police et dans les centres de détention, les immigrants clandestins sont particulièrement exposés à la haine raciale et à la xénophobie. En novembre 2000, l'Afrique du Sud a été bouleversée par une cassette vidéo que la South African Broadcasting Corporation a diffusée; Newsweek (20 novembre 2000) reproduit son contenu dans un article intitulé : « Sauvagerie sur cassette ». « L'enregistrement est brutal et cru. Une voix off annonce une cassette vidéo sur le dressage de chiens. Puis on voit six policiers lancer leurs bergers allemands sur trois Noirs sans défense. Attaqués par ces chiens qui les mordent furieusement aux pieds, aux jambes et au visage, les hommes hurlent de peur et demandent grâce, ce à quoi les flics répondent en leur assenant des coups de poing et des coups de pied, tout en proférant des insultes racistes. Vers la fin de la cassette vidéo éditée qui dure 14 minutes, un policier sort son revolver et fait mine d'abattre l'un des hommes. Un autre jette des pièces sur une des victimes, qui tremble de frayeur. Selon toute apparence, les policiers divertissaient leurs amis en leur montrant la cassette autour d'un barbecue. Les victimes, vraisemblablement des immigrés illégaux du Mozambique, étaient des cibles faciles. » Il faut souligner à ce propos que des sources crédibles affirment que la discrimination crée un climat propice à la pratique de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Voir la compilation 2001-2002 présentée par l'Organisation mondiale contre la torture pour les travaux de la Conférence mondiale de Durban et le rapport annuel du Rapporteur spécial sur la question de la torture présenté à la cinquante-septième session de la Commission des droits de l'homme (E/CN.4/2001/66, par.4 à 11).

[39] La Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir adoptée par l'Assemblé générale des Nations Unies dans sa résolution 40/34 du 29 novembre 1985 garantit à la victime le droit d'être présente au procès, d'être assistée pour se défendre, d'être informée du déroulement de la procédure et de participer au processus de prise de décision. Voir également le rapport de M. Chérif Bassiouni comportant la version révisée des principes et directives fondamentaux élaborés par M. Théo van Boven sur le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes des violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales (E/CN.4/2000/62.) Dans la résolution 2002/58 sur la violence à l'égard des travailleuses migrantes, adoptée à la cinquante-huitième session de la Commission des droits de l'homme, il est demandé aux États de fournir dans la mesure du possible aux victimes de la violence l'assistance juridique et consulaire, de prendre des mesures qui leur permettent d'être présentes au procès et de veiller à ce que leur retour dans leur pays d'origine s'effectue de manière digne.

B. L'inadaptation des systèmes nationaux de justice pénale aux besoins des populations vulnérables

44. Le crime est un motif souvent utilisé pour justifier la ghettoïsation, la marginalisation ou l'exclusion des catégories les plus vulnérables de la société, ceux-là mêmes dont les droits pendant des siècles étaient réduits, dans la cité et/ou dans la famille, à des non-droits ou à des moindre-droits. Il s'agit des femmes, des enfants, des minorités, des autochtones, des étrangers et de toutes les franges de la société qui, pour une raison ou une autre, sont stigmatisées; comme souvent, et pour des raisons objectives, le taux de délinquance dans ces milieux est généralement élevé, l'argument criminel et les statistiques pénales sont brandis pour justifier l'exclusion et la discrimination.

45. Ce raccourci occulte une réalité qui n'est plus à démonter, celle de la corrélation entre le comportement criminel et la situation socio-économique défavorisée, qui caractérise particulièrement les travailleurs migrants et leurs familles, certaines minorités nationales et les populations autochtones[40]. Pour ces deux dernières catégories, le contexte historique n'est pas non plus étranger au taux de criminalité et de victimisation démesurément élevés comparativement à la proportion de ces groupes dans la société[41]. Les politiques d'extermination, d'exclusion ou d'assimilation forcée, imposées par les groupes dominants à ces communautés, ont engendré des désordres et provoqué la dislocation des systèmes de valeurs qui maintenaient la cohésion en leur sein, valeurs souvent différentes de celles qu'on cherche à leur imposer et qu'ils ont du mal à assimiler[42].

46. Des spécialistes affirment que les délinquants appartenant à des catégories sociales marginalisées dans la société rejettent le système de justice pénale, qualifié à tort ou à raison d'injuste, ce qui se traduit par la justification du passage à l'acte dont la responsabilité est rejetée sur la société et par la

---

[40] Dans une étude sur l'administration de la justice des mineurs fondée sur les observations finales du Comité des droits de l'enfant pour la période 1993-2000 intitulée « Juvenile justice : The Unwanted Child of State Responsibilitiy », Bruce Abramson écrit : « Comme le Comité l'a parfois fait observer, parmi les personnes placées dans des installations de détention ou appréhendées par la police, on trouve souvent une proportion excessive de membres des groupes défavorisés ou minoritaires. Cela a des incidences diverses sur la réforme. D'une part, les groupes marginalisés sont ceux qui sont le moins à même d'influencer la réforme; d'autre part, quand il y a des tensions entre groupes sociaux, les risques d'abus de pouvoir par les individus – qu'il s'agisse des policiers, du personnel d'établissements fermés, des juges ou des élus – sont plus grands. Enfin, nous ne pouvons pas progresser véritablement dans la prévention de la délinquance des mineurs si les États ne s'engagent pas résolument à s'attaquer aux injustices qui sont à l'origine de la sur-représentation des membres des groupes défavorisés et minoritaires dans les prisons.

[41] Tous les mécanismes de surveillance ou de protection des droits de l'homme dénoncent le taux anormalement élevé de la victimisation et de la détention des afro-américains, des aborigènes, des Dalits, des Roms, des enfants d'autochtones et de travailleurs migrants et d'autres communautés stigmatisées par des injustices structurelles et ancestrales dans plusieurs régions du monde. Dans la résolution 2002/77 de la Commission des droits de l'homme adoptée à sa cinquante-huitième session et intitulée : « Question de la peine de mort », la Commission note que dans certains pays des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques semblent être l'objet de sentences de mort en nombre disproportionné.

[42] L'Association canadienne de justice pénale écrit à propos des autochtones: « Beaucoup d'études de rapports et d'enquêtes sur l'administration de la justice réalisés au Canada au cours des trente dernières années, ainsi que des données statistiques de plus en plus nombreuses, démontrent que les Autochtones ont des taux de criminalité et de victimisation démesurément élevés, sont surreprésentés dans le système judiciaire et le système correctionnel et surtout se sentent désavantagés par un système de justice qui leur est étranger et inaccessible... Le système de justice ne distribue pas de brochures, d'affiches d'information en langue autochtones et les individus qui ne parlent qu'une langue autochtone ne peuvent pas être choisis comme jurés. S'agissant de la personne qui sert d'interprète pour le délinquant, il arrive qu'elle ne soit pas spécialement formée pour cette tâche et ne connaît pas très bien les notions de droit. » Voir le Bulletin publié le 15 mai 2000 intitulé : « Les autochtones et le système de justice pénale.»

déculpabilisation qui favorise l'augmentation du taux de récidive, notamment chez les jeunes issus de ces groupes. Erica-Irene Daes, présidente du Groupe de travail de la Sous-Commission sur les populations autochtones, confirme que souvent les autochtones contestent le système judiciaire. Il n'en demeure pas moins vrai que pour certains groupes défavorisés, le système de justice pénale en vigueur dans les pays d'accueil ou même dans leur propre pays, n'est adapté ni à leurs problèmes ni à leurs besoins, il leur est souvent inaccessible, perpétuant l'exclusion et faisant parfois preuve de discrimination flagrante[43].

47. Ces problèmes connus et souvent invoqués pour expliquer le taux de plus en plus élevé de la criminalité dans ces milieux ne sont malheureusement pas pris en considération pour initier des politiques adaptées de prévention de la criminalité et de réinsertion sociale au profit des délinquants récupérables. La prévention et la réinsertion demandent la mobilisation de moyens que ni les hommes politiques ni la société ne sont disposés à mettre en œuvre. Alors, pour donner l'impression que l'on prend en charge les préoccupations légitimes des citoyens confrontés à une criminalité de plus en plus sophistiquée et organisée, on opte pour l'enfermement et le durcissement de la répression[44].

48. Cette réalité, l'ONG internationale, Penal Reform International la décrit en ces termes à la page 6 de son rapport annuel publié en 2000 : « Dans de nombreux pays, la proportion de membres des minorités ethniques est plus forte en prison que dans la population en général. Des études ont montré que cette situation résulte fréquemment d'une discrimination raciale, que ce soit dans la police ou dans les tribunaux, et que la discrimination à l'égard des minorités ethniques s'exerce également dans les prisons. Dans certains pays, un nombre important d'étrangers se trouvant en prison ne maîtrisent pas la langue nationale et n'ont, par conséquent, pas accès à l'information indispensable à leur défense et à d'autres problèmes liés à l'incarcération[45]. Les malades mentaux ont des problèmes particuliers et sont souvent

---

[43] Dans la onzième édition (2002) de la publication « Attacks on Justice », consacrée à l'étude des systèmes judiciaires dans 47 pays, le Centre pour l'indépendance des juges et des avocats (CIJL,) précise, en s'appuyant sur les travaux de la présidente du Groupe de travail sur les populations autochtones, les discriminations subies par les populations autochtones dans l'administration de la justice au Mexique : « Les problèmes de langue des personnes qui ne parlent pas l'espagnol et le manque d'interprètes sont parmi les problèmes les plus graves qui se posent aux populations autochtones dans l'administration de la justice. » (p.368 et 369.

[44] Dans le rapport annuel pour l'année 1999, l'ONG Penal Reform International écrit : « La réduction des programmes sociaux et le fort taux de chômage résultant d'une détérioration de l'économie, ont alimenté la criminalité et la violence, deux problèmes sérieux dans les Caraïbes. Les gouvernements de la région subissent par conséquent de fortes pressions de la part d'une population qui demande que la criminalité violente soit sévèrement punie. Certains procureurs généraux sont favorables à la peine de mort et la région tout entière souffre de prisons terriblement surpeuplées et d'une approche peu éclairée en matière de condamnation. Les détenus sont pour la plupart des jeunes primo-délinquants condamnés pour de petits délits, en particulier des infractions mineures à la législation sur les stupéfiants. »

[45] Voir les rapports annuels de Gabriela Rodriguez Pizarro, Rapporteuse spécial de la Commission des droits de l'homme sur les droits de l'homme des migrants. Dans son rapport sur la visite effectuée en 2001 en Equateur, la Rapporteuse spéciale écrit à la page 4 : « Dans les institutions pénitentiaires, la Rapporteuse spéciale a pris note avec préoccupation de la situation de nombreux étrangers ne bénéficiant pas de la protection consulaire de leur pays. On lui a signalé des cas d'individus – originaires en majorité de pays d'Afrique, d'Europe de l'Est et d'Asie – ne parlant ni espagnol ni anglais et mis en accusation sans même pouvoir communiquer avec leurs défenseurs faute d'interprètes. La Rapporteuse spéciale a également rencontré des étrangers condamnés pour des délits de droits communs qui lui ont affirmé avoir purgé leur peine mais être maintenus en détention parce que dépourvus de documents ou de l'argent nécessaire pour leur voyage de retour. » (E/CN.4/2002/94/Add.1). Le Groupe de travail sur la détention arbitraire a fait le même constat à l'occasion de sa visite à Bahreïn : « Lors des entretiens avec les prisonniers, la délégation a constaté que le nombre d'étrangers purgeant des peines d'emprisonnement est très important. Beaucoup d'entre eux, qui ne parlent ni l'arabe ni l'anglais, ont été pourtant condamnés sans l'assistance d'un avocat. Certains sont emprisonnés pour des infractions qui leur sont imputées par leurs employeurs, infractions qui, pour certaines, semblent relever du contentieux du droit du travail. Ils sont autorisés à faire appel à leur consulat, mais dans la pratique, ils ne reçoivent ni assistance ni visite. » (E/CN.4/2002/77/Add.2, par. 94).

emprisonnés alors qu'ils devraient être soignés à l'hôpital. Bien souvent, des enfants en difficultés avec la loi sont placés en détention et durement traités, au mépris des normes internationales conçues pour garantir et promouvoir les droits de l'enfant… Dans la plupart des pays, les femmes constituent moins de cinq pour cent de la population carcérale. Parce qu'elles sont une minorité, leurs besoins ne sont pas toujours pris en compte. Elles sont souvent incarcérées loin de chez elles, ce qui ne fait que détériorer encore plus les relations familiales. »

49. Dans les pays en développement – et même si dans certains d'entre eux la volonté pour lutter efficacement contre la criminalité qui est souvent une criminalité de misère peut exister –, les moyens font cruellement défaut, alors la seule réponse qui reste est l'enfermement systématique et souvent dans des conditions inacceptables[46]. Dans la plupart de ces pays, les prisons sont surpeuplées et la justice démunie est incapable de garantir un procès équitable à des accusés pauvres ne disposant pas de moyens leur permettant de « s'offrir » une défense de qualité ou une défense tout cours. L'assistance judiciaire se limite dans le meilleur des cas et dans les affaires les plus graves à la désignation d'office d'un avocat pour assister l'accusé le jour du procès[47].

50. Les personnes appartenant aux catégories sociales démunies, souvent surreprésentées dans la justice pénale, sont confrontées à d'autres formes de discrimination découlant de leur insolvabilité. C'est ainsi que faute de pouvoir réunir les sommes exigées pour la libération sous caution, elles demeurent en détention provisoire jusqu'à leur jugement. Dans certains pays, les détenus insolvables qui sont dans l'incapacité de payer l'amende pénale à laquelle ils ont été condamnés sont maintenus en détention en application de la contrainte par corps. Certains systèmes autorisent, en violation de l'article 11 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques – pour ceux qui l'ont ratifié –, les détentions pour dette privée[48].

51. Dans sa résolution 56/161, adoptée le 19 décembre 2001, sur les droits de l'homme dans l'administration de la justice, l'Assemblée générale des Nations Unies : « Lance un appel aux gouvernements pour qu'ils incluent l'administration de la justice dans leurs plans nationaux de développement, en tant que partie intégrante du processus de développement et qu'ils allouent des ressources suffisantes pour la prestations de service d'aide juridique en vue de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et invite la communauté internationale à répondre favorablement aux demandes

---

[46] *The Economist* du 11 au 17 novembre 2000 (p. 81) décrit dans un article intitulé "In the House of Horror" les conditions dans lesquels sont détenus des prisonniers vulnérables dans une prison de Sao Paulo : « Les autres prisonniers et les gardiens les appellent « amarillos » (les jaunes). C'est parce qu'ils ont le teint jaune après avoir passé autant de temps entassés à 10 dans une cellule meublée sommairement, prévue pour une ou deux personnes. L'air n'y pénètre pratiquement pas, le soleil encore moins. Les jaunes sont enfermés dans ce qui est « une prison dans la prison », dans un long couloir du pavillon Cinq de la prison géante Carandiru de Sao Paulo. La plupart des jaunes... sont trop pauvres pour s'acheter une cellule convenable sur le « marché noir » géré, dans les parties les moins lugubres de la prison, par les internes et, à ce qu'on dit, par les geôliers. »

[47] Le Groupe de travail sur la détention arbitraire a constaté dans son rapport sur la visite effectuée à Bahreïn en octobre 2001 que : « Dans la pratique et d'après les informations recueillies auprès de nombreux actuels ou anciens détenus et de certains avocats, l'assistance d'un avocat n'est pas autorisée pendant la garde à vue, même si aucun texte ne l'interdit. En général, c'est au moment de la présentation devant le juge que l'avocat est constitué par la famille. Pour les personnes démunies, la constitution d'un avocat d'office n'est accordée qu'en matière criminelle et lorsque l'affaire est portée devant la cour [...]. Dans la mesure où toute la procédure d'instruction est du ressort de la police, elle se déroule (même en matière criminelle), sans avocat et la désignation d'office pour assister l'accusé n'intervient que le jour du procès. D'après les récits concordants de détenus et d'anciens détenus, l'avocat désigné d'office se contente souvent d'un seul entretien avec son client et assure sa défense le jour même. » (E/CN.4/2002/77/Add.2, par. 65).

[48] *Ibid.*, par. 92 et 93.

d'assistances financières et techniques pour l'amélioration et le renforcement de l'administration de la justice. »

52. La discrimination à l'égard des personnes appartenant à des populations démunies revêt plusieurs formes : elle peut être expresse[49] comme elle peut être passive[50]; parfois, c'est au niveau de l'application d'une loi qui s'adresse à tous que son caractère discriminatoire se révèle[51].

IV. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.

53. Le présent document n'a abordé que quelques aspects d'un phénomène complexe qui prend de l'ampleur et que tous les mécanismes des Nations Unies, chacun dans les limites de son mandat, dénoncent régulièrement. Au stade actuel l'objectif recherché s'est limité à prendre en charge certaines recommandations formulées dans les commentaires des membres de la Sous-Commission lors de la présentation du document de travail préparé à l'intention du Groupe de session sur l'administration de la justice.

54. En abordant le sujet, certaines carences ou insuffisances qui entretiennent la discrimination dans l'administration de la justice pénale ont été traitées, mais nous avons surtout tenté d'évacuer les discriminations périphériques qui ne sont pas directement imputables à l'administration de la justice pénale, mais que celle ci applique ou reproduit passivement ou activement. Cette démarche permet, si une étude sur la discrimination dans le système de justice pénale est envisagée par la Sous-Commission, de concentrer les travaux futurs sur le processus pénal et sur l'organisation et le fonctionnement des services de police et de l'administration judiciaire et pénitentiaire afin de déceler et d'identifier les mécanismes discriminatoires et la discrimination de jure dans les règles de fond et/ou de procédure et de formuler des recommandations utiles. La Sous-Commission peut apporter une contribution qualitative pour faire avancer le débat initié par d'autres mécanismes des Nations Unies, sur la nécessité de réformer le système de justice pénale pour assurer son efficacité sans sacrifier l'équité[52]. Et comme il a été précisé plus haut, il est également attendu de la Sous-Commission d'apporter sa contribution à la mise en œuvre du Programme d'action de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée.

---

[49] Il arrive que la loi exige une caution de la victime qui veut déposer plainte avec constitution de partie civile. Dans quelques législations (France, Espagne, Belgique et droits arabes), la victime peut agir par voie d'action, c'est à dire qu'elle peut palier l'inaction ou la carence du parquet et mettre en mouvement l'action publique, mais il lui est demandé d'avancer une caution.

[50] La discrimination passive revêt plusieurs formes : prévoir des droits et ne pas préciser les procédures pour les faire appliquer, ne pas mettre en œuvre les actions positives indispensables pour éliminer les discriminations et garantir aux plus démunis une égalité de traitements, décourager les victimes par la lenteur des procès et leur aboutissement aléatoire, exiger un niveau de preuve difficile à concrétiser, ne pas prévoir de protection contre les représailles pour les victimes fragilisées... Tous ces aspects peuvent être développés dans le cadre d'une étude sur la discrimination dans les systèmes de justice pénale.

[51] C'est ainsi que l'adoption en Australie occidentale et dans le Territoire du Nord d'un système de peines minimales et de détention obligatoire appliqué à certaines infractions contre les biens, s'est traduite dans la pratique par l'augmentation du taux d'incarcération des mineurs autochtones. Le Comité des droits de l'enfant (voir A/53/41), le Comité des droits de l'homme (voir CCPR/C/AUS/98/3 et 4) et le Comité contre la discrimination raciale (voir A/55/18) ont considéré chacun en ce qui le concerne, à l'occasion de l'examen des rapports périodiques de l'Australie que cette loi a entraîné une incidence discriminatoire à l'égard des populations d'autochtones aux prises avec la justice pénale et a abouti à imposer des peines sans rapport avec la gravité des infractions commises. Dans l'administration de la justice, les mineurs appartenant aux catégories sociales démunies ou infériorisées sont particulièrement vulnérables et sont sujets à des pratiques discriminatoires dans beaucoup de pays.

[52] La Commission pour la prévention du crime et la justice pénale a décidé de débattre à sa onzième session, à venir, du thème suivant : « Réforme du système de justice pénale : assurer l'efficacité et l'équité. »