

CHAPITRE 6
A L'INTERSECTION DES DISCRIMINATIONS
STRUCTURELLES :
LA CONVENTION ET LA PROTECTION
DES GROUPES VULNERABLES

ALINE RIVERA MALDONADO

*Attachée temporaire d'enseignement et de recherche
à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense*

« [...] il faut envisager la vie des femmes et des hommes dans leur contexte et adopter des mesures susceptibles de favoriser une réelle mutation des perspectives d'avenir, des institutions et des systèmes pour que les femmes puissent se libérer des paradigmes masculins du pouvoir et des modes de vie historiquement déterminés » car « certaines femmes [...] peuvent être confrontées à divers types de discrimination fondée sur d'autres caractéristiques telles que la race, l'ethnie, la religion, le handicap, l'âge, la classe, la caste ou d'autres considérations. Cette discrimination frappe surtout certains groupes de femmes [...] de manière ou à des degrés différents [...] »¹

La jouissance effective des droits consacrés par les instruments de protection des droits de l'Homme varie sensiblement en raison de l'identité des personnes. Des caractéristiques telles que le genre, l'ethnicité, la 'race'², la condition socioéconomique, l'origine nationale, l'âge, la religion, la préférence sexuelle, l'état civil, l'état de santé, etc., et leur combinaison, peuvent non seulement déterminer mais aussi conditionner les possibilités d'exercer sur un pied d'égalité les droits reconnus par les instruments juridiques en la matière. Or, il est bien connu que la formulation abstraite de l'universalité des droits et du principe d'égalité n'a pas été suffisante pour parvenir à l'égalité de fait ou réelle de toutes les personnes³.

¹ RG n° 25, § 10 et 12 respectivement.

² La catégorie 'race' sera utilisée dans un sens large, comme une construction sociale (et non comme une notion biologique) qui entraîne des rapports d'oppression à dimension *structurelle*, en plus d'être un motif de discrimination qui catégorise et hiérarchise les personnes. Cette même portée conceptuelle peut être appliquée aux notions de genre et de classe ou condition socioéconomique. V. BALIBAR Etienne, WALLERSTEIN Immanuel, *Race, nation, classe : Les identités ambiguës*, La découverte, 1988.

³ V. en ce sens, LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, Col. Les voies du Droit, 2010 et OTTO Dianne, « Rethinking the 'Universality' of Human Rights », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 29, 1997-1998, pp. 1-46.

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

LES PRINCIPES FONDATEURS

En effet, « certains groupes font l'objet d'une discrimination généralisée et tenace, qui est profondément ancrée dans les comportements sociaux et dans l'organisation sociale [...]. Cette discrimination systémique peut être comprise comme un ensemble de règles juridiques, de politiques, de pratiques ou d'attitudes culturelles [...] qui créent des désavantages [particuliers...] pour certains groupes, et des privilèges pour d'autres groupes »⁴. Appelée également discrimination structurelle – car elle est omniprésente dans l'ensemble des structures juridiques, politiques, sociales, économiques, culturelles et même mentales –, ce type de discrimination est le résultat de la hiérarchisation des traits identitaires et influence spécialement les conditions de vie des personnes qui n'appartiennent pas à ces groupes privilégiés ou dominants. Généralement invisible ou non reconnue, la discrimination systémique ou structurelle ne fait pas « problème tant elle va de soi dans un ordre social tout entier structuré par la naturalisation de [...certaines] inégalités »⁵. Tel a été par exemple le cas de la discrimination historique à l'égard des femmes, des peuples indigènes et autochtones ou des minorités nationales : leur catégorisation dans un groupe spécifique de personnes s'est accompagné d'une limitation – voire d'une négation – de leur accès effectif aux droits proclamés comme universels, révélant ainsi non pas un cas isolé mais un modèle discriminatoire à tendance généralisée.

Pour essayer de mettre fin aux phénomènes discriminatoires portant particulièrement préjudice à certains groupes, plusieurs mécanismes juridiques ont été mis en place. Depuis la Déclaration Universelle de 1948, la plupart des instruments nationaux et internationaux en matière de droits de l'Homme inclut des clauses expresses de non discrimination sur la base des facteurs interdits⁶ afin de renforcer le principe d'égalité formelle ou *de jure* – qui implique l'égale protection de toutes les personnes –⁷. Ainsi les premiers articles des déclarations, conventions et pactes internationaux déterminent que la garantie des droits doit être assurée sans aucune distinction, exclusion ou restriction en raison de ces facteurs. En sens identique, l'émergence de la notion d'égalité substantielle ou matérielle⁸ et le développement des droits sociaux visent à compenser les désavantages historiques et structurels des groupes les plus défavorisés. Enfin, plus récemment, un processus de « spécification » des droits⁹ cherche à garantir prioritairement à certains groupes,

⁴ CODESC, Obs. gén. n° 20, *La non discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels* (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20, § 12.

⁵ ACHIN Catherine, « Le deuxième sexe au premier rang » in JAFFRELOT Christophe et NAUDET Jules, *Justifier l'ordre social. Caste, race, classe et genre*, PUF, 2013, p. 55.

⁶ Ces facteurs sont, entre autres, la race, la couleur, le sexe, l'origine nationale ou socioéconomique, la langue, la religion, l'opinion politique, etc. comme le sanctionne l'art. 2 de la Déclaration Universelle.

⁷ V. COURTIS Christian, « Dimensiones conceptuelles de la protección legal contra la discriminación », *Revista Derecho del Estado*, no. 24, juillet 2010, p. 108 et ss.

⁸ Le CoEDEF se réfère surtout à la notion d'égalité réelle. V. *supra*, Chap. 4 : « La Convention, un outil pour l'égalité ».

⁹ V. BOBBIO Norberto, *The Age of Rights*, Polity Press, 1996.

A L'INTERSECTION DES DISCRIMINATIONS STRUCTURELLES

particulièrement vulnérables aux violations et discriminations, l'effectivité des droits universellement proclamés¹⁰.

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes en tant que *Magna Carta des femmes*¹¹ s'inscrit dans ce processus et aspire à mettre fin aux inégalités structurelles existant entre les hommes et les femmes. Or, l'une des critiques faite à la Convention est qu'elle tend à traiter les femmes « en tant que groupe homogène qui partagerait la même expérience vis-à-vis de la discrimination. Cependant, la discrimination fondée sur le sexe peut avoir des *intersections* avec d'autres formes de discrimination et engendrer des expériences qui ne sont pas vraiment couvertes par [cette] notion »¹². En effet, la plupart des normes juridiques en la matière tendent à traiter séparément les divers critères de discrimination auxquels peuvent être confrontés les personnes en général et les femmes en particulier. A rebours, l'intersectionnalité renvoie ici à l'idée du croisement de ces critères, permettant de constater qu'ils opèrent *simultanément* et de manière imbriquée, particulièrement dans la vie de certains groupes de femmes sous-privilegiés ou défavorisés. L'identification de l'intersection des phénomènes discriminatoires permet d'introduire une analyse dynamique prenant en considération les interactions des multiples critères de discrimination, et, par voie de conséquence, de mieux protéger les droits des femmes appartenant à ces groupes ou ayant des multiples identités.

Forgée par Kimberle Crenshaw, la notion d'intersectionnalité a dévoilé que les discriminations éprouvées par les femmes noires aux Etats-Unis constituaient une expérience spécifique les situant au carrefour de multiples vulnérabilités, alors même que ce phénomène était auparavant un 'angle mort' de l'analyse juridique. En effet, les normes juridiques relatives à la discrimination raciale ne permettaient pas d'appréhender la particularité de cette expérience. Mais K. Crenshaw a surtout montré que cette approche de la discrimination au sein des analyses juridiques révèle les obstacles conceptuels empêchant d'identifier la complexité des relations existantes entre les « structures de domination » comme le genre, la race et la classe, qui convergent dans les vies des femmes appartenant aux groupes désavantagés. C'est ce qu'elle appelle « intersectionnalité structurelle »¹³ : par exemple,

¹⁰ V. not. la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), la Convention relative aux droits de l'enfant (1989), la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006).

¹¹ V. FACIO Alda, « A Magna Carta for all Women », *Feminist at law*, vol. 1, no. 1, 2011.

¹² OTTO Diane, « Women rights » in SIVAKUMARAN Sandesh et al. (éd.), *International Human rights Law*, Oxford University Press, 2d. ed., 2014, pp. 326-327, (Trad. libre de l'anglais, les italiques sont les nôtres). A ce sujet v. également, BOND Johanna, « International Intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Exploration of Women's International Human Rights Violations », *Emory Law Journal*, vol. 52, no. 71, 2003, pp. 71-186.

¹³ CRENSHAW Kimberle, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », *Stanford Law Review*, vol. 43, no. 6, jul. 1991, pp. 1245 et ss. De la meme auteure v. également « Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of

LES PRINCIPES FONDATEURS

une femme âgée appartenant à un groupe ethnique et en situation de pauvreté, se situe à l'intersection de différents critères de discrimination, dont l'accumulation entraîne un phénomène discriminatoire aggravé, résultat de l'interaction de divers facteurs interdits, fondés simultanément sur le sexe *et* l'âge *et* l'ethnie *et* la classe ou condition socioéconomique. En ce sens la doctrine et la jurisprudence du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes confirment que « la discrimination fondée sur le sexe ou le genre est *indissociablement liée* à d'autres facteurs tels que la race, l'origine ethnique, la religion ou la croyance, la santé, l'état civil, l'âge, la classe, la caste et l'orientation et l'identité sexuelles [...] »¹⁴ et que la concurrence de ces facteurs « aggrave » les violations des droits des femmes¹⁵. Ce type d'analyse dévoile donc l'existence d'une interconnexion des critères discriminatoires tout en montrant que les expériences de la discrimination ne sont ni identiques ni homogènes – notamment vis-à-vis de la discrimination structurelle –, mais encore, que certains groupes de femmes expérimentent « un degré disproportionné de discrimination »¹⁶ quand ceux critères non seulement se cumulent mais interagissent entre eux.

Tout comme la discrimination intersectionnelle, la catégorie de discrimination multiple permet de reconnaître l'existence de divers critères de discrimination ; mais à la différence de la première, elle les analyse de manière *séparée*, à divers moments de la vie des personnes ou en les additionnant sans viser pour autant à sanctionner leur interaction. Ainsi, l'identification d'une discrimination multiple au sein des analyses juridiques n'implique pas forcément de prendre en compte la manière dont ces critères agissent l'un sur l'autre. Ce peut être le cas, par exemple, de la situation d'une femme migrante ayant un handicap, discriminée *ou* en fonction de son sexe *ou* en fonction de sa nationalité *ou* en fonction de son handicap. En effet, l'examen des tendances dominantes du droit de la non-discrimination révèle que les juges et la plupart des opérateurs juridiques, sélectionnent les critères discriminatoires dont il convient de protéger les personnes, en retenant seulement un aspect de la discrimination et sans prendre en compte l'aggravation que les interconnexions de ces critères peuvent entraîner pour la victime¹⁷. Sous réserve de quelques exceptions, cette méconnaissance

antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics », in MASCHKE Karen, *Feminist Legal Theories*, Routledge, 2013, p. 23 et ss. V. aussi HILL COLLINS Patricia, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, Routledge, 1991. Autour de l'analyse des intersections des catégories discriminatoires v. DORLIN Elsa, « Vers une épistémologie des résistances », in DORLIN Elsa (dir.), *Sexe, race, classe, pour une épistémologie de la domination*, PUF, 2009, pp. 5-18. Pour une interprétation plus large du concept incorporant l'axe de l'inégalité sociale v. WALBY Sylvia, « Complexity Theory, Systems Theory, and Multiple Intersecting Social Inequalities », *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 37, no. 4, dec. 2007, pp. 449-470.

¹⁴ RG n° 28, § 18. (Les italiques sont les nôtres).

¹⁵ CoEDEF, n° 17/2008, *Da Silva Pimentel Teixeira (décédée) c. Brésil*, § 5.10.

¹⁶ RG n° 27, § 13.

¹⁷ Pour des exemples de difficulté des juges à retenir la dimension intersectionnelle de certains cas de discrimination, v. *Muñoz Diaz c. Espagne*, no. 49151/07, CourEDH 2009 ; *V.C. c. Slovaquie*, no. 18968/07, CourEDH 2011 et *B.S. c. Espagne* [GC], no. 47159/08, CourEDH 2012. Cette tendance de la Cour Européenne à concevoir les phénomènes discriminatoires dans une perspective

A L'INTERSECTION DES DISCRIMINATIONS STRUCTURELLES

quasi-généralisée de l'approche intersectionnelle de la discrimination dans le domaine juridique empêche d'appréhender la complexité des phénomènes discriminatoires en les cantonnant à une vision unidimensionnelle ; plus encore, elle encourt le risque d'occulter leur caractère systémique et aggravé, tout en le justifiant voire le naturalisant.

Conscient de ces enjeux vis-à-vis de la complexité des phénomènes discriminatoires, l'œuvre interprétative du Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes identifie d'une manière progressive leur intersection en révélant ainsi des discriminations structurelles et en mettant à jour l'existence de groupes vulnérables (Section I) œuvrant ainsi en faveur de l'égalité transformative (Section II).

SECTION I.

L'INTERSECTIONNALITÉ :

UN OUTIL POUR DÉVOILER LES DISCRIMINATIONS STRUCTURELLES

L'approche intersectionnelle de la discrimination est utilisée par le Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes pour dévoiler les discriminations structurelles auxquelles certaines femmes sont particulièrement exposées (§ 1) et qui les rendent plus vulnérables à des violations des droits garantis par la Convention (§ 2).

§1. L'importance de la mise en contexte

dans l'identification des discriminations structurelles

La volonté de reconnaître et de protéger les femmes contre les effets de l'intersection des multiples facteurs de discrimination est de plus en plus présente dans la doctrine et la pratique du CoEDEF, comme dans celle des autres Comités onusiens¹⁸. Cette détermination se voit encouragée par certaines dispositions de la Convention. Certes, celle-ci a pu être critiquée pour sa tendance – caractéristique de bon nombre d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme – à l'homogénéisation des phénomènes discriminatoires sur la base d'un *sujet abstrait* mais qui correspond en réalité à un sujet blanc, occidental, hétérosexuel, adulte, issu d'une classe privilégiée et sans aucun handicap¹⁹. Mais, sans minorer

unidimensionnelle contraste avec la position adoptée par la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme, qui reconnaît l'aggravation de la discrimination fondée sur des multiples facteurs structurels. V. par ex. CourIADH, 16 novembre 2009, *Caso González y otras (« Campo algodonero ») c. Mexique*; CourIADH, 30 août 2010, *Caso Fernández Ortega y otros c. Mexique* et CourIADH, 31 août 2010, *Caso Rosendo Cantú y otra c. Mexique*.

¹⁸ V. par exemple la Recommandation Générale n° 25 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) ; les Observations Générales n° 16 et n° 20 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CoDESC) ou l'Observation Générale n° 28 du Comité des droits de l'Homme (CDH).

¹⁹ V. à ce sujet DELPHY Christine, *Un universalisme si particulier*, Syllepse, 2010; LACEY Nicola, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Hart Publishing, 1998 ; FACIO