

Sous la coordination de
Anne Brobbel Dorsman
Béatrice Lapérou-Schneider
Laurent Kondratuk

Genre, famille, vulnérabilité

Mélanges en l'honneur de Catherine Philippe

L'Harmattan

© L'Harmattan, 2017
5-7, rue de l'École-Polytechnique, 75005 Paris

<http://www.harmattan.fr>

ISBN : 978-2-343-11240-4

EAN : 9782343112404

La vulnérabilité, nouveau critère du délit de discrimination, quelle perspective ?

Béatrice LAPÉROU-SCHENEIDER

Maître de conférences HDR en droit privé

Université de Bourgogne Franche-Comté – CRJFC EA 3225

Les principes constitutionnels d'égalité et de dignité de la personne humaine sont les fondements premiers de la prohibition des discriminations.

Le droit de la lutte contre les discriminations est un droit fourmillant, abondant et dispersé. Il suffit pour s'en convaincre d'observer le nombre impressionnant de textes codifiés¹, non codifiés² et en discussion³ tendant à organiser la lutte contre ce phénomène, objet de toutes les attentions et souvent dénoncé comme facteur de « fracture sociale ».

Lors du travail d'incrimination du délit de discrimination, le choix qui s'offrait au législateur français était soit de prohiber tout comportement à visée discriminatoire portant atteinte au principe d'égalité sans précision supplémentaire, soit de procéder à une énumération limitative des critères discriminatoires prohibés. Comme on le sait, c'est cette seconde option qui a été choisie et la liste ainsi dressée à l'article 225-1 du code pénal s'est étoffée au fil des ans⁴.

¹ Pas moins de seize articles sont ainsi consacrés à la lutte contre les discriminations.

² Pour se limiter aux textes les plus récents, nous citerons outre la loi du 24 juin 2016, la loi n° 2012 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique et la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

³ V. le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, modifié pour la dernière fois à ce jour par le Sénat le 28 sept. 2016 (projets de loi n°186) et qui prévoit la mise en place de l'action de groupe en matière de discrimination (art. 19).

⁴ Rappelons ici que si cet article définit ce qu'est une discrimination, seuls certains comportements, limitativement énumérés dans les articles suivants, font l'objet d'une incrimination lorsqu'ils sont commis pour l'un de ces mobiles discriminatoires. Aussi, et comme l'a justement souligné Emmanuel Dreyer, « une telle réaction du droit reste parcellaire et, en partie, dérisoire » (E. Dreyer, *Droit*

Dernier-né en date, le critère de « particulière vulnérabilité à raison de la situation économique, apparente ou connue » de l'auteur des faits, issu de la loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale⁵.

Ce nouveau critère a été adopté suite aux préconisations de nombreux acteurs de la défense des droits et libertés fondamentales.

Outre les fortes revendications formulées depuis de nombreuses années en ce sens par les associations de lutte contre la pauvreté (notamment ATD Quart Monde), la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDDH) a pour sa part recommandé d'insérer le critère de discrimination à raison de la « précarité sociale ». Elle a en ce sens indiqué que : « l'ajout d'un vingtième critère de discrimination dans l'article 225-1 du code pénal aurait pour mérite de reconnaître le préjudice subi par les personnes en situation de précarité sociale, et de faire comprendre aux discriminants que leur comportement ou discours ne sauraient être tolérés dans un État de droit. Ce critère permettrait de faire prendre conscience à l'ensemble de la société de la gravité de certains comportements qui stigmatisent et aboutissent à discriminer les personnes pauvres »⁶.

Le Défenseur des droits a quant à lui tenu un discours officiel en partie contradictoire ce qui s'explique par un changement de présidence, preuve de la difficulté d'arrêter la méthode idoine pour lutter contre la discrimination envers les plus pauvres. L'un des problèmes majeurs en la matière est en effet celui de l'effectivité des droits des personnes en situation de pauvreté. Les discriminations dont elles peuvent faire l'objet vont généralement contribuer à aggraver leur situation et à accroître leur exclusion sociale. De sorte que la discrimination s'avère être à la fois une cause et une conséquence de la pauvreté. Tous les domaines sont concernés par ces discriminations : l'accès à la santé, au logement, à l'emploi, à la formation, à la justice, à l'éducation, à la vie familiale, à l'exercice de la citoyenneté et encore les relations avec les services publics.

C'est pour cette raison qu'en octobre 2013, le Défenseur des

pénal spécial, Ellipses, 2012, n° 727).

⁵ JO 25 juin 2016, texte n° 1 ; B. Lapérou-Schneider, « La particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, nouveau critère de discrimination », JCP 2016, 817.

⁶ CNCDDH, Avis rendu en Assemblée plénière le 26 sept. 2013.

Droits, Dominique Baudis, a adressé un courrier aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat afin d'attirer leur attention sur deux nouveaux critères de discrimination qu'il convenait, selon lui, d'ajouter à la liste du code pénal : le critère de discrimination à raison du lieu de résidence et celui à raison de la pauvreté. Le premier ayant été rapidement adopté à l'occasion de la loi de programmation pour la ville et la cohésion sociale⁷, des débats ont par la suite été engagés sur la question de l'adoption du critère de précarité sociale. Jacques Toubon ayant alors succédé à Dominique Baudis a remis en cause la méthode défendue par son prédécesseur soutenant que la promesse d'une nouvelle protection des personnes en situation de grande pauvreté se devait d'être efficace et opératoire et émettant alors de sérieux doutes sur l'aptitude de la réponse juridique ainsi proposée à atteindre ces impératifs. En ce sens, il a souligné que « les réponses de fond à la lutte pour les droits des personnes les plus pauvres relèvent moins de la lutte contre les discriminations (action de nature juridique) que de la lutte contre les exclusions (action de nature politique et sociale) »⁸, la première ne pouvant selon lui se substituer à la seconde. Malgré cela, le législateur français a fait le choix d'une incrimination de ce phénomène.

L'analyse des débats ayant abouti à l'adoption du nouveau critère de discrimination révèle la difficulté avec laquelle le législateur a tenté de circonscrire pénalement la notion de pauvreté (I). Cette étape franchie, la question se pose de l'effectivité et du devenir de ce nouveau concept (II).

I. Précarité sociale ou économique, grande pauvreté, vulnérabilité... la délicate délimitation du nouveau critère de discrimination

Dans le cadre de la politique de lutte contre la pauvreté suivie par le Gouvernement français, l'objectif affiché de la proposition de loi déposée sur le bureau du Sénat le 31 mars 2015 était de « lutter le plus efficacement possible contre les cas de discrimination à l'égard des

⁷ Loi n°2014-173 du 21 fév. 2014.

⁸ Avis 16-14 du 31 mai 2016.

personnes pauvres »⁹. Le choix de l'expression « précarité sociale » comme nouveau critère de discrimination a alors été défendu par le porteur de la proposition, mais il n'a pas été suivi par le législateur qui craignait la censure constitutionnelle et lui a préféré une expression à connotation exclusivement économique (A), mais dont le contenu semble malgré tout encore sujet à discussion (B).

A. L'ajustement terminologique du nouveau critère de discrimination

L'expression « précarité sociale » avait été avancée comme critère de discrimination des plus pauvres au motif qu'elle avait été utilisée dans nombre de travaux et avait en outre déjà fait l'objet d'une définition de la part du Conseil économique, social et environnemental, laquelle avait inspiré les travaux de la sous-commission des droits de l'Homme de l'Organisation des Nations Unies. Selon cette définition, « la précarité est l'absence d'une ou plusieurs sécurités, notamment celle de l'emploi, permettant aux personnes et familles d'assumer leurs obligations professionnelles, familiales et sociales et de jouir de leurs droits fondamentaux »¹⁰. Il avait par ailleurs été souligné que plusieurs États avaient adopté ce critère de discrimination avec une terminologie assez proche depuis déjà plusieurs années, tel par exemple le Québec, où la discrimination fondée sur la « condition sociale » a été introduite dès 1975¹¹.

⁹ Proposition de loi visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale enregistrée le 31 mars 2015, Sénat, n° 378.

¹⁰ On pourra relever parallèlement le renvoi indifférencié par certains textes de droit international aux notions de « fortune » ou « d'origine sociale » : V. notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art.), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de l'ONU du 16 déc. 1966 (art. 26), la CESDH (art. 14) ; la Charte des droits fondamentaux et de l'Union européenne (art. 21) ou encore l'utilisation dans des législations européennes des termes « conditions sociales » dans des dispositions propres à lutter contre la discrimination : art. 14 de la Constitution espagnole de 1978 : « les Espagnols sont égaux devant la loi, sans aucune discrimination fondée sur la naissance, la race, le sexe, la religion, l'opinion ou toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale ».

¹¹ Art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne.

Suite aux divers échanges ayant eu lieu lors des débats parlementaires, on a pu assister à un glissement terminologique passant de la « précarité sociale » à la « particulière vulnérabilité résultant de la situation économique ».

Les causes de cette évolution ont pour l'essentiel résidé dans le caractère jugé trop subjectif de l'expression initialement proposée comme regroupant une trop grande diversité de situations dont la délimitation ne pouvait être laissée à la seule appréciation souveraine du juge. Interrogé sur la pertinence du critère initialement proposé, le Défenseur des droits avait d'ailleurs plaidé en ce sens mettant en exergue la relativité de la précarité sociale en affirmant que « l'on est toujours le pauvre de quelqu'un d'autre »¹².

Il s'avérait ainsi difficile de définir la condition sociale d'un individu de manière suffisamment large pour protéger la personne, mais suffisamment étroite pour respecter le principe de la légalité criminelle¹³.

Consécutivement, il n'est resté de la proposition initiale que le seul intitulé de la loi, « visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale », le contenu même du texte – qui se limite d'ailleurs à un article unique ! – ne renvoyant étonnamment plus à cette expression. Une telle évolution semble pouvoir être qualifiée d'évolution d'ordre catagénétique dans la mesure où le législateur a procédé à une restriction du champ de la protection initialement recherchée, préférant à l'approche sociale une approche économique plus objective.

Est-ce à dire que la formulation finalement retenue est suffisamment claire et effective ? Il est possible d'en douter...

B. « La particulière vulnérabilité résultant de la situation économique », nébulosité d'une formule

Si, par volonté de respecter son obligation de clarté le législateur a préféré un concept en apparence plus quantifiable, force est de constater qu'en recourant à l'expression « particulière vulnérabilité »

¹² Avis du Défenseur des droits n° 16-14 rendu le 30 mai 2016.

¹³ V. sur ce point : D. Roman, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », D. 2013, p. 1911.

il a maintenu dans la nouvelle expression une certaine dose de subjectivité dans la mesure où il est toujours possible d'affirmer – à l'image de ce qui a été avancé à propos de la précarité sociale – que l'« on est toujours plus vulnérable qu'un autre [...] ». C'est en ce sens que la Cour de cassation avait, il y a déjà quelques années, qualifié la vulnérabilité de notion « extensive » soulignant qu'elle était « laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation se bornant à vérifier que leur motivation est exempte d'insuffisance comme de contradictoire »¹⁴.

Dans son travail d'interprétation et de délimitation du nouveau critère, le juge répressif sera évidemment amené à s'appuyer sur des formulations voisines déjà consacrées qui permettront de réunir les linéaments de « la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique » ?

Dans ce cadre, il n'échappera pas au pénaliste que « la particulière vulnérabilité » n'en est pas à son premier coup d'essai puisqu'elle a été consacrée pour la première fois il y a quinze ans¹⁵ au titre des éléments constitutifs du délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse (C. pén., art. 223-15-2) et a, par la suite maintes fois été reprise au titre de circonstance aggravante d'incriminations tendant à protéger tant les personnes¹⁶ que les biens¹⁷.

Mais, si nous disposons à ce jour d'une jurisprudence déjà bien arrêtée relativement à la notion de « particulière vulnérabilité » ce n'est que lorsqu'un tel état est du à l'âge, à la maladie, à l'infirmité, à la déficience physique ou psychique ou à l'état de grossesse de la victime. Faute de renvoi à la situation économique de la victime, il est donc délicat d'avancer quelque pronostic sur ce qu'englobera en pratique la nouvelle expression. La vulnérabilité dont il est ici question est d'un autre ordre ! Ni physique, ni intellectuelle, mais

¹⁴ Rapport annuel de la Cour de Cassation 2009, 3^e partie.

¹⁵ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001.

¹⁶ Tel est notamment le cas des délits de viol (art. 222-24-3° C. pén.), d'agressions sexuelles (art. 222-29 C. pén.), de meurtre (art. 221-4-3° C. pén.), de harcèlement moral (art. 222-33-2-2-3° C. pén.), de tortures ou actes de barbarie (art. 222-33-2° et 222-4 C. pén.) ou encore de violences (art. 222-8-2°s C. pén.), etc.

¹⁷ Tel est notamment le cas des délits de destruction et dégradation de biens n'entraînant pas de danger pour les personnes (art. 322-3-2° C. pén.), de vol (art. 311-5-2° C. pén.), d'escroquerie (art. 313-2-4° C. pén.), d'abus de confiance (art. 314-2C. pén.), etc.

financière et matérielle. Or les paramètres d'une telle vulnérabilité n'ont à ce jour jamais été abordés en matière pénale.

Faute de pouvoir aller plus en avant dans cette direction, l'on pourrait alors envisager de recourir aux termes « vulnérabilité » et « état de dépendance » utilisés dans le cadre des délits d'exploitation par le travail et de soumission à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine des articles 225-13 et 225-14 du code pénal¹⁸. Bien que leur connotation économique et sociale semble plus prononcée que pour le délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse, ces expressions diffèrent cependant sous deux aspects essentiels de celle nouvellement insérée à l'article 225-1 puisqu'elles ne proposent pas de liste relative à l'origine de la vulnérabilité et que cette dernière n'a en outre pas à être « particulière ». Relevons en outre que la jurisprudence rendue en la matière est non seulement clairesemée¹⁹, mais aussi ne contient généralement pas de débat de fond relatif à l'existence même de la vulnérabilité de la victime qui, bien souvent, paraît évidente et résulte de la conjugaison de multiples facteurs qui peuvent indifféremment être d'ordre économique²⁰, social, linguistique²¹, intellectuel, culturel, familial, relationnel, psychologique, médical²² ou encore administratif²³. L'on pourra enfin noter que les juges ne distinguent pas non plus entre « vulnérabilité » et « état de dépendance », allant souvent jusqu'à retenir cumulativement ces deux états pour entrer en voie de condamnation²⁴. Force est donc ici de constater le faible apport de cette piste.

Reste alors la possible mise en parallèle du nouveau critère de discrimination avec la circonstance aggravante introduite récemment à

¹⁸ Reformulation issue de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003.

¹⁹ À titre d'exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu moins de dix arrêts en la matière en 2015.

²⁰ Cass. crim., 11 déc. 2001, Bull. crim. n° 256, *Dr. pénal* 2002, comm. 65, obs. M. Véron ; Cass. crim., 10 déc. 2014, n° 13- 86 260 (victime sans ressources).

²¹ Cass. crim., 3 avr. 2013, n° 12-83 518 (méconnaissance de la langue française).

²² Cass. crim., 3 avr. 2013, n° 12-83 518 (handicap).

²³ Cass. crim., 11 déc. 2001, Bull. crim. n° 256, précité (situation administrative irrégulière).

²⁴ Cass. crim., 15 juin 2010, n° 09-83 185.

l'occasion de la réécriture du délit de harcèlement sexuel²⁵, la « particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de la situation économique ou sociale » de la victime. La proximité des formulations est ici évidente même si le renvoi à la précarité de la situation sociale implique d'emblée un champ de protection plus large en matière de harcèlement sexuel. On pourra à cet endroit s'étonner du fait que le législateur de 2016 ait refusé tout renvoi à la situation sociale de l'intéressé alors qu'il avait consacré une expression y faisant référence moins de quatre ans auparavant... mais là encore, on constatera l'absence de décision rendue par la Cour de Cassation et – à notre connaissance – par une Cour d'appel, sur le fondement de la nouvelle circonstance aggravante du délit de harcèlement sexuel.

L'état du droit pénal positif est donc de peu d'utilité dans le cadre de la tentative de délimitation du nouveau critère de discrimination, seules quelques remarques de bon sens semblent dès lors pouvoir être avancées quant à la manière dont les juges pourraient l'appréhender.

Il convient d'abord de remarquer que nous ne disposons pas à la différence des Etats-Unis, d'un seuil, d'un baromètre ou d'un indicateur préalablement défini en valeur absolue de la pauvreté²⁶. En France, le critère généralement retenu est celui du revenu médian de la population française. Mais il est très improbable qu'un tel critère soit adopté par le juge répressif qui, d'une part, est généralement assez peu enclin à s'appuyer sur des données chiffrées fixes appliquées à d'autres domaines que le droit et qui, d'autre part, refusera de retenir un critère qui concernera au final une part beaucoup trop importante de la population (par définition, la moitié de la population française !).

L'on peut ensuite douter qu'en pratique les juges considéreront comme particulièrement vulnérable un individu à raison d'un unique critère arithmétique et très certainement si la donnée économique sera essentielle – car exigée au titre des éléments constitutifs de l'infraction – elle sera complétée par d'autres éléments d'appréciation telle la situation familiale, professionnelle ou encore relative au logement de l'intéressé ... donc des marqueurs de difficultés sociales. Ainsi, si le législateur français a renoncé à recourir expressément à la notion de précarité sociale, il est fort probable que le juge s'y référera

²⁵ Suite à la censure prononcée par le Conseil constitutionnel : loi n° 2012-954 du 6 août 2012.

²⁶ Le seuil de pauvreté américain est fixé à 12 316 \$ annuel pour une personne seule.

en pratique comme indice de la particulière vulnérabilité économique de l'intéressé et ce d'autant que la disposition impose que la situation économique particulièrement délicate de la victime soit apparente ou connue de l'auteur de la discrimination. En effet, outre l'hypothèse dans laquelle l'auteur de la discrimination aura, de par sa relation avec la victime, connaissance de données relatives à sa situation économique, la visibilité de cette particulière vulnérabilité impliquera certainement le constat de l'existence de signes extérieurs de pauvreté, le plus souvent d'ordre physique, familial, social, géographique...

Si la délimitation des contours du nouveau critère s'avère aujourd'hui encore imprécise, un tel constat emporte la question de sa portée.

II. Mise en perspective du critère de particulière vulnérabilité à raison de la situation économique de la victime

L'analyse du nouveau concept juridique doit être opérée non seulement au regard du droit pénal positif de la lutte contre les discriminations (A), mais également au regard des perspectives d'évolution du délit (B).

A. Quel apport du nouveau critère au regard des mobiles préexistants ?

À ce stade de la réflexion, il semble légitime de s'interroger sur le point de savoir si ce nouveau concept constitue véritablement une avancée en matière de lutte contre les discriminations ou s'il n'est qu'une énième manifestation de l'instrumentalisation du droit pénal, simple décorum permettant d'assouvir les *desiderata* axiologiques du législateur ?

La question de l'effectivité de l'apport du vingt-et-unième critère de discrimination se pose ici avec une particulière acuité pour deux raisons principales.

D'abord, il infère de ce qui précède que la particulière vulnérabilité à raison de la situation économique de la victime se situe par la force des choses à la croisée de plusieurs critères préexistants. C'est la

raison pour laquelle, plusieurs personnes entendues lors des travaux parlementaires ont contesté sa pertinence et sa portée normative, considérant que les discriminations sont souvent fondées sur une duplicité de critères et que le droit en vigueur à l'époque permettait déjà d'appréhender ce motif discriminatoire. Le Défenseur des droits a lui-même relevé que la précarité sociale – mais la remarque peut être transposée à la notion de « particulière vulnérabilité résultant de la situation économique » – n'est pas une caractéristique pérenne de la personnalité²⁷. Si l'on peut douter de la pertinence de ce qui semble être désormais la nouvelle exigence posée par le Défenseur des droits en matière de discrimination dans la mesure où la situation de famille, le lieu de résidence voire certains éléments de l'apparence physique sont également des données évolutives, la redondance des critères rend difficile la justification de l'adoption du nouveau critère.

Ensuite, l'effet d'annonce recherché par le législateur a clairement été évoqué lors des débats parlementaires ainsi que dans les différents rapports dans l'un desquels il a même été expressément précisé que « plus que l'introduction d'un critère manquant à notre législation, les associations qui luttent contre la pauvreté et l'exclusion sociale demandent un engagement de la République sur ces questions ... qu'il s'agit avant tout de créer un marqueur d'interdit pour insister sur l'aspect dissuasif de la loi pénale »²⁸. Si la symbolique du message a donc totalement été assumée, voire revendiquée par le législateur, le juriste doit toutefois s'interroger sur la portée et l'effectivité de la règle de droit ainsi posée. Car, si commune soit devenue la dénonciation de l'inflation pénale, il convient de rappeler que ce phénomène va généralement de pair avec celui de l'ineffectivité du droit pénal, ineffectivité ayant pour corollaire direct l'atteinte à l'autorité de la loi pénale²⁹.

Partant, quel champ d'application peut-on aujourd'hui envisager pour ce nouveau mobile discriminatoire ?

L'un des domaines dans lequel le recours à ce critère peut sembler particulièrement pertinent est celui de la lutte contre deux formes de discriminations qui font aujourd'hui figures d'enfants pauvres de la

²⁷ Défenseur des droits, Avis n°15-15 du 9 juin 2015.

²⁸ Rapport fait par Ph. Kaltenbach, Sénat, n°507.

²⁹ Ph. Conte, « Effectivité, inefficacité, sous-effectivité, surefficacité... : variations pour droit pénal », in *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 127.

politique française en matière de lutte contre ce phénomène : les discriminations dites systémiques d'une part et indirectes d'autre part.

Rappelons brièvement que si la notion de discrimination systémique n'en est qu'à ses balbutiements en droit français³⁰, elle a déjà fait l'objet au Canada d'études avancées qui la définissent comme relevant « d'un système de gestion fondé sur un certain nombre de présupposés, le plus souvent implicites, quant aux divers groupes, et comprenant un ensemble de pratiques et de coutumes qui perpétuent une situation d'inégalité à l'égard des membres des groupes cibles »³¹. Parallèlement, la discrimination indirecte a récemment fait son entrée en droit français, elle est définie comme « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs (discriminatoires énumérés par la loi) un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes »³². C'est ici la disposition, la pratique ou le critère apparemment neutre qui, par sa nature, est discriminatoire³³.

Sous l'angle du mobile de particulière vulnérabilité économique, ces deux types de discrimination semblent concernés au premier chef dans la mesure où certains actes, certains comportements, certaines décisions peuvent être pris sur des fondements présupposés qui, précisément, peuvent ne pas être réunis à l'égard de certains intéressés à raison même de leur situation économique³⁴.

³⁰ Projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, précité ; V. M. Mercat-Bruno, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », RDT 2015, p. 660.

³¹ M.-J. Legault, « La situation des groupes cibles sur le marché du travail au Québec et au Canada », in *Équité et emploi – équité salariale, Recueil de textes*, Québec Télé-université, 2002, p. 34.

³² La directive du Conseil 2000/78/CE du 27 novembre 2000 a posé la définition des discriminations indirectes, elle n'a été transposée en droit français qu'en 2008, avec la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, modifiée par la loi n° 2014-173 du 21 février 2014.

³³ A titre d'exemple, le fait dans une entreprise de soumettre les augmentations de salaire à un quota de présence sans distinguer selon les motifs d'absence constituera une pratique discriminatoire indirecte si elle conduit à désavantager les représentants du personnel parce qu'ils utilisent leurs heures de délégation.

³⁴ Pensons ici par exemple à l'exigence d'une adresse postale ou électronique, de données téléphoniques, d'une caution...

Mais, le constat de l'existence de telles discriminations ne peut généralement être établi que par le biais d'une démarche analytique comparative de fond élaborée sur une certaine période et tendant à confronter des situations semblables. Or un tel travail d'analyse ainsi que le déclenchement éventuel de poursuites pénales ne peuvent à l'évidence être réalisés que par des associations et le projet de mise en place de l'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations au plan civil par le projet de loi sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle en est une parfaite illustration.

Parallèlement, et concrètement, il semble peu probable qu'un individu, victime d'une discrimination directe à raison de sa situation économique très fragile, précisément parce qu'il se trouve dans une telle situation, prenne seul l'initiative de dénoncer de tels faits et encore moins de déclencher des poursuites pénales contre leur auteur. Dans une telle hypothèse, le soutien d'acteurs de la lutte contre la pauvreté s'avère à l'évidence nécessaire.

Or, qu'il s'agisse de la discrimination directe, indirecte ou systémique, il est étonnant de constater que l'introduction du vingt-et-unième critère n'a pas été accompagnée d'une réforme procédurale – ni même d'ailleurs d'une proposition de réforme – qui aurait pourtant permis à des associations spécialement habilitées à lutter contre la pauvreté et à assister dans leur démarche judiciaire les personnes considérées comme pauvres à exercer – à l'image des associations mentionnées aux articles 2-1 et suivants du code de procédure pénale – les droits reconnus à la partie civile est donc y compris à agir par la voie de l'action. Cette situation est surprenante à double titre. Elle l'est d'abord parce que, comme il a été vu précédemment, cette réforme a largement été « poussée »³⁵ par les associations elles-mêmes. Elle l'est ensuite parce que le texte en question était exclusivement consacré à ce problème et qu'ont été soulignées lors des débats parlementaires ainsi que par le Défenseur des droits³⁶ les difficultés importantes rencontrées par les personnes en situation de grande pauvreté d'accéder au juge. Or, une telle mesure aurait permis de garantir, au-delà même de l'accès au juge, l'accès au droit et corrélativement son effectivité ! L'oubli législatif est ici patent et regrettable, et amène à s'interroger sur le devenir du nouveau critère discriminatoire.

³⁵ Rapport Ph. Kaltenbach, Sénat, n°507, p. 27.

³⁶ Avis du Défenseurs des droits du 30 mai 2016, n° 16-14.

B. Quel avenir pour le nouveau critère de discrimination ?

Au vu de ce qui vient d'être exposé, le bilan des courses semble donc bien maigre et décevant. Le droit pénal français de la lutte contre les discriminations reste malgré cette énième réforme énumératif – et donc consécutivement parcellaire mais aussi redondant – incomplet, en partie ineffectif et au final, peu convaincant.

Toutefois, l'on pourra se demander dans quelle mesure l'introduction de la vulnérabilité au titre des mobiles discriminatoires ne pourrait pas constituer les prémices d'une évolution future de l'article 225-1 vers une synthétisation. La question est d'actualité car plusieurs projets d'unification des listes de discrimination entre les différents droits sont aujourd'hui à l'étude³⁷ qui dénoncent l'abondance des textes ainsi que leur trop grande disparité et l'inflation galopante des critères de discrimination prohibés³⁸.

Parce que la liste de l'article 225-1 du code pénal ne semble jamais pouvoir être close - l'adoption d'un nouveau critère semblant toujours entraîné par un phénomène de catharsis l'aspiration d'un autre à être élu - on peut douter de la pertinence de la technique énumérative des critères de discrimination adoptée par le législateur français. Une telle méthode légistique participe-t-elle réellement à plus de clarté ? On peut en douter dans la mesure où sans même apporter plus de précisions, puisque les termes utilisés s'avèrent souvent assez nébuleux, elle laisse à l'évidence un sentiment de dispersion, d'incohérence³⁹. Et finalement, ne serait-il pas préférable au contraire de limiter le nombre de critères afin de rendre la liste plus synthétique quitte à confier au juge le soin comme pour d'autres incriminations dont il a été fait mention précédemment de relever les

³⁷ Projet de loi Égalité et citoyenneté : article 41 ; projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, article 19. C'est d'ailleurs la question qu'a posé le Président Ph. Bars lors des débats relatifs à l'introduction du 21^e critère de discrimination de l'art. 225-1 C. pén. auprès du Sénat le 10 juin 2015.

³⁸ En se limitant aux textes répressifs, on pourra ainsi relever que la liste des critères discriminatoires de l'art. 225-1 C. pén. s'est enrichie de trois nouveaux critères en moins de quatre ans : le critère de particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, le critère du lieu de résidence par la loi n° 2014-173 du 21 fév. 2014 et celui de l'identité sexuelle par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012.

³⁹ V. sur ce point : G. Calvès, « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », D. 2016, p. 1500.

éléments à l'origine de discriminations.

Sous cet angle, le critère de particulière vulnérabilité économique semble pouvoir être centralisateur en ce qu'il permet d'englober ceux relatifs au lieu de résidence, à l'origine⁴⁰, voire en partie celui de l'apparence physique car ce sont rarement les personnes se trouvant dans des situations économiques aisées qui souffrent de discrimination mais bien celles issues de milieux économiques et sociaux défavorisés ce qui se traduit généralement par l'un des éléments précédemment évoqués. C'est donc, de manière générale la pauvreté qui est à l'origine de nombreuses discriminations et comme l'a très justement remarqué un auteur, rétrospectivement il peut sembler surprenant d'avoir omis cette cause de discrimination tellement son effet sur l'accès à l'emploi, au logement, à certaines prestations de santé, est évident⁴¹.

Sans porter au pîcacle ce nouveau critère de discrimination, qui n'est, comme il a pu être constaté, pas exempt de critiques, il ressort de l'état actuel du droit pénal de la lutte contre les discriminations qu'il pourrait utilement être regardé comme possible critère fédérateur dans le cadre d'une réécriture future de l'article 225-1 du code pénal. Toutefois, il est impératif que le législateur s'empare, dans le cadre de sa démarche de lutte contre les discriminations, de la problématique dans sa globalité et engage une réforme non seulement sur le fond mais aussi procédurale.

Octobre 2016

⁴⁰ La vulnérabilité a déjà été reconnue par la Cour de Cassation comme source de discriminations au titre de l'origine : Cass. soc., 3 nov. 2011, n°10-20 765 : à propos de personnes migrantes.

⁴¹ G. Loiseau, « Regard sur la précarité sociale », D. 2016, p. 1753.