

ÉCOLE DOCTORALE 101

Centre du droit de l'entreprise

THÈSE présentée par :

Laura MOUREY

soutenue le : **18 décembre 2012**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit mention droit pénal et sciences criminelles**

**Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle
de lutte contre les discriminations**

THÈSE dirigée par :

Mme CUTAJAR Chantal

Maître de conférences à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Mr SEUVIC Jean-François

Professeur à l'Université de Lorraine

Mr FOURMENT François

Professeur à l'Université de Lorraine

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Mme LEBLOIS-HAPPE Jocelyne

Professeur à l'Université de Strasbourg

Mr LIAU Dan

Vice-Président de l'Association DpJ,
Responsable scientifique CIFRE

L'université n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier ma directrice de thèse, Chantal CUTAJAR, dont le soutien, les encouragements et la qualité de son encadrement m'ont permis de mener à bien ce travail de recherche.

Que ce travail témoigne de ma reconnaissance à l'égard de ceux qui m'ont soutenu tout au long de mes recherches : mes parents particulièrement, Sophie, Joële, Emmanuel et Audrey dont la présence, la patience, le courage n'ont pas d'équivalent.

Enfin, je souhaite remercier Jean-Paul et Violette pour le temps qu'ils ont consacré à la relecture de cette thèse et pour leurs précieux conseils.

J'ai toujours aimé le désert. On s'assoit sur une dune de sable. On ne voit rien. On n'entend rien. Et cependant quelque chose rayonne en silence...- Ce qui embélit le désert, dit le petit prince, c'est qu'il cache un puits quelque part... *Antoine de Saint-Exupéry*

A ma fille Nisa,

A ma tante Joële,

A Emmanuel,

TABLE DES ABREVIATIONS

I – Revues et périodiques

A

<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
<i>AJ Pén.</i>	Actualité juridique de droit pénal
<i>Arch. philosophie du droit</i>	Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale
<i>Arch. pol. crim.</i>	Archives de politique criminelle

B

<i>BO Min. just.</i>	Bulletin officiel du ministère de la Justice
<i>BO Min. trav.</i>	Bulletin officiel du ministère du Travail et de l'Emploi
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly

C

<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
<i>CSBP</i>	Cahiers sociaux du Barreau de Paris

D

<i>D.</i>	Dalloz (Recueil) – Chr. : chronique, J. : jurisprudence, Somm. : sommaires commentés, IR : Informations rapides, L : législation.
<i>Droits</i>	Droits
<i>Dr. adm.</i>	Droit administratif
<i>Dr. ouvr.</i>	Le Droit ouvrier
<i>Dr pén.</i>	Revue de droit pénal
<i>Dr. soc.</i>	Revue de droit social

G*Gaz. Pal.*

La Gazette du Palais

J*J.-Cl.**JSL**JCP*

Juris-Classeur – Encyclopédies

juridique)

Juris-Classeur Périodique (Semaine

Juris-Classeur Administrations et
Collectivités Territoriales*JCP Adm.*

Juris-Classeur édition entreprise

JCP E

Juris-Classeur édition générale

JCP G

Juris-Classeur édition sociale.

*JCP S*Journal officiel de la République française
– Lois et décrets.*JO*Journal officiel de la République française
– Débats, Assemblée nationale*JOAN*

Journal officiel de la République française

JOAN Q– Réponses ministérielles à questions
écrites, Assemblée nationale*JOCE*Journal officiel des Communautés
européennes

Jurisprudence sociale Lamy

L*Lamy CE actua.*

Lamy comité d'entreprise, actualités

Lamy soc. actua.

Lamy social, bulletin d'actualité

Liaisons soc.

Liaisons sociales

LPA

Les petites affiches

P*Politix*

Politix

R*Rec.**Rép. proc. pén**Rec. des arrêts et des décisions**Rép. trav.**RDC**RD publ.**Rev. pén.**RDT*Recueil des décisions de la Cour de justice
des communautés européennes*RD pén. crim.*Rec. des arrêts et des décisions de la
CEDH*Rec. Cons. const.*

Revue des contrats

*Rec. Cons. d'Et*Revue du droit public et de la science
politique*Rép. civ.*

Revue de droit du travail

Rép. pén.

Revue de droit pénal et de criminologie

*Rép. proc. civ.*Recueil des décisions du Conseil
constitutionnel

Recueil des décisions du Conseil d'Etat
Répertoire de droit civil (Encyclopédie
Dalloz)

Répertoire de droit pénal (Encyclopédie
Dalloz)

Répertoire de procédure civile
(Encyclopédie Dalloz)

Répertoire de procédure pénale
(Encyclopédie Dalloz)

Répertoire de droit du travail
(Encyclopédie Dalloz)

Revue pénitentiaire et de droit pénal
RDSS

Rev. sociétés

RFD Const.

RJS

RRJ

RSC

RTD civ.

S

SSL

RTD com

RTDE

RTDH

RFDA

RF adm. publ.

Revue de droit sanitaire et social

Revue des sociétés

Revue française de droit constitutionnel

Revue de jurisprudence sociale

Revue de la recherche juridique, droit
prospectif

Revue de science criminelle et de droit
pénal comparé

Revue trimestrielle de droit civil

Revue trimestrielle de droit commercial

Revue trimestrielle de droit européen

Revue trimestrielle des droits de l'Homme

Revue française de droit administratif

Revue française d'administration publique

Semaine sociale Lamy

T

TPS

Travail et protection sociale

II – Divers

A

<i>AAI</i>	Autorité administrative indépendante
<i>Act.</i>	Actualités
<i>Adde</i>	Ajoutez
<i>Aff.</i>	Affaire
<i>Al.</i>	Alinéa
<i>ANPE</i>	Agence nationale pour l'emploi
<i>Art.</i>	Article
<i>Ass. nat.</i>	Assemblée nationale
<i>Ass. plén.</i>	Assemblée plénière de la Cour de cassation

B

<i>BIT</i>	Bureau international du travail
------------	---------------------------------

C

<i>C. civ.</i>	Code civil
<i>C. comm.</i>	Code de commerce
<i>C. de l'org. jud.</i>	Code de l'organisation judiciaire
<i>C. pén.</i>	Code pénal
<i>C. pr. pén.</i>	Code de procédure pénale
<i>C. trav</i>	Code du travail
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>CADA</i>	Commission d'accès aux documents administratifs
<i>Cass. com.</i>	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Cass. crim.</i>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Cass. soc.</i>	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>CE</i>	Conseil d'Etat – Communauté européenne – Comité d'entreprise
<i>Conv.EDH</i>	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'homme
<i>CEE</i>	Communauté économique européenne
<i>CERD</i>	Convention sur l'élimination de la discrimination raciale
<i>Ch. Mixte</i>	Chambre mixte de la Cour de cassation
<i>Chr.</i>	Chroniques
<i>CHSCT</i>	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
<i>Circ. min.</i>	Circulaire ministérielle

<i>CNCDH</i>	Commission nationale consultative des droits de l'homme
<i>CJCE</i>	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CNIL</i>	Commission nationale de l'informatique et des libertés
<i>Coll.</i>	Collection
<i>Comm.</i>	Commentaire
<i>Comm. europ</i>	Commission européenne
<i>Concl</i>	Conclusion
<i>Cons. const.</i>	Conseil constitutionnel
<i>CPI</i>	Cour pénale internationale
<i>CDPDJ</i>	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse

D

<i>DACG</i>	Direction des affaires criminelles et des grâces
<i>Dactyl.</i>	Dactylographié
<i>Dir.</i>	Sous la direction de
<i>DFS</i>	Défenseur syndical
<i>Doc.</i>	Document
<i>DP</i>	Délégué du personnel
<i>DpJ</i>	Droit pour la justice
<i>DS</i>	Délégué syndical
<i>DUDH</i>	Déclaration universelle des droits de l'homme

E

<i>ECRI</i>	Commission européenne contre le racisme et l'intolérance
<i>ENAR</i>	Réseau européen contre le racisme

F

<i>FASILD</i>	Fonds d'aide et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations
---------------	--

G

<i>GELD</i>	Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations
-------------	---

H

<i>HALDE</i>	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
--------------	--

I

<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , même ouvrage et même passage
<i>in</i>	Dans
<i>Infra</i>	Plus loin dans le texte
<i>IR</i>	Informations rapides
<i>IRP</i>	Institutions représentatives du personnel

L

<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , article cité
------------------	-----------------------------------

M

<i>MRAP</i>	Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et pour la paix
-------------	---

N

<i>NCPC</i>	Nouveau Code de procédure civile
-------------	----------------------------------

O

<i>Obs.</i>	Observations
<i>OIT</i>	Organisation internationale du travail
<i>ONU</i>	Organisation des nations-unies
<i>Op. cit</i>	<i>Opere citato</i> , ouvrage cité
<i>ORIV</i>	Observatoire régional pour l'intégration et la ville
<i>OSCE</i>	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe

P

<i>Préf.</i>	Préface
<i>Préc.</i>	Précité
<i>Publ.</i>	Publié par

R

<i>Rapp.</i>	Rapport
<i>Rec.</i>	Recueil
<i>Req.</i>	Requête
<i>Rép. min.</i>	Réponse ministérielle

S

<i>Sect.</i>	Section
<i>Sect. synd.</i>	Section syndicale
<i>Spéc.</i>	Spécialement
<i>Somm.</i>	Sommaires commentés
<i>Supra</i>	Au-dessus dans le texte

T

<i>TA</i>	Tribunal administratif
<i>TC</i>	Tribunal correctionnel
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>TI</i>	Tribunal d'instance
<i>TPIR</i>	Tribunal pénal international pour le Rwanda
<i>TPIY</i>	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	3
TABLE DES ABREVIATIONS.....	5
SOMMAIRE	12
INTRODUCTION.....	13
PREMIÈRE PARTIE. LA PROMOTION DE LA VALEUR SOCIALE	27
TITRE PREMIER : L'identification de la valeur sociale	30
Chapitre premier :	
L'approche civile de la notion de discrimination : une violation du principe d'égalité.....	32
Chapitre second :	
L'approche pénale de la notion de discrimination: une atteinte à la dignité humaine	94
TITRE SECOND : La transcription de la valeur sociale	159
Chapitre premier:	
La prescription d'une norme de comportement : la prohibition des discriminations.....	160
Chapitre second :	
La redéfinition du champ de la politique criminelle de lutte contre les discriminations .	235
PARTIE SECONDE. LA PROTECTION DE LA VALEUR SOCIALE	291
TITRE PREMIER : Le droit pénal et le traitement des discriminations	294
Chapitre premier:	
L'utilisation des voies de recours dans le traitement des discriminations	295
Chapitre second:	
La coordination des voies de recours dans le traitement des discriminations.....	343
TITRE SECOND : Le droit pénal et la sanction des discriminations.....	415
Chapitre premier:	
La preuve des discriminations.....	416
Chapitre second :	
La responsabilité pénale en matière de discriminations.....	477
CONCLUSION GENERALE	526
REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES	531
INDEX	585
INDEX DE JURISPRUDENCE	591
ANNEXES	604
TABLES DES MATIERES	672

INTRODUCTION

1. *Discrimination, une nouvelle forme d'atteinte à l'homme.* Dans nos sociétés où nous avons toujours peiné à combattre des manifestations d'intolérance toujours plus variées, nous sommes en mal de reconnaissance, de *vivre ensemble*. L'Autre suscite bien plus la phobie, à moindre degré la peur ou la crainte, que la compassion et l'ouverture. La reconnaissance de l'égalité n'a donc jamais perdu son sens, car aujourd'hui comme hier, elle n'est pas encore totalement acquise. Sans doute l'est-elle dans les plus grands textes fondateurs de nos sociétés démocratiques, mais peut-être moins dans la réalité et dans le quotidien de tous ceux qui doivent cohabiter ensemble ; elle tend parfois à s'estomper et ne suffit alors plus à endiguer la fracture sociale à laquelle nous nous confrontons. Il y a longtemps, nous avons stigmatisé l'antisémitisme comme le rapporte Jean-Paul SARTRE dans ses « réflexions sur la question juive » : « L'antisémitisme est l'expression d'une société primitive, aveugle et diffuse qui subsiste à l'état latent dans la collectivité légale. Il ne faut donc pas supposer qu'un élan généreux, quelques bonnes paroles, un trait de plume suffisent à le supprimer : c'est comme si l'on s'imaginait avoir supprimé la guerre parce qu'on en a dénoncé les effets dans un livre »¹. La suppression d'un mal laisse subsister d'autres maux et c'est ainsi que d'autres manifestations d'intolérance et de rejet sont apparues plus récemment.

Discrimination, le concept est novateur car il correspond à une réalité actuelle, à un phénomène observé depuis quelques dizaines d'années. Paradoxalement, l'état d'esprit qui est au centre de ce concept n'a rien de très nouveau. La discrimination est la forme nouvelle des manifestations d'intolérance, de rejet ou de négation que l'on observe actuellement. Elle est d'une certaine manière le fruit de l'évolution d'une société dans laquelle la valeur prééminente des droits fondamentaux de l'homme ne saurait autoriser toute forme de ségrégation, d'esclavage ou d'atteintes dégradantes commises à l'encontre de l'homme. Les

¹ SARTRE J.-P., *Réflexions sur la question juive*, Paris : Gallimard, Coll. Folio Essais, 2005, p. 75.

postulats imposés par nos valeurs démocratiques actuelles rappellent de manière incessante que la différence ne doit pas être la cause du rejet de l'Autre. Si le temps de la barbarie au cours duquel pouvaient être observées les différenciations les plus graves est révolu en Europe, d'autres, moins graves mais plus perfides, ont réussi à subsister : opaques, récurrentes, variées, subtiles, elles présentent toutes les caractéristiques d'un fléau qu'il est difficile de combattre. L'étude de ce concept commence alors avec une principale difficulté qui impose de ne pas faire abstraction des différentes réalités couvertes par le phénomène qui font de lui un concept protéiforme délicat à appréhender.

2. Discrimination et respect de l'homme. La discrimination s'intéresse d'abord à l'homme comme sujet d'une société donnée à laquelle il appartient et qui décide directement de la place ou de l'importance qu'il conviendra de lui octroyer. « Cette forme de pouvoir (...) classe les individus en catégories, les désigne par leur individualité propre, les attache à leur identité, leur impose une loi de vérité qu'il faut reconnaître en eux »². L'identité participe alors au rattachement de l'individu à un groupe social donné et la discrimination, en tant que distinction arbitraire, doit, d'un premier abord, être considérée comme une atteinte directe à cette même identité. Mais, pour pouvoir construire la définition de la notion de discrimination, reste encore à savoir ce qu'il est possible de légitimement considérer comme étant un « critère d'identité personnelle ». Des tensions apparaissent entre la transcription juridique de cette identité, que l'on ne saurait plus uniquement résoudre à la notion d'identité civile et les différentes luttes sociales menées en vue de la reconnaissance d'un statut ou d'une condition³. Nous comprenons, dès lors, que tout critère que l'on va rattacher au concept de discrimination est un critère qui doit être indirectement considéré comme participatif à l'identité de l'homme.

Ces critères, portant directement sur la considération de l'homme, se sont imposés naturellement, non pas parce qu'ils étaient évidents en tant que tels, mais bien parce qu'ils ont marqué l'Histoire. On évoquera les courants idéologiques qui ont eu le plus d'impact: le

² FOUCAULT M., Le sujet et le pouvoir, in FOUCAULT M., *Dits et Ecrits 1954-1988*, Paris: Gallimard, Coll. Bibliothèque des sciences humaines, Vol. 4, 1994, p. 222.

³ CHRISTIANS L.-L., Dimensions philosophiques et religieuses des approches juridiques de l'identité in POUSSON-PETIT J. (dir.), *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2002, p. 63.

racisme, tout d'abord, en tant que « pensée circulaire qui pose en absolu, par une biologisation des catégories, des différences constatées ou supposées, pour justifier des actes d'infériorisation, d'exclusion et parfois de destruction »⁴. Doivent aussi être évoqués d'autres courants tels que l'antisémitisme et la xénophobie que l'on rattache à l'étrangeté. La Constitution française reconnaît pourtant « l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race ou de religion »⁵, ce qui permet de définir les premiers critères d'identité irréductibles de l'homme. Il y est surtout question de considération, de respect et d'estime afin de favoriser le respect d'une identité multiculturelle ou encore d'un droit à la différence. En définitive, la question des discriminations avait été définie à l'origine autour de critères restreints mais qu'il fallait juridiquement considérer comme arbitraires parce qu'ils instaurent une hiérarchisation, une catégorisation dont le fondement faisait toujours profondément défaut⁶.

3. Matérialisation de la discrimination. Si la discrimination se réfère donc à un état d'esprit, à une vision hiérarchisée de l'homme, elle doit néanmoins être matérialisée pour pouvoir être appréhendée par la science juridique. On ne saurait, en effet, condamner un état d'esprit qui ne se matérialise pas par des actes concrets. Matérialiser la notion pour mobiliser le droit supposait alors de choisir concrètement les problèmes politiques, économiques et sociaux auxquels il était nécessaire d'apporter des solutions. Toute la complexité de la politique criminelle de lutte contre les discriminations résulte donc des nombreuses logiques qui coexistent actuellement en son sein.

L'immigration est un point de départ important car s'il ne monopolise pas le sujet, le traitement accordé aux personnes dites *issues de l'immigration* est encore à ce jour une problématique trop récurrente. Les transformations sociales au sortir de la guerre ont donné toute leur place à un racisme qui permettait de renforcer les rapports capitalistes de

⁴ CHEBEL d'APPOLLONIA A., *Les racismes ordinaires*, Paris : Presses de Sciences po, Coll. La Bibliothèque du citoyen, 1998, p. 7.

⁵ Article 1^{er} de la Constitution du 4 oct. 1958.

⁶ Ainsi, l'ancien Code pénal ne prenait en compte, au niveau des critères protégés, que les critères de l'origine, du sexe, des mœurs, de la situation de famille, de l'état de santé, du handicap ou de l'appartenance ou de la non-appartenance d'un individu à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée : *anc. C. pén.*, art. 416.

production en autorisant l'exploitation de certaines catégories de travailleurs⁷. Mais l'octroi postérieur d'un certain nombre de droits à ces travailleurs a considérablement accentué la dégradation de leur image. *L'étranger* devint un concurrent potentiel, une menace et c'est ainsi qu'émergea progressivement un phénomène de repli réciproque et sans fin⁸. A la question de l'intégration, se rajouta ensuite celle des discriminations qu'allaient subir les générations suivantes.

Parallèlement, cette même question se rattache inéluctablement à un autre phénomène constant qu'est celui de l'exclusion⁹. Exclusion des femmes du système démocratique, des personnes handicapées de l'espace de travail etc., l'inclusion de ces différentes personnes au sein de la société passait nécessairement par une nouvelle réaffirmation du principe d'égalité. Mais, cela n'a pas empêché la subsistance d'un nombre important de discriminations commises à l'encontre de certaines parties de la population. Dans ce contexte, il importait que la discrimination sanctionne matériellement ces multiples rapports de domination économique ou sociale qui touchaient ces groupes de personne et qui résultaient directement de la représentation erronée que l'on se faisait de ces derniers.

La lutte contre les discriminations n'est alors plus une affaire de respect et d'estime de l'homme, elle épouse progressivement la question des inégalités sociales. Que signifie cette égalité qui nous octroie les mêmes droits mais qui s'efface derrière une réalité qui nous rappelle que nous ne pouvons pas les faire valoir? La politique de lutte contre les discriminations ne résulte donc pas d'une logique unique mais bien d'une appréhension plurifactorielle de différentes failles sociétales qu'il est nécessaire de combler. Stratégiquement, la solution à ces questions est nécessairement variée et le problème public

⁷ WIEVIORKA M., *Le racisme, une introduction*, Paris : la Découverte, Coll. la Découverte-poche - Essais, 1998, p. 96 et s.

⁸ COHN-BENDIT D. et SCHMID T. décrivent d'ailleurs ce phénomène : « Les populations locales regardent l'arrivée des étrangers avec méfiance. (...) Ceux-ci s'en aperçoivent, ils prennent donc leurs distances, se replient sur eux et deviennent alors vraiment des étrangers. (...) Le migrant qui pense à son futur retour ne reconnaît pas sa nouvelle terre étrangère (...). Les populations locales s'en aperçoivent et se sentent elles aussi exclues ». : *Xénophobies. Histoires d'Europe*, Bordeaux : Mollat, Coll. La Grande raison, 1998, p. 75.

⁹ FRAISSE G. explique ainsi cette dissociation entre exclusion et discrimination en montrant que l'exclusion précède souvent la discrimination. L'exclusion, selon elle, se rapporte à une image spatiale situant certains individus en dehors d'un certain espace. La discrimination, quant à elle, serait un rapport de domination à l'intérieur de ce même espace : *De l'exclusion à la discrimination. Une généalogie historique, philosophique et politique*, entretien avec FRAISSE G., réalisé par PERIVIER H., Revue de l'OFCE 3/2010, n° 114, p. 29.

est d'abord traité par la mobilisation de la norme juridique¹⁰. La tâche n'est pas des moindres car il ne s'agit pas de sanctionner quelques pratiques individuelles, mais plus encore des mesures¹¹, des normes et parfois tout un système¹². Enfin, il arrive que ces discriminations résultent de la prise en compte d'un critère et d'autres fois, de plusieurs critères imbriqués¹³ ou pris en considération séparément¹⁴, ce qui implique de nouveaux enjeux supplémentaires.

4. De la politique criminelle¹⁵... La norme juridique ayant été considérée comme l'élément stratégique et principal de la lutte contre les discriminations, il était nécessaire de définir les axes à travers lesquels il convenait d'agir. L'intervention de la norme pénale par l'instauration d'une infraction de discrimination¹⁶ fut la première étape décisive de mise en œuvre de cette politique de lutte contre les discriminations. Définie actuellement par l'article

¹⁰ Ce qui d'une certaine manière correspond à la logique juridique à laquelle nous nous confrontons actuellement et que PONCELA P. rappelait dans cet axiome : « les lois ont cessé d'être des principes pour devenir des solutions » : *Le droit pénal : au nom de la loi ou malgré la loi*, Arch. de philosophie du droit 1980, T. 25 : La loi, p. 29.

¹¹ Nous renverrons notamment au concept de discrimination indirecte qui permet de sanctionner les mesures, les règles ou les pratiques ayant un effet préjudiciable sur un groupe protégé. V. *infra* n° 90.

¹² C'est ainsi que la notion de discrimination systémique est récemment apparue dans le vocable de la discrimination. Le droit américain fait référence à cette notion mais en s'attardant sur la définition qu'il pose, nous nous apercevons qu'elle renvoie, en réalité, à notre propre définition de la discrimination indirecte : V. à ce sujet : LAVERGNE G., *La discrimination systémique sous la Charte québécoise. En marge des arrêts O'Malley et Bhinder*, Les Cahiers de droit 1986, Vol. 27, n° 4, p. 901. Les discriminations systématiques doivent donc plutôt être définies comme des discriminations constituées par les processus qui sont produits directement par la société ou par ses institutions. Cette notion est reconnue d'un point de vue sociologique et ne fait donc pas l'objet d'une appréhension juridique.

¹³ Il s'agit dans ce cas de discriminations composées. Cette notion renvoie à la situation dans laquelle une personne subit une discrimination qui résulte de la prise en compte de deux ou plusieurs critères

¹⁴ Nous parlons alors de discriminations multiples qui renvoient à l'hypothèse où une personne fait l'objet de plusieurs discriminations, toutes fondées sur la prise en compte d'un motif différent : Commission européenne, *Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois*, Bruxelles : Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007, p. 16.

¹⁵ Sur la notion de politique criminelle, v. DELMAS-MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris : PUF, Coll. Thémis – Droit privé, 1992 ; *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris : Economica, 1983 ; LAZERGES C., *Introduction à la politique criminelle*, Paris : L'Harmattan, Coll. Traité de sciences criminelles, 2000 ; DONNEDIEU DE VABRES H., *La politique criminelle des Etats autoritaires : la crise moderne du droit pénal*, Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2009 ; BERNAT de CELIS J. *La politique criminelle à la recherche d'elle même*, Arch. pol. crim. 1977, n° 2, p. 3. DEROUSSIN D., *Politique criminelle et politique pénale*, consultable sur : www.afhj.fr/ressources/deroussin-ppp.PDF ; BRUSCHI C., *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*, Paris : PUF, Coll. Droit et justice, Actes du colloque organisé le 19 et 20 septembre 2002 par le Centre Lyonnais d'histoire du droit et de la pensée politique et la Mission de recherche Droit et Justice, Université Jean Moulin Lyon III, 2002 ; ANCEL M., *Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle*, Arch. pol. crim. 1975, n° 1, p. 15 ; SZABO D., *L'évaluation des politiques criminelles: quelques remarques préliminaires*, RSC 1981, p. 1 et s.

¹⁶ Instaurée par la loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, dite loi PLEVEN, JO du 2 juill. 1972, p. 6803.

225-1 du Code pénal, comme toute « distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée », la sanction des discriminations n'a jamais cessé de s'élargir. Pourtant, en dépit de l'importance de cette infraction, elle s'est avérée insuffisante face aux différents visages que pouvaient prendre les phénomènes discriminatoires. La discrimination ne pouvait se résumer à une simple infraction et nous avons alors développé tout un arsenal juridique sanctionnant les discriminations.

D'un point de vue théorique, une telle dynamique concorde parfaitement avec l'idée même que l'on se fait de la politique criminelle. Bien qu'initialement définie par FEUERBACH¹⁷, comme « l'ensemble des procédés répressifs par lesquels l'Etat réagit contre le crime », cet idiome qui tend à faire de la matière pénale l'apanage de la politique criminelle est dépassé. VON LISZT la rattachera ainsi à l'ensemble des principes par lesquels l'Etat et la société sont susceptibles de lutter contre le crime¹⁸ et sa définition marquera un net recul de la voie pénale dans la construction d'une politique criminelle¹⁹. Concrètement, « le droit pénal serait plutôt la forme dans laquelle les buts de politique criminelle sont transposés dans l'application du droit ». Ainsi, la politique criminelle doit être vue comme « antérieure et supérieure » au droit pénal ce qui, selon Monsieur ROXIN, implique deux conséquences: le droit pénal aurait un caractère purement instrumental et ne serait donc pas l'unique

¹⁷ FEUERBACH cité par ALLINNE J.-P., *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI^e siècle*, Tome 2 : Le temps des doutes 1920-2004, Paris : l'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2004, p. 11-12. Cette même conception qui semble confondre droit pénal et politique criminelle se retrouve chez DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Recueil Sirey, 1943, p. 13.

¹⁸ VON LISZT cité par PRADEL J., *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., Paris : Cujas, Coll. Références, 2010, p. 55, n° 59.

¹⁹ Cette conception fait encore l'objet de divergences doctrinales. RASSAT M.-L. note que l'évolution de la définition de la politique criminelle n'a eu pour conséquence que d'intégrer l'élément de prévention en plus de celui de la répression. Elle en conclut dès lors que cette notion s'apparente ainsi à celle de la science criminelle et en propose une définition différente reposant sur deux éléments: la conscience de la possibilité d'action qui serait exprimée par la mise en place d'objectifs à atteindre : RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, 2^{ème} éd. Paris : Ellipses, Coll. Cours Magistral, 2006, p. 69 -70, n° 68.

instrument de cette politique²⁰.

Ce faisant, il faut envisager la politique criminelle de manière plus générale et l'approche systémale développée par Madame le Professeur DELMAS MARTY nous paraît être la plus adéquate. La politique criminelle serait alors « l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel »²¹. C'est à partir de deux invariants, à savoir la déviance²² (D) et l'infraction²³ (I) que l'auteur développe plusieurs combinaisons permettant de dégager différents modèles de politique criminelle²⁴. Ce qui nous intéresse tout particulièrement dans cette analyse est la déclinaison des réponses étatiques ou sociales à ces invariants. Cette déclinaison place à côté de la réponse pénale d'autres types de réponses étatiques²⁵, que sont notamment la voie civile et administrative ou encore la politique criminelle participative qui tend à prendre de l'ampleur²⁶. Aussi, même si l'outil répressif reste l'élément central dans la mise en oeuvre de la politique criminelle, la diversité de la réaction sociale engendre nécessairement une implication répressive plus ou moins accentuée et variée.

5. ...à la politique criminelle de lutte contre les discriminations. Cette notion de politique criminelle est bien évidemment entendue dans un sens large et elle est ainsi étudiée comme une stratégie de lutte contre le crime de manière générale. Notre choix de réutiliser cette notion dans le cadre de l'étude spécifique d'un comportement délictuel répond d'abord à une réalité. La politique criminelle de lutte contre les discriminations se compose aujourd'hui d'un panel de dispositions juridiques conséquent puisant dans toutes les sphères du droit et qui assurent toutes une protection de l'individu contre différentes manifestations

²⁰ ROXIN M. cité par BERNAT de CELIS J., *op. cit.*, p. 8.

²¹ DELMAS-MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, *op. cit.*, p. 13.

²² La déviance devant être entendue au sens sociologique du terme.

²³ Le terme est entendu dans son acception générale à savoir tout comportement contraire à la norme juridique.

²⁴ Ainsi DELMAS-MARTY M. présente trois modèles de politique criminelle : le modèle socio-démocrate, le modèle totalitaire et le modèle autoritaire. Chacun de ces modèles existent à travers la variation de la hiérarchie des relations fondamentales existantes : *Les grands systèmes de politique criminelle*, *op. cit.*, p. 77. Cette approche sera reprise par LAZERGES C., *op. cit.*, p. 33 et s.

²⁵ L'auteur souligne ainsi que « les pratiques pénales ne sont pas seules dans le champ de la politique criminelle, où elles se trouvent enveloppées par d'autres pratiques du contrôle social: non pénales (sanction administrative par exemple), non répressives (prévention, réparation médiation par exemple), et parfois même non étatiques » : DELMAS-MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, *op. cit.*, p. 13.

²⁶ V. à ce sujet, LAZERGES C., *op. cit.*, p. 109 et s.

discriminatoires. Ces dispositions ne consistent pas uniquement en des normes pénales, même s'il faut admettre qu'il n'y a, en réalité, de politique criminelle qu'à partir du moment où la norme pénale définit, à l'origine, les comportements antisociaux à l'encontre desquels une stratégie doit être mise en place. Ce faisant, cette référence à la politique criminelle de lutte contre les discriminations marque notre volonté de ne pas circonscrire le cadre de l'étude à une sphère unique du droit s'intéressant à la question. Cette démarche, déjà conduite par certains auteurs²⁷, ne répond plus à notre sens aux enjeux actuels de la lutte contre les discriminations. Aujourd'hui, avec un recul de quasiment trente années de politique de lutte contre les discriminations, un rapide aperçu de son évolution permet de faire état de l'augmentation conséquente des dispositions protectrices de l'individu, de la redéfinition récurrente des outils de traitement des comportements, mais aussi du recul de certaines sphères juridiques au profit d'autres. Dans cette perspective, une appréciation critique des stratégies mises en oeuvre nous paraît donc bien plus opportune et c'est justement ce qu'induit en elle-même la référence à la notion de politique criminelle. Elle nous invite, en effet, à ne pas encadrer le sujet dans des limites trop étriquées, mais à envisager le système dans sa globalité pour constater l'état de cette politique et, de manière plus prospective, à rechercher comment il est possible d'en dépasser les limites.

La difficulté est réelle. Le concept de discrimination couvre en lui-même des acceptions différentes que l'on ne saurait extraire de notre sujet et qu'il convient de combiner. Etant entendu que nous avons rejeté l'appréciation du sujet sous un angle juridique spécifique, nous ne pouvons en retenir une définition juridique unique. La définition de la discrimination doit donc être posée dans des termes généraux, raison pour laquelle nous proposons de considérer qu'est constitutif d'une discrimination **toute différence de traitement motivée par l'un des critères prohibés par la loi et considérée comme non justifiable objectivement**. L'avantage d'une telle définition est qu'elle comporte une référence juridique sans pour autant limiter le champ matériel d'application couvert par les différentes acceptions se rattachant à la notion. Malgré tout, nous ne pouvons nous satisfaire

²⁷ Nous renverrons sur ce thème aux nombreuses thèses qui ont déjà été consacrées au sujet : ROCCA M., *La discrimination en droit pénal*, Thèse dacty. Nice, 1997 ; PERU-PIROTTE L., *La lutte contre les discriminations en droit du travail*, Lille : ANRT, 2004 ; SEGRETAIN S., *La répression de la discrimination*, Thèse dacty. Rennes, 2005.

de la seule référence juridique et il conviendra d'adopter une démarche pluridisciplinaire pour ne pas se couper des réalités sociales auxquelles nous nous confrontons, comme aux orientations politiques qui influent considérablement sur l'évolution de la matière. De même, ne faudrait-il pas tomber dans l'excès inverse qui consisterait à n'envisager la question qu'à travers une conception généraliste car nous risquerions, dès lors, de nous contenter d'une approche trop comparative.

6. Recul du droit pénal des discriminations dans une politique à la recherche de l'effectivité de la sanction des discriminations. Le sujet doit être envisagé à travers une amorce bien précise et c'est ainsi que le rôle du droit pénal dans la politique criminelle nous apparaît être un point d'ancrage fondamental. Il l'est notamment eu égard à certaines considérations. Tout d'abord, parce que la politique criminelle tend de plus en plus à être appréciée sous l'angle de l'effectivité. L'effectivité est l'attente d'un résultat concret que doit apporter toute norme qui se veut sanctionnatrice d'un comportement ; il s'agit d'une tendance générale qui régit le système pénal dans sa globalité. Or, c'est cette même exigence d'effectivité qui a conduit à une profonde remise en question de la place du droit pénal dans la sanction des comportements discriminatoires. En raison de l'insuffisance des résultats constatés, la politique criminelle s'est détachée de sa dialectique traditionnelle « sanction-réparation ». L'iniquité a appelé la redéfinition du système en entier à tel point que la réparation est devenue le mode principal de sanction des discriminations. La doctrine fait état de cette réalité : d'aucuns notent le caractère symbolique de l'incrimination, qui bien que nécessaire, ne saurait suffire à l'endiguement des comportements discriminatoires. Mais faut-il véritablement se contenter de cette réalité difficilement contestable si l'on tient compte du faible contentieux judiciaire existant en la matière? N'y-a-t-il pas là un jugement quelque peu hâtif, dont nous ne saurions nous suffire?

7. La question du rôle du droit pénal. Le rôle, du latin médiéval *rotulus*, renvoie à l'idée de fonction²⁸ ou, si l'on s'attache à lui donner une définition plus noble, il se réfère à la mission ou la vocation²⁹. Le rôle d'une personne ou d'une institution s'envisage dans une

²⁸ V° rôle in *Le Nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : Dictionnaires le Robert, 2002.

²⁹ V° rôle in *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, Paris : Larousse, Tome 9, 1982.

dynamique interactionnelle. Il permet de mesurer, en quelque sorte, son apport dans un domaine ou à l'égard d'une tâche particulière. LINTON soulignait ainsi que « lorsqu'on envisage le rôle de fils, celui-ci se définit par rapport à plusieurs rôles complémentaires, en particulier ceux de père et mère »³⁰. On envisage classiquement le droit pénal à travers différentes fonctions, la fonction répressive étant la plus communément admise. Mais la norme pénale peut aussi avoir une fonction préventive, voire expressive ou pédagogique. En définitive, c'est donc à travers ses différentes missions qu'il convient de mener notre réflexion : quelle est la contribution de la norme pénale dans la lutte contre les discriminations ? Dans quelle mesure la persistance de la voie pénale se justifie-t-elle en la matière ? Tels sont les questionnements auxquels il est nécessaire d'apporter des réponses.

8. Une appréciation qui doit être portée tant à l'égard de la politique criminelle législative que judiciaire. Il n'est pas possible de répondre à ces questions en envisageant la politique criminelle dans sa globalité et c'est à cet effet que la doctrine différencie ce qui relève de la « politique criminelle législative » et de la « politique criminelle judiciaire »³¹.

La politique criminelle législative vise à réguler les comportements sociaux en les appréhendant au niveau de la norme juridique. Ce faisant, un choix doit être opéré sur le, ou les, type(s) de réponse(s) apportée(s) en vue d'endiguer le comportement social en question. Le « refus de l'automatisme »³², en tant qu'élément protecteur contre la législation liberticide, commande que le recours à la voie pénale réponde à un principe de nécessité. Cette exigence de nécessité, rattachée au principe de légalité des peines et des délits, rappelle qu'« il ne suffit donc pas que les incriminations soient prévues par la loi pour en admettre le principe, elles doivent en outre être pertinentes au regard de ce qui les justifie socialement, pour un meilleur respect des libertés »³³. La légitimité de l'existence d'une infraction pénale

³⁰ V° rôles et statuts in *Encyclopedia Universalis*, Paris : Encyclopedia Universalis, Index 4, 1996.

³¹ LAZERGES C., *op. cit.*, p. 59. Cette division est en réalité tri-partite, à savoir une politique législative, une politique judiciaire et une politique participative.

³² DELMAS-MARTY M., *Pour des principes directeurs de la législation pénale*, RSC 1985, p. 225. C'est aussi ce que ANCEL M. rattachait à une exigence de systématisation d'ensemble. Cette exigence implique que chaque réforme doit s'inscrire dans un système pour ne pas être, par conséquent, des « réactions indiscriminées du coup par coup ». ANCEL M., *op. cit.*, p. 36.

³³ En ce sens, v. MAYAUD Y., *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Droit fondamental – Classiques, 2010, p. 30-31, n° 21.

apparaît alors à partir du moment où cette dernière se rattache à une valeur sociale qu'il est nécessaire de protéger et que l'on va estimer violée lorsque le comportement en question apparaît. L'incrimination peut poursuivre différentes fonctions : elle peut être tout simplement symbolique et, dans cette perspective, son intérêt porte essentiellement sur sa capacité à rappeler la valeur à laquelle elle se rattache ; ou encore axiologique et il s'agira alors de « reconnaître une valeur sociale nouvelle par l'énoncé de sanctions particulières »³⁴.

La politique criminelle judiciaire, ou pour certains la « politique pénale », est davantage « le moyen de la mise en oeuvre de la politique criminelle »³⁵. Il s'agit donc de la mise en pratique de la politique criminelle législative. Elle aussi repose sur une stratégie qui lui est propre et qui se mue en un double mouvement. C'est d'abord un ensemble de pratiques, guidées au niveau national par les priorités que le Garde des sceaux détermine³⁶ puis, qui sont adaptées localement en fonction des choix stratégiques qu'il convient d'opérer. C'est particulièrement à ce niveau que se pose la question de l'effectivité car c'est notamment en partant de l'étude de cette pratique qu'il nous est permis de savoir dans quelle mesure l'incrimination est mise en oeuvre et quelles sont les difficultés rencontrées à cet effet.

9. Méthodes d'appréciation de la problématique. Cette dissociation de la politique criminelle a des conséquences directes sur la démarche adoptée dans le cadre de notre recherche. Puisque la politique criminelle législative nous invite à s'interroger sur la

³⁴ PONCELA P. et LASCOUMES P., *Réformer le code pénal : où est passé l'architecte ?*, Paris : PUF, Coll. Les Voies du droit, 1998, p. 12.

³⁵ DEROUSSIN D. distingue la politique pénale de la politique criminelle en analysant la première comme une politique d'application de la loi pénale. Elle se rattache aux orientations qui vont guider le déclenchement des poursuites mais aussi l'exercice de l'action publique. Il précisait à ce titre que la politique pénale doit être entendue comme « le réseau de décisions et d'actions concrètes qui dynamisent la réponse pénale au phénomène criminel » : DEROUSSIN D., *loc. cit.*, p. 9. Une telle définition semble somme toute assez proche de celle de LAZERGES C. qui rattachait à la politique judiciaire « la politique criminelle inscrite dans les décisions et les pratiques des juridictions de l'ordre judiciaire », *op. cit.*, p. 91.

³⁶ Cette approche est davantage consacrée dans les ouvrages pratiques. Elle s'oppose à une conception extensive de cette notion qui semble résulter en partie d'une approche plus théorique : BRUSCHI C., *op. cit.*, p. 20. Pour une définition extensive de la notion de politique pénale, v. AGUILA Y., *La politique pénale est elle une politique publique comme les autres?*, La revue administrative 1994, p. 7. Mais une telle conception, comme le souligne BRUSCHI C. parce qu'elle comprend six éléments allant de l'élaboration de la norme jusqu'à l'exécution du jugement rendu « apparaît identique à celle de politique criminelle définie depuis Feuerbach », *op. cit.*, p. 19.

légitimité de la norme pénale, elle nous conduit à privilégier, dans un premier temps, une appréciation très théorique de la question des discriminations. Il importe d'aller aux sources de ce qui commande cette interdiction des discriminations, autrement dit de nous interroger sur la *ratio legis* de l'incrimination des discriminations. La discrimination, ressentie classiquement comme une atteinte à l'égalité de l'homme, a curieusement été classifiée dans le Code pénal comme « atteinte à la dignité humaine ». Rien ne permet de nous renseigner d'emblée sur les raisons de cette démarche mais cette double appréhension des discriminations doit nécessairement retenir notre attention.

Ainsi, c'est à travers l'étude approfondie des discriminations, tant sous l'angle de l'égalité que de la dignité, qu'il est possible de faire apparaître l'intérêt concret d'une norme pénale sanctionnant ce type de comportement. La discrimination, en tant qu'atteinte à la dignité humaine, n'est pas le fruit d'une classification hasardeuse. Bien au contraire, cette approche pénale des discriminations a su respecter une certaine logique au terme de laquelle il existe bien une conception de la notion de discrimination, spécifique à cette matière. Cette conception se démarque considérablement des autres approches plus classiques de la discrimination, notamment de l'approche civile de cette notion. Dans cette perspective, le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations ne peut nécessairement pas être réduit à la seule sanction de l'infraction de discrimination. Il convient même d'aller plus loin en affirmant que la fonction symbolique de cette norme pénale dépasse le cadre de cette seule infraction. Le rattachement de la discrimination au respect de la dignité humaine a non seulement contribué à la reconnaissance de cette valeur sociale, mais il a également permis d'élargir le champ de la sanction des discriminations, notamment par la répression de comportements animés par un état d'esprit similaire. La norme pénale a donc su, à travers cette valeur sociale, tirer des conséquences différentes de la répression des comportements discriminatoires, qui ne se retrouvent dans aucune autre norme juridique sanctionnant les discriminations.

La légitimité de cette norme n'efface cependant pas le constat au terme duquel il n'existe pas, au niveau de la pratique, de véritable répression des discriminations. Un tel constat est notamment appuyé par une étude préalable que nous avons menée sur le traitement répressif

des discriminations³⁷. Cette étude avait pour finalité principale de donner un meilleur aperçu des difficultés rencontrées en matière de traitement des discriminations. Ces difficultés, bien souvent résumées à la question de la preuve de l'élément moral de l'infraction, apparaissaient néanmoins sous un angle différent à la suite d'une lecture attentive des différents arrêts rendus en la matière. Les recherches portant sur le traitement pénal des discriminations ont donc été conduites à partir d'un panel de décisions rendues par les juridictions répressives, publiées par différentes bases de données. Le recensement d'environ 190 décisions rendues en la matière sur trente ans³⁸, alors même que, parallèlement, d'autres voies d'action aboutissent à un traitement plus conséquent des discriminations, ne peut nécessairement pas appuyer l'idée qu'il existe une sanction pénale effective du délit de discrimination³⁹.

Pourtant, il subsisterait une certaine incohérence à admettre, d'une part, la nécessité d'une norme pénale sanctionnant les discriminations et se contenter, d'autre part, d'une sanction ineffective de ce type de comportement. Cette fois encore, dépasser le cadre du droit pénal spécial, pour s'intéresser plus largement à celui de la politique criminelle de lutte contre les discriminations, permet de mieux comprendre les enjeux actuels relatifs au traitement des discriminations. L'existence de comportements discriminatoires trop récurrents rend pertinente l'idée que la sanction pénale ne saurait être un mode de traitement courant des discriminations. Parallèlement, l'existence de difficultés générales propres à l'ensemble du traitement des discriminations permet de relativiser le recul de la voie pénale dans la sanction de ce délit. Sans effacer le constat que d'importantes carences subsistent, nous nous sommes attachés à démontrer que des perspectives d'amélioration du traitement des discriminations existent. Nous avons tenté également d'appuyer l'idée qu'une véritable politique criminelle de lutte contre les discriminations ne saurait faire abstraction d'un traitement répressif des discriminations.

³⁷ Cf annexe n° 6.

³⁸ L'étude ne fait état que de 188 décisions. Nous y avons ajouté, par la suite, les quelques décisions ayant été rendues depuis la fin de la rédaction de cette étude.

³⁹ Il convient de noter que sur ce panel de 190 décisions, seules 59 décisions ont abouti au prononcé d'une sanction pénale, ce qui est considérablement faible pour un contentieux s'étalant sur une trentaine d'années. Ces données peuvent être examinées en détail dans l'annexe n° 6.

La norme pénale sanctionnant les discriminations est donc partagée entre nécessité et effectivité. La nécessité justifie sa légitimité, quand l'effectivité explique la faible contribution de la voie pénale dans le processus de traitement des discriminations. Notre recherche doit donc combiner ces deux éléments. Le délit de discrimination répond à cette exigence de nécessité à partir du moment où nous constatons qu'il existe une approche spécifique, en droit pénal, de la notion de discrimination et qui ne saurait être confondue avec celle d'autres domaines juridiques. L'effectivité se mesure, quant à elle, par la capacité de la norme à protéger la valeur sociale qui s'y rattache. Cette appréciation doit s'intégrer dans une démarche prospective qui doit permettre de faire état des perspectives d'amélioration existantes en la matière.

Aussi, afin de mesurer le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations, il conviendra d'envisager successivement le délit de discrimination tant sous l'angle de la nécessité que sous celui de l'effectivité.

Nous étudierons donc :

- **La promotion de la valeur sociale (1^{ère} partie)**
- **La protection de la valeur sociale (2^{ème} partie)**

PREMIÈRE PARTIE.
LA PROMOTION DE LA VALEUR SOCIALE

10. Une dualité de valeurs sociales. L'incrimination pénale est la retranscription de ce que, dans une société donnée, nous considérons comme nuisible à la valeur sociale que nous entendons protéger. En 1986, un auteur faisait état de la nécessité de recourir à une incrimination qui protégerait ainsi le principe d'égalité contre les nombreuses formes d'atteintes portées à l'encontre de l'homme. La mobilisation de la norme pénale lui faisait alors avouer : « on peut le déplorer dans la mesure où c'est là le signe que l'affirmation d'un principe même au plan constitutionnel demeure à soi seule sans effet sur les conduites individuelles si elle n'est pas assortie de sanctions répressives »⁴⁰. Pourtant à l'occasion de la réforme du Code pénal⁴¹, sa nouvelle codification range l'incrimination de discrimination dans la catégorie des atteintes à la dignité humaine⁴². Etait-ce l'effet du hasard ou fallait-il y voir une volonté affirmée du législateur de promouvoir une nouvelle valeur à laquelle devait être rattachée l'infraction de discrimination ? Intuitivement rattachée à la notion d'égalité, la discrimination devenait également une atteinte au respect de la dignité humaine, un principe aux contours flous que le droit français connaissait encore à peine.

11. L'appréhension de la discrimination sous l'angle de ces valeurs sociales. L'objectif du législateur n'apparaît pas clairement; la tendance est à la confusion. Instinctivement, nous pressentons la difficulté que suppose l'appréhension de la notion de discrimination, tout autant que les interrogations qu'elle engendre. La promotion de la dignité humaine était-elle la manifestation du rejet de la conception égalitariste de la discrimination ? Allait-elle opérer une scission dans la définition et la construction de la notion de discrimination ? Le rattachement de la discrimination au respect de la dignité était-il, au contraire, le simple résultat d'un choix hasardeux et dépourvu de cohérence⁴³ ? Nécessairement, si le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les

⁴⁰ KOERING-JOULIN R., *Le droit pénal et la lutte contre les atteintes discriminatoires*, RID Pén. 1986, n° 1-2, p. 15.

⁴¹ Loi n° 92-683, n° 92-684, n° 92-685, n° 92-686 du 22 juillet 1992, loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 et loi n° 93-913 du 19 juillet 1993.

⁴² Livre II, Titre II, Chapitre V.

⁴³ Rappelons ainsi que, sous l'empire de l'ancien Code pénal, la discrimination était réprimée au chapitre des crimes et des délits contre les propriétés et plus particulièrement, dans la section relative aux banqueroutes, escroqueries et autres espèces de fraudes.

discriminations consiste dans la promotion d'une nouvelle valeur sociale, encore faut-il qu'il ne s'agisse pas d'un simple effet d'annonce. Autrement dit, cette dualité de valeurs sociales doit aboutir à une dissociation concrète tant de la définition de cette notion que de sa déclinaison et de sa portée juridique. Il ne nous est donc pas possible de nous intéresser à la discrimination, abstraction faite des valeurs sociales auxquelles elle se rattache. Au contraire, c'est en nous focalisant préalablement sur ces valeurs sociales qu'il nous est possible d'être au plus près de la réalité juridique de la discrimination.

Nous devons ainsi raisonner par opposition, c'est-à-dire qu'il importe de confronter ces valeurs sociales entre elles. Notre première démarche est donc une démarche d'identification de la valeur sociale (Titre premier). Elle doit nous permettre d'appuyer notre conviction selon laquelle en promouvant une nouvelle valeur sociale, la norme pénale a construit sa propre approche des discriminations. Elle doit, dès lors, conforter notre sentiment qu'il existe bel et bien une spécificité pénale dans la lutte contre les discriminations. Assurément, la promotion de cette valeur sociale, qu'est le respect de la dignité humaine, n'a de sens et d'utilité que si sa retranscription forge l'évolution du droit vers la sanction de nouvelles formes de comportements discriminatoires. Cette spécificité se mesure, dès lors, à l'égard de la transcription de cette valeur sociale, autrement dit, à l'égard de ce qu'elle protège et de comment elle la protège (Titre second).

TITRE PREMIER :

L'IDENTIFICATION DE LA VALEUR SOCIALE

12. Des incertitudes dans le choix de la valeur sociale. Le rattachement de la discrimination à la dignité humaine ne s'est pas fait sans interrogation et encore à l'heure actuelle, de nombreux auteurs restent dubitatifs quant à la pertinence de la classification opérée par le Code pénal. Ainsi, Messieurs les Professeurs PRADEL et DANTI JUAN marquent leur étonnement s'agissant du contenu d'un chapitre qu'ils qualifient d'« hétéroclite » et notent à cet effet que « le lecteur ne doit guère compter sur le législateur pour l'éclairer sur ce qui réunit ici toutes ces incriminations et sur ce qui les rattache au concept de dignité »⁴⁴. D'autres procèdent à l'élargissement de ces atteintes à la dignité humaine en ralliant à cette valeur des infractions telles que la diffamation, l'injure, ainsi que l'atteinte à la présomption d'innocence⁴⁵. Enfin, une partie de la doctrine résout le problème simplement en rattachant l'infraction à la protection du principe d'égalité⁴⁶.

13. Le rattachement cumulatif de la discrimination à l'égalité et à la dignité. L'identification de la valeur sociale à laquelle se rattache la discrimination ne va donc pas de soi. Il est certain que la lutte contre les discriminations se rattache cumulativement à la

⁴⁴ PRADEL J. et DANTI JUAN M., *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, Coll. Références, 2010, p. 253. Cette présentation se retrouve également dans l'ouvrage de droit pénal spécial des Professeurs MERLE et VITU. Ceux-ci rattachaient à la protection de la dignité personnelle, la provocation à la discrimination, la diffamation et l'injure à raison de l'appartenance raciale ou religieuse ainsi que les discriminations, MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, Tome 2 : Droit pénal spécial, 4^{ème} éd., Paris : Cujas, 1981, p. 1574 et s. V. aussi, GATTEGNO P., *Droit pénal spécial*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Cours Dalloz - Série droit privé, 2007, p. 136 et s.

⁴⁵ VERON M., *Droit pénal spécial*, 13^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Sirey université – Série Droit privé, 2010, p. 174 et s. CONTE Ph. rattache, quant à lui, la provocation à la discrimination, au titre des atteintes à la dignité humaine *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Paris : Litec, Coll. Manuels, 2007, p. 255 et s.

⁴⁶ V. notamment, RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz- Série Droit privé, 2011, p. 616 et s. ; PRADEL J. et DANTI-JUAN M. prennent également le parti de présenter l'infraction de discrimination dans une section intitulée « les atteintes à l'égalité », *Droit pénal spécial*, *op. cit.* p. 255. Il en va de même en ce qui concerne LARGUIER J., LARGUIER A.-M. et CONTE Ph., *Droit pénal spécial*, 14^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Mémentos Dalloz - Série Droit privé, 2008, p. 155.

question du respect de l'égalité et de la dignité. Ainsi, l'association discrimination – atteinte à l'égalité fut constamment réactivée par certaines sphères du droit malgré l'apparition du principe du respect de la dignité humaine. Il règne donc une sorte de conflictualité entre la dignité et l'égalité. Dans une approche civiliste, la discrimination constitue bien une atteinte à l'égalité (Chapitre premier). Le Code pénal, quant à lui, a fait le choix du rattachement de la discrimination à une valeur dont l'appréhension s'avère délicate, notamment en raison de son contenu plus diffus et de son apparition plus récente. De ce point de vue, la discrimination consiste en une atteinte à la dignité humaine (Chapitre second).

Chapitre premier :

L'approche civile de la notion de discrimination: une violation du principe d'égalité

14. De tout temps, l'homme n'a cessé d'aspirer à ce principe qui ferait de lui l'égal de son prochain et mettrait fin aux servitudes qui faisaient de lui l'être inégal que l'on a connu. Seul le temps a permis de façonner ce principe d'égalité (Section 1) qui atteint son paroxysme par la consécration de l'égalité naturelle de l'homme. Cette égalité est un élément de protection et de reconnaissance de la valeur de l'être humain. Il ne s'agit pour autant que de sa première acception. Cette égalité, initialement conçue sous l'angle de la valeur de l'homme, a été parallèlement et progressivement utilisée comme élément de définition des normes arbitraires (Section 2). L'égalité n'en restait pas moins très abstraite. Pour dépasser son caractère énonciatif et lui permettre de se réaliser concrètement, il était nécessaire de faire appel à un autre principe. Le recours à la notion de discrimination et l'élaboration d'un principe de non-discrimination ont ainsi permis de donner force à ce principe d'égalité (Section 3).

Section 1 - L'émergence du principe d'égalité en droit français

15. Nous concevons nécessairement l'égalité comme un rapport à l'autre, qui intègre l'homme au sein d'une organisation sociale et lui octroie une place. Selon la reconnaissance qu'on lui accorde, elle peut être une source de progrès social indéniable. Mais curieusement, si l'égalité est inhérente à l'homme, elle ne s'impose pas d'elle-même ; elle reste le plus souvent le fruit d'un long processus. L'égalité est d'abord une quête (§1) qui, quand elle arrive à maturité, permet la consécration de l'égalité naturelle de l'homme (§2).

§ 1 - La quête ontologique de l'égalité

16. « Au sens formel et général, l'égalité est un postulat de la justice »⁴⁷. Telles étaient, dès l'origine, les premières apparitions de ce principe que nous retrouvons à travers les réflexions de l'école du droit naturel (A). Il faudra attendre l'avènement des théories du contrat social pour que puissent être observés les premiers rapprochements de l'égalité au droit (B).

A) *L'égalité, comme postulat de justice*

17. Dans toute la pensée doctrinale du droit naturel⁴⁸, l'égalité fait figure de précepte fondamental. Si cette pensée se divise en deux courants épistémologiques différents⁴⁹, il est préférable de l'envisager de manière chronologique car cela permet de retracer l'évolution du principe dans la doctrine classique (1) et moderne (2) du droit naturel⁵⁰.

⁴⁷ FRIEDMANN W., *Théorie générale du droit*, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de philosophie du droit, Vol. VI, 1965, p. 386.

⁴⁸ Nous avons généralement tendance à nous référer à la notion de droit naturel sans chercher forcément à définir cette notion. Il est vrai que de prime abord, cette terminologie nous invite à considérer qu'il s'agit du droit dont la source procède de la nature. Cette définition est un peu simpliste et ne nous renseigne guère. DOMAT en propose une définition plus précise à travers sa distinction entre droit positif et droit naturel. Les règles du droit naturel sont ainsi celles « qui étant des suites nécessaires des principes de la justice et de l'équité, sont immuables et les mêmes toujours et partout ». SOURIOUX J.-L., *Introduction au droit*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Droit fondamental - Droit politique et théorique, 1990, p. 86.

⁴⁹ Le choix méthodologique à travers lequel nous aboutissons à la découverte du droit naturel conduira à la scission du concept. Le droit naturel peut ainsi apparaître comme celui qui répond à un ordre rationnel et qu'il convient d'observer pour pouvoir en déduire la loi. D'un point de vue plus subjectif, le droit naturel se rapporte également à la raison. Dans cette perspective, la loi qui en découle n'est plus le produit de l'ordre rationnel mais directement celui de l'homme, cet être doté de raison. Ce second courant sera essentiellement celui de GROTIUS puis de PUFENDORF.

⁵⁰ Sur l'évolution du principe d'égalité, voir GOLDSCHMITT V., *Les renversements du principe d'égalité des anciens aux modernes*, Paris : Sirey, Coll. Droit privé – Philosophie, 1972.

1) *L'égalité, dans la doctrine classique du droit naturel*⁵¹

18. La justice comme point de départ de l'égalité. Les premiers éléments d'une réflexion aboutie sur le principe d'égalité se retrouvent dans l'œuvre des philosophes de l'Antiquité grecque, particulièrement celle de PLATON, puis de son disciple ARISTOTE. Les réflexions d'ARISTOTE, que retracent notamment deux de ses ouvrages fondamentaux que sont la *Politique* et l'*Ethique à Nicomaque*, ne portent pas directement sur le droit naturel. En effet, ARISTOTE s'intéresse avant tout à l'homme et à son bonheur, particulièrement à travers ses vices et ses vertus. De ce fait, c'est à travers la notion de justice qu'il appréhende le droit naturel⁵² et il s'agit donc d'une vision ontologique du droit et de la justice. L'observation de l'homme, mais aussi l'analyse du langage⁵³ et des différents sens que l'on peut donner aux termes, constituent les points de départ de sa réflexion.

Quand il envisage la notion de justice, c'est pour la définir comme une vertu, la somme de toutes les vertus, c'est-à-dire la stricte conformité de la conduite humaine à la loi morale⁵⁴. Mais, cette vertu est avant tout sociale car elle ne s'envisage qu'à travers le rapport que l'homme entretient avec les autres. Cette justice générale, telle qu'entendue par ARISTOTE, se confond avec l'idée de *légalité*, ce qui signifie qu'elle ne s'applique qu'aux comportements humains se situant en dehors de la loi⁵⁵. Il distingue de cette justice générale, une autre justice, qu'il appelle particulière. Elle porte sur celui qui exige plus que la part de ce qui lui est dû et concerne donc l'homme cupide⁵⁶. Cette justice⁵⁷ n'est autre qu'une

⁵¹ Cette école est très ancienne, nous la retrouvons dans l'Antigone de SOPHOCLE. Antigone se défendait ainsi en reprochant à Créon de faire de ses ordres une valeur supérieure à ces « lois immuables qui ne sont point écrites et, qui dès-lors ne sauraient être effacées ». Elle lui rappelle alors qu' « il y a plus d'un jour que ces lois existent : éternelles et sans cesse vivantes, nul ne peut assigner leur berceau » cité par FABRE d'OLIVET D., *Etudes littéraires et philosophiques*, 2^{ème} éd., Paris : Hachette, 1835, p. 53.

⁵² Ce sera la même démarche qu'empruntera ultérieurement SAINT THOMAS d'ACQUIN à travers son illustre ouvrage qu'est La somme théologique : *La somme théologique - La Justice*, 2^{ème} éd., Paris : éd. du Cerf, Coll. Somme théologique 2-2, traduction française par GILLET M. S., T. 1, 2a-2a, 1948, Questions 57-62, Question LVII : Du droit, Article 1^{er}.

⁵³ Ses travaux, exposés dans l'*Ethique à Nicomaque*, déclinent les différents sens que l'on peut attraire au terme *dikaion*.

⁵⁴ VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 2003, p. 80.

⁵⁵ C'est ce qui, comme le souligne VILLEY M., aboutira à la confusion opérée par la doctrine entre droit et justice : v. VILLEY M., *Philosophie du droit*, T. 1 : Définitions et fins du droit, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 1982, p. 61.

⁵⁶ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, Sur la justice, Paris : Flammarion, Coll. G.F., traduction par BODEUS R., 2008, p. 37.

égalité, une juste répartition des biens et des choses.

19. L'égalité comme finalité de la norme juridique. Dans la réflexion aristotélicienne, l'égalité entretient un rapport étroit avec la norme juridique puisqu'elle est vraisemblablement une finalité de cette norme⁵⁸. La norme juridique doit permettre une juste répartition des biens et des choses de chaque individu et donc de corriger un déséquilibre. Or, celui-ci, selon ARISTOTE, peut être corrigé par deux types de justice particulière : la justice distributive et la justice corrective. La justice distributive implique le respect d'une égale distance entre le trop et le trop peu et l'égalité est alors géométrique. La justice corrective, quant à elle, s'intéresse au rapport que contractent deux personnes à l'occasion du transfert d'un bien ou d'une chose. L'égalité, envisagée sous ce second angle, n'est plus géométrique mais arithmétique : $a=b$. Ce second type d'égalité ne s'intéresse qu'à la valeur du bien ou de la chose qui fait l'objet du transfert, si bien que quelle que soit la situation des personnes en présence, cette valeur ne sera jamais susceptible de variation. Elle a essentiellement pour rôle de « veiller à la rectitude des échanges »⁵⁹.

20. Impact de la réflexion aristotélicienne sur la définition du principe d'égalité. La définition aristotélicienne de l'égalité influencera considérablement la façon dont nous avons défini et décliné ce principe. Cette influence portera également sur la définition de la discrimination et sera propice à la confusion de ces notions. Nous en retiendrons les éléments essentiels à savoir que l'égalité géométrique est une comparaison entre deux choses⁶⁰. Cette comparaison suppose qu'à l'origine les personnes soient en situation d'égalité. En intégrant la proportionnalité dans cette définition, il en conclut que l'égalité

⁵⁷ Dans la pensée aristotélicienne, ces deux formes de justice portent la même appellation car procèdent du même genre. Il résume, d'ailleurs, avec beaucoup d'habileté la relation existante entre ces deux formes de justice puisqu'il considère que ce qui est inégal est toujours illégal, mais ce qui est illégal n'est pas toujours inégal : *ibid.*, p. 44.

⁵⁸ C'est notamment l'interprétation de VILLEY M., *Philosophie du droit, op cit.*, p. 73 et s.

⁵⁹ La réflexion aristotélicienne relative au droit naturel gravite autour de la question de la distribution et de la répartition des choses dont dispose l'homme, ce qui explique sa vision particulièrement mathématique de l'égalité.

⁶⁰ Dès lors, selon ARISTOTE, le juste implique nécessairement quatre termes, à savoir deux personnes et deux choses.

consiste dès lors à attribuer à chacun ce qui lui revient⁶¹. Le principe n'a donc aucun caractère absolu, il est au contraire relatif et correctif et doit simplement se contenter de rééquilibrer les inégalités existantes.

Mais, cette façon d'entrevoir l'égalité est également différente de la définition actuelle que nous donnons au principe d'égalité. L'égalité aristotélicienne ne s'envisage qu'au travers du droit⁶² et non de l'homme, alors même que celui-ci est au cœur de sa réflexion. Il ne s'agit donc pas d'une égalité naturelle et c'est la raison pour laquelle il considère que si certains sont prédisposés au commandement, d'autres sont esclaves par nature⁶³. Pour tout dire, l'égalité régit les rapports entre les hommes mais l'égalité n'est pas au cœur de l'homme⁶⁴. Elle a d'emblée une coloration bien plus philosophique, se rapprochant de la vertu.

21. Bien loin de constituer un droit de l'homme, l'égalité n'a, pour ARISTOTE, qu'une vocation régulatrice ; elle doit s'intégrer dans une finalité d'organisation sociale. La doctrine moderne de l'école du droit naturel marquera un bouleversement dans l'entendement du principe d'égalité. On y observe notamment les prémisses de la conception de l'égalité en tant que droit naturel de l'homme.

2) *L'apport de la doctrine moderne du droit naturel*

22. *Un droit naturel fondé sur la raison.* La révolution politique et sociale qui aboutira à l'avènement de l'Etat moderne amènera dans son berceau de nouvelles problématiques et axiomes juridiques. Ceci ne sera pas sans conséquence sur la conception du droit naturel, car

⁶¹ La proportion est une égalité de rapports ou, autrement dit, une proportion géométrique : « il se fait que le rapport de l'ensemble A + C à l'ensemble B + D est précisément celui que chacun des deux termes du premier ensemble entretient avec le terme correspondant de l'autre A avec B et C avec D », *ibid.*, p. 51.

⁶² Cette intégration de l'égalité dans le droit n'est pas l'œuvre du hasard. En réalité, elle est fondatrice de l'idée même de droit naturel car celui-ci n'est autre que « le point d'ajustement parfait entre deux êtres en relation : la mesure exacte, le "ni plus, ni moins" objectif » : SERIAUX A., *Le droit naturel*, 2^{ème} éd., Paris ; PUF, Coll. Que sais-je ?, 1999, p. 36.

⁶³ PERELMAN Ch., Les équivoques du principe d'égalité en droit in *Histoire et structure*, A la mémoire de GOLDSCHMIDT V., études réunies par BRUNSCHWIG, IMBERT C. et ROGER A., Paris : J. Vrin, 1985, p. 299.

⁶⁴ L'égalité est un principe régulateur des échanges et les termes de justice « distributive » et « commutative » sont particulièrement explicites à cet égard.

ses principes se détacheront progressivement de ce que l'on considérait être leur origine : le commandement divin. Ce changement de dialectique sera notamment l'œuvre de l'École du droit de la nature et des gens, sous la pensée de H. GROTIUS⁶⁵ et de ses disciples PUFENDORF, WOLFF, VATTEL, HOBBS et LOCKE. Leur conception du droit naturel les amènera à étudier deux problématiques centrales que sont *l'état de nature* et le *contrat social*.

Opérant une rupture avec les conceptions anciennes du droit naturel qui aboutissaient à confondre la morale et le droit naturel, cette école marque l'avènement d'une nouvelle conception du droit naturel, entendu comme « l'ensemble des règles, dictées par la raison, qui devaient régir les rapports des hommes dans l'état de nature »⁶⁶. La loi naturelle est entendue comme celle que l'homme est tenu d'observer et qui, contrairement à la loi positive, n'est pas susceptible de changement. Ce changement d'appréhension d'un droit naturel non plus fondé sur la morale, mais davantage sur la raison humaine - *la recta ratio* - conduira à placer l'homme au centre des questions politiques. La pensée philosophique se veut alors individualiste : l'homme étant entendu comme source de toute action⁶⁷.

23. L'égalité au cœur de la question du pacte social. Au centre des problématiques soulevées par le droit naturel, se pose la question de la sociabilité de l'individu. L'homme ne dispose pas de la faculté de s'épanouir dans une société qui n'est pas régie par des lois et cette réalisation suppose qu'il s'intègre dans un groupe social avec lequel il passe un pacte. HOBBS s'opposera fermement à ce sujet à la conception aristotélicienne qui rejetait toute existence politique de l'homme en raison de son naturalisme⁶⁸. Pour lui, au contraire, l'homme, cet être doué de raison, renonce à son état d'indépendance pour contracter par sa propre volonté ce pacte social. Dans ce paradigme, l'égalité apparaît être l'un des postulats

⁶⁵ Son œuvre fondamentale est indéniablement son traité *De jure belli et pacis*. V. en ce qui concerne la pensée de GROTIUS : DUFOUR A., *Droits de l'homme, droit naturel et histoire : droit, individu et pouvoir de l'École du droit naturel à l'École du droit historique*, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 1991, p. 43 à 69.

⁶⁶ ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, Coll. Introuvables - Droit public, 2001, p. 266.

⁶⁷ Telle était notamment la conception de LOCKE J. A l'inverse des théories absolutistes de HOBBS, LOCKE J. a créé sa propre théorie des droits inaliénables, parmi lesquels figurent notamment la vie, la liberté et les biens notamment le droit à la propriété privée : v. FRIEDMANN W., *op. cit.*, p. 75- 76.

⁶⁸ GOYARD-FABRE S., *Éléments de philosophie politique*, Paris : A. Colin, Coll. Cursus- Série Philosophie, 1996, p. 16 et s.

fondamentaux de cette doctrine individualiste. L'égalité n'est pas uniquement la condition de formation de ce pacte social, elle est l'idée même de ce pacte. Il suffit pour cela d'observer la nature humaine pour constater que cette égalité est inéluctable : « la nature humaine se trouve la même dans tous les hommes (...) il ne saurait y avoir de société entr'eux s'ils ne se regardent du moins comme ayant une nature commune »⁶⁹.

La naissance de la philosophie individualiste et la réflexion des penseurs du 18^{ème} siècle vont considérablement faire évoluer ce concept d'égalité. « Le rejet de la question de la nature est d'autant plus radical que le droit prend sa place »⁷⁰. La promotion et la protection de l'égalité dépassent le stade de la simple réflexion pour devenir un véritable enjeu politique. Dans cette perspective, l'égalité est portée par l'aspiration grandissante à un ordre social nouveau au sein duquel elle se doit d'être garantie. Il s'agit des prémisses de la construction d'un véritable modèle égalitariste.

24. L'inflexion du paradigme de l'égalité en tant qu'élément extérieur au droit laisse place à l'égalité comme principe fondamental de toute constitution sociale. Le point d'ancrage est différent et entraîne, de ce fait, un renforcement des références à l'égalité dans la pensée des philosophes qui ont construit la théorie du contrat social.

B) L'égalité en tant que fondement du contrat social

25. ***L'égalité, une condition de formation du pacte social.*** La théorie du contrat social, que l'on retrouve déjà chez PUFENDORF mais que nous attribuons largement à ROUSSEAU⁷¹, sera reprise et réactualisée au 17^{ème}-18^{ème} siècle. Au fur et à mesure de son développement, elle laissera une place de plus en plus prépondérante au principe d'égalité.

⁶⁹ PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens* cité par GOLDSCHMITT V., *Anthropologie et politique. Les principes du système de ROUSSEAU*, 2^{ème} éd., Paris : Vrin, Coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 1983, p. 468.

⁷⁰ PELLISSIER G., *Le principe d'égalité en droit public*, Paris : LGDJ, Coll. Systèmes, 1996, p. 21.

⁷¹ MALAURIE Ph., *Anthologie de la pensée juridique*, 2^{ème} éd., Paris : Cujas, 2001, p. 111.

L'état de nature est nécessairement affecté par la société⁷², berceau des passions mais aussi des brigandages et c'est avec le regroupement social que nous pouvons passer de l'état de paix à l'état de guerre⁷³. L'égalité est balayée au profit du règne de la loi du plus fort. La conservation et le plein épanouissement de l'homme ne peuvent, dès lors, se réaliser qu'à travers la fondation d'une société civile. Pour ce faire, « il faut trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui même et reste aussi libre qu'auparavant »⁷⁴.

La théorie contractualiste de ROUSSEAU ou de MONTESQUIEU est dans la même lignée que celle de PUFENDORF ou encore de HOBBS⁷⁵. La philosophie politique du siècle des Lumières est innovante, non pas par rapport à l'idée du contrat social, mais davantage dans la façon dont ce pacte va organiser socialement les individus. En effet, ces théories vont

⁷² La théorisation rousseauiste du contrat social s'appuiera grandement sur ses précédentes réflexions que nous retrouvons dans son *Discours sur l'origine de l'inégalité*. Cette œuvre porte sur l'observation de l'ordre naturel dans lequel les hommes vivent, leur *modus vivendi*. ROUSSEAU y constate l'existence d'une harmonie naturelle et d'une certaine sociabilité, qui est directement favorisée par cet état naturel de liberté et d'égalité. C'est, selon lui, le passage à la société moderne qui fragilise cette liberté et cette égalité. C'est la raison pour laquelle, il importe que cette organisation sociale permette la restitution de ces droits naturels, devenant alors des droits civils : ROUSSEAU J.-J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris : Librairie générale française, Coll. Le livre de poche – Classiques de la philosophie, 1999, p. 85 et s. et p. 119 et s. Dans les autres approches contractualistes, c'est parfois un défaut de sociabilité et un état de fragilité, dans lequel l'homme est maintenu par sa vie dans une société non organisée politiquement, qui constitue le point de départ des théories du contrat social. Ainsi, pour PUFENDORF, il n'y a que la raison humaine qui permet de passer de l'état de guerre à l'état de paix. HOBBS, dans le *Léviathan*, considère, quant à lui, qu'à l'état de nature se trouve la guerre. Pour autant dans cet état de guerre préalable, tous les hommes se sentent égaux. Puisque l'homme recherche naturellement la paix et la conservation, l'association politique constitue sa seule manière de se défendre : HOBBS Th., *Léviathan*, Paris : J. Vrin - Dalloz, Coll. Bibliothèque des textes philosophiques, traduit par TRICAUD F., 2004. A l'inverse chez MONTESQUIEU, l'état de nature est un état de paix, où l'homme se sent inférieur, ce qui justifiera son désir de conservation. Seul ce désir de conservation suffira à convaincre l'homme de passer un contrat social qui lui garantira l'état de paix : SPECTOR C., *Montesquieu, Liberté, droit et histoire*, Paris : Michalon, Coll. Le Bien commun, 2010, p. 55 et s. HUME considère enfin que l'analyse de HOBBS procède d'un raisonnement individualisme excessif et donc que sa théorie contractualiste est peu réaliste voire même spéculative. V. à ce sujet GOYARD FABRE S., *Eléments de philosophie politique, op. cit.*, p. 23 et s. ; TERREL J., *Les théories du pacte social : droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris : Seuil, Coll. Points - Série Essais, 2001, p. 135 et s.

⁷³ BINOCHÉ B., *Introduction à "De l'esprit des lois" de Montesquieu*, Paris : PUF, Coll. Les Grands livres de la philosophie, 1998, p. 50 et s.

⁷⁴ ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Paris : Flammarion, Coll. Garnier Flammarion Série n° 94, 1992, p. 39.

⁷⁵ Il y aura bien évidemment de grandes divergences d'opinions sur le passage contractuel à la société civile. Ainsi par exemple, HOBBS considérerait ce contractualisme comme une construction purement humaine. PUFENDORF, quant à lui, s'oppose à cette théorie car pour lui, il existe un droit divin naturel qui régit le droit issu de l'intervention humaine : GOYARD FABRE S., *Philosophie politique XVIe-XXe siècles*, Paris : PUF, Coll. Droit fondamental - Droit politique et théorique, 1987, p. 256 et s.

utiliser la notion de volonté générale⁷⁶, c'est-à-dire celle qui s'exprime à travers la souveraineté populaire, comme fondement de cette organisation sociale. Leur aspiration profonde pour la liberté contribuera à envisager la loi comme seule garantie possible de son maintien.

Aussi critiquables qu'utopiques soient ces théories, elles ont toutes, à leur manière, inspiré la création d'un ordre constitutionnel démocratique. Pour le sujet qui nous intéresse, l'importance qu'attachent tant ROUSSEAU que MONTESQUIEU à la loi⁷⁷ va avoir un impact direct sur l'entendement du principe d'égalité. Le concept d'égalité sort de son carcan de principe naturaliste pour devenir progressivement une véritable fiction politique. L'égalité n'est plus seulement entendue comme élément préexistant à l'homme et à la construction du corps social, elle devient, au contraire la condition de formation du contrat social et sa condition de « survivance »⁷⁸.

26. La loi, un vecteur de réalisation de l'égalité. Ce légitimisme⁷⁹ aboutira à intégrer l'égalité dans une nouvelle dialectique, qui est celle de l'égalité par la loi. Nous la retrouvons, par exemple, chez MONTESQUIEU qui voyait dans l'égalité le principe même de toute démocratie⁸⁰. Rejetant l'idée d'égalité absolue, qu'il considère comme chimérique⁸¹, il en appelle à la loi pour assurer l'égalité des citoyens. La loi doit être au service de l'égalité afin de la garantir. ROUSSEAU présente d'ailleurs très bien ce tryptique: « la fin de tout système de législation (...) se réduit à deux objets principaux : la liberté et l'égalité ; la

⁷⁶ Comme le souligne GOYARD FABRE S., pour Rousseau « la volonté de tous n'est qu'une sommation de volontés particulières, la volonté générale est la volonté une et indivisible du peuple en corps ». GOYARD FABRE S., *ibid.*, p. 273.

⁷⁷ V. BACOT G., *Rousseau et l'établissement de l'égalité* in KOUBI G. et GUGLIELMI G. J. (dir.) *L'égalité des chances : analyses, évolutions, perspectives*, Paris : la Découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 11.

⁷⁸ Comme le souligne un auteur, « le contrat politique légitime exclut la première inégalité "de nature" qui existe entre les hommes, mais leur donne une égalité *en droit*. Cette dernière n'exclut pas toute inégalité de condition (...). La loi (juridique) ne doit pas servir non plus cette inégalité (...). La loi ne peut seulement entériner la menace permanente de l'inégalité *économique* », CHARRACK A. et SALEM J., *Rousseau et la philosophie*, Paris : Publications de la Sorbonne, Coll. Philosophie –Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2004, p. 178.

⁷⁹ Notamment à travers la réflexion de MONTESQUIEU sur la séparation des pouvoirs, v. à ce sujet : TROPER M., *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, 1980.

⁸⁰ MONTESQUIEU, *Œuvres complètes de Montesquieu*, Paris : F. Didot frères, 1846, p. 211.

⁸¹ Il considère ainsi que l'homme naît dans l'égalité mais que cette égalité est nécessairement perdue par la vie en société. Dès lors, cela ne peut être que par l'effet des lois que l'homme retrouve son égalité, *ibid.*, p. 212 et s.

liberté, parce que toute dépendance particulière est autant de force ôtée au corps de l'Etat ; l'égalité, parce que la liberté ne peut subsister sans elle⁸² ». Pour le philosophe de Genève, il ne saurait exister d'autres possibilités pour assurer l'égalité que de la garantir au travers de la loi, considérant que « c'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité, que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir »⁸³.

Mais cet homme, à qui nous reconnaissons une égalité naturelle, est parallèlement la proie d'inégalités naturelles. VOLTAIRE faisait état de cette contradiction : « cette égalité n'est pas l'anéantissement de la subordination ; nous sommes tous également hommes, mais non membres égaux de la société. Tous les droits naturels appartiennent également au sultan et au bostangi (...). Les hommes sont donc égaux dans l'essentiel, quoiqu'ils jouent sur la scène des rôles différents »⁸⁴.

L'égalité est au cœur de la réflexion rousseauiste et l'influence de ses idées philosophiques sur les revendications politiques, que nous retrouvons à l'aube de la révolution française, est indéniable. Pourtant, il faut se garder de croire que ROUSSEAU cherche prioritairement à promouvoir un système égalitaire. Son aspiration première reste la liberté, une liberté fondatrice du contrat social. C'est à travers la construction de cet ordre politique régi par la volonté générale et par l'œuvre de la loi que l'égalité prend sa place. « A partir de là, on bâtit une doctrine de l'égalité, on la développa en un mythe vertigineux, on revendiqua l'égalité pour tous, on abolit les privilèges, on lança un manifeste des égaux...Mais on tordit aussi le cou à l'idée de liberté »⁸⁵.

27. La quête de l'égalité a, comme nous l'avons vu, permis de faire évoluer un principe, qui, initialement, est inhérent à l'état de nature. Le rattachement de l'égalité à la loi, expression de la volonté générale, est l'occasion de concrétiser les premiers rapports entretenus par le droit positif et l'égalité. La notion de discrimination n'y apparaît pas car

⁸² ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social, op. cit.*, p. 76.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ VOLTAIRE, *Œuvres complètes de Voltaire*, T. 5, Paris : Furne, 1846, p. 531.

⁸⁵ GOYARD-FABRE S. souligne que la doctrine rousseauiste avait été interprétée à contresens par les révolutionnaires. Ces derniers s'étaient appuyés sur les théories de ROUSSEAU au soutien de leurs revendications individualistes. Pour autant, note-t-elle, la liberté, telle que l'entend ROUSSEAU, n'a pour but que de servir l'Etat et non de s'opposer à celui-ci : *Philosophie politique, op. cit.*, p. 329-330.

l'égalité ne constitue encore, à ce moment là, qu'un idéal. Mais c'est à partir de cet idéal que s'est construite l'œuvre des Révolutionnaires, convaincus de son bien-fondé mais aussi de la nécessité de consacrer cette égalité en tant que principe fondateur de la société qu'ils envisageaient de bâtir sur les ruines de la monarchie. Du principe philosophique qu'elle fût, l'égalité devint alors un véritable « droit individuel »⁸⁶.

§ 2 - La consécration de l'égalité naturelle de l'homme

28. La consécration de l'égalité atteint son paroxysme quand elle aboutit à la reconnaissance de l'égalité de valeur de l'être humain, c'est-à-dire d'une égalité naturelle au nom de laquelle chacun est égal en droit. Cette œuvre sera le fruit de la Révolution française (A). Bien que consacrée, elle n'est pas toujours acquise et l'Histoire ne nous enseignera pas le contraire (B).

A) Le droit d'être traité comme un égal, l'œuvre révolutionnaire

29. *Les droits de l'homme et la reconnaissance d'une égalité en droit.* La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fut, sans conteste, la première étape de la véritable reconnaissance d'un principe d'égalité en droit public français⁸⁷. Pour autant, elle n'a pas permis sa normativisation concrète et c'est la raison pour laquelle la doctrine s'accorde à considérer qu'il ne s'agit là que de son point de départ.

La consécration de ce principe est la concrétisation d'une philosophie individualiste qui place l'homme au centre d'une société et dont l'unique objet est de garantir les droits dont il dispose. Il s'agit d'une philosophie qui s'oppose avec force au maintien d'une société créatrice de privilèges dont seuls les clercs et les nobles avaient tiré profit. L'égalité devint alors un enjeu décisif, une question au centre des profondes restructurations de l'ordre

⁸⁶ ESMEIN A., *op. cit.*, p. 540 et s.

⁸⁷ Nous renverrons à la thèse de CAPORAL S. consacrée à ce sujet : *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Thèse Aix-Marseille, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, 1995.

politique et social envisagées par les révolutionnaires. Le passage de la monarchie à l'avènement d'un état démocratique ne pouvait s'envisager sans la proclamation d'une égalité de tous qui allait donner toute légitimité à la nation pour représenter ce nouvel Etat⁸⁸.

L'égalité est la pierre angulaire des droits de l'homme, sans laquelle ils n'ont pas de signification. On affirme alors l'égalité de valeur de l'être humain sans distinction d'origine, de race ou de privilèges et dont le caractère est universel. Mais il ne s'agissait que d'une égalité en droit et il n'existait aucun doute dans l'esprit des révolutionnaires quant à l'étendue de ce principe. On avait pourtant osé la question : l'égalité est polysémique, elle réfère tant au statut de l'être humain qu'aux conditions dans lesquelles il se développe au sein de la société. Ce deuxième versant, compris comme une fatalité de la nature humaine, conduisait l'abbé SIEYES à noter qu'« il existe, il est vrai, de grandes inégalités de moyens parmi les hommes. La nature fait des forts et des faibles ; elle départit aux uns une intelligence qu'elle refuse aux autres. Il suit qu'il y aura entre eux inégalité de travail, inégalité de produit, inégalité de consommation ou de jouissance ; mais il ne suit pas qu'il puisse y avoir inégalité de droits »⁸⁹. L'égalité de droits était déjà une belle avancée, un rempart de taille à l'encontre d'une société dans laquelle l'inégalité naturelle avait été aggravée par l'attribution de privilèges⁹⁰. L'abbé SIEYES ne faisait que rappeler que l'égalité n'était que le bastion des ruptures d'égalité produites directement par l'homme.

30. Consécration de l'égalité et rejet de l'égalité de fait. L'égalité de fait, autrement appelée « égalité matérielle », n'était qu'utopie. Gracchus BABEUF ne s'écriait-il pas à son sujet : « taisez-vous misérables ! l'égalité de fait n'est qu'une chimère; contentez-vous de l'égalité conditionnelle ; vous êtes égaux devant la loi. Canaille que te faut-il de plus ? »⁹¹.

⁸⁸ CARON J.-C., *La nation, l'Etat et la démocratie en France de 1789 à 1914*, Paris : A. Colin, Coll. U, 1995, p. 141 et s.

⁸⁹ SIEYES E. J., Préliminaire de la Constitution, reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen in FAURE C., *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Paris : Payot, Coll. Bibliothèque historique, 1988, p. 93.

⁹⁰ Sur cette notion, voir SUEUR P., *Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècle*, T. 2, Affirmation et crise de l'Etat sous l'Ancien Régime : la genèse de l'Etat contemporain, Paris : PUF Droit, Coll. Thémis-Droit public, 2001, p. 111 et s.

⁹¹ DOMMANGET M., *Sur Babeuf et la conjuration des égaux*, Paris : F. Maspero, Coll. Bibliothèque socialiste, 1970, p. 225 et s.

Profondément idéaliste et écartée avec regret, la recherche de cette égalité réelle ne sera jamais véritablement abandonnée. Nous verrons par la suite que plus l'intégration du principe d'égalité formelle semblait acquise, plus les développements de la science juridique tendaient à réduire le fragment inégalitaire par le biais de ce fameux concept d'égalité matérielle⁹².

L'égalité se voit accorder dans le texte révolutionnaire une place d'exception. Proclamée à l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme mais aussi à son article 6⁹³ et 13 s'agissant de l'égalité devant l'impôt⁹⁴, sa pléthore de références dénote du profond attachement des révolutionnaires à un principe « plus fondamental que la liberté même, parce que l'égalité c'est l'homme même »⁹⁵. Dans ce texte figure le point de départ de l'existence d'un principe juridique que l'on retrouvera par la suite sans cesse présent en droit public français⁹⁶.

31. L'égalité fût la victoire de la philosophie individualiste et le point de départ de la refonte du système constitutionnel mais elle resta au fond bien mal acquise. Sa proclamation ne permis pas de garantir l'égalité à laquelle on croyait et que l'Histoire a su partiellement effacer.

B) La négation de l'égalité en droit, l'œuvre de l'Histoire

32. *Le caractère absolu et universel de l'égalité naturelle.* L'égalité telle que proclamée par la Déclaration des droits de l'homme est une égalité naturelle. Il s'agit de la première facette de ce principe dont la portée est la plus absolue. Cette égalité, qui a une

⁹² Notamment avec le concept de discrimination positive, voir *infra* n° 94 et s.

⁹³ « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

⁹⁴ « Une contribution commune doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés ».

⁹⁵ Pour le doyen VEDEL, « l'égalité est non un droit naturel, mais le fondement même de tout droit naturel, car il n'y a plus de droit naturel si les hommes ne sont pas égaux entre eux, autrement dit si les hommes n'existent pas. L'égalité est la condition même de la reconnaissance de l'homme » : VEDEL G., L'égalité in COLLIARD C.-A. et al., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : ses origines, sa pérennité*, Paris : La Documentation française, Actes du colloque du 6-8 mars 1989 tenu à Paris, 1990, p. 172.

⁹⁶ MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse Aix-en-Provence, Aix-en Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, 1997, p. 34 et s.

dimension éthique, aboutit à considérer que l'ensemble des êtres humains se situe sur un pied d'égalité en terme de valeur. Egalité entre les hommes, c'est en raison de leur commune appartenance à l'espèce humaine qu'inéluctablement nous ne saurions établir de distinction dans l'attribution des droits dont ils disposent. La conception qui est faite de l'homme dans un tel postulat est une conception universelle. Il s'agit de l'égalité dans sa forme la plus absolue car elle renie tout système social hiérarchisé ou de caste.

Le principe appréhende l'homme de manière objective. Chaque spécificité, chaque élément de personnalité, chaque compétence, tout élément fondateur de la diversité de l'espèce humaine n'entre pas en ligne de compte dans l'affirmation de cette valeur juridique qui doit être reconnue à tout homme. Pour assurer l'objectivité la plus absolue de celle-ci, il convient d'appréhender l'homme dans l'indifférenciation la plus totale, de la manière la plus abstraite possible. Le seul élément entrant en ligne de compte est irréductiblement l'appartenance de l'individu à l'espèce humaine, ce qui permet de rejeter ainsi toute considération subjective annexe.

33. *L'incapacité du principe d'égalité à se réaliser pleinement.* Cette égalité naturelle rencontre néanmoins deux limites de taille. Elles nous permettent de comprendre pourquoi, récemment, on a substitué la notion de respect de la dignité humaine à celle d'égalité, car cette première exprimait de nouveaux espoirs.

Cette substitution a été rendue nécessaire par l'incapacité du principe d'égalité à assurer une protection ferme et absolue de l'être humain. Ainsi, en marge de ce principe, se sont développées une politique et une pensée négationniste qui ont ébranlé considérablement sa portée. Le rejet de cette égalité par l'indifférenciation est très rapidement marqué par la reprise de l'esclavagisme, seulement quelques années après l'adoption de la Déclaration des droits de l'homme. Les exactions et génocides commis à l'encontre des juifs, des homosexuels, des personnes handicapées ou des tziganes, pour ne citer que les principales victimes, seront les événements les plus marquants, cruels, inhumains et irrationnels commis

à des fins de purification ethnique⁹⁷. La liberté de l'homme est reniée et l'égalité est bafouée à travers le droit le plus absolu qu'elle protège, c'est-à-dire le droit à la vie.

L'égalité constitue la première expression du rejet de l'ethnocentrisme⁹⁸. L'ethnocentrisme a été pendant longtemps un facteur de regroupement social dans les sociétés anciennes où les individus se regroupaient et ne se reconnaissaient qu'à travers leurs caractéristiques communes et leurs ressemblances. Cette « tendance, plus ou moins consciente, à privilégier les valeurs et les formes culturelles du groupe ethnique auquel on appartient »⁹⁹ favorise le partage entre le « Nous » et les « Autres ». Si l'égalité peut neutraliser l'ethnocentrisme, elle ne suffit pas nécessairement à faire barrage à sa forme la plus extrême : le racisme. Le racisme est un phénomène moderne¹⁰⁰ qui puise ses racines dans l'ethnocentrisme. La dangerosité du phénomène tient au fait qu'il réfute, sur des fondements scientifiques fallacieux et démentis¹⁰¹, l'inégale valeur des êtres humains en raison de leur appartenance à des races elles-mêmes de valeur inégale¹⁰². La simple proclamation de l'égalité ne suffit pas à enrayer ce phénomène. La cohésion sociale reste encore à l'heure actuelle minée par les préjugés raciaux dont l'expression s'observe à différents degrés. L'existence juridique du principe d'égalité est insuffisante tant qu'elle ne s'accompagne pas d'une politique éducative à destination des citoyens.

⁹⁷ Nous avons volontairement restreint la liste des événements historiques ayant bafoué le principe d'égalité afin d'éviter toute tautologie dans notre propos. Ce point sera repris de manière plus détaillée dans le chapitre deux relatif à la redéfinition du champ de la politique criminelle de lutte contre les discriminations.

⁹⁸ L'ethnocentrisme se définit comme « la tendance, plus ou moins consciente, à privilégier les valeurs et les formes culturelles du groupe ethnique auquel on appartient » : v° Ethnocentrisme in *Dictionnaire de l'Académie française 1932-1935*, 8^{ème} éd., Paris : Hachette, 2007. SUMNER W. G. sera à l'origine de la première définition de cette notion anthropologique en 1906, dans son ouvrage *Folkways*. Il la définit comme « le point de vue suivant lequel le groupe auquel on appartient est le centre du monde et l'étalon auquel on se réfère pour juger tous les autres » : cité par TAGUIEFF P.-A., *Le racisme*, Paris : Flammarion, Coll. Dominos, 1997, p. 13.

⁹⁹ V° Ethnocentrisme in *Dictionnaire de l'Académie française, préc.*

¹⁰⁰ Ce fut d'ailleurs la thèse de l'anthropologue DUMONT L. pour qui le racisme est l'expression moderne des distinctions illégitimes que l'on retrouvait dans les sociétés archaïques. Ces sociétés archaïques refusaient justement la construction de leur société autour de cette valeur égalité. Ainsi, l'élaboration de castes séparées ont permis d'éviter ce mixage social: v. POLICAR A., *Egalité et hiérarchie : Célestin BOUGLE et Louis DUMONT face au systèmes des castes*, Revue Esprit 2001, n° 1, p. 43.

¹⁰¹ Cette démonstration quant à l'existence d'une hiérarchie des races se retrouve déjà au siècle des Lumières où de nombreux auteurs avaient étudié cette question, notamment DARWIN et GOBINEAU : v. à ce sujet MOUSSA S., *L'idée de race dans les sciences humaines et la littérature (XVIIIe-XIXe siècles)*, Paris : L'Harmattan, Coll. Histoire des sciences humaines, 2003.

¹⁰² TAGUIEFF P.-A., *op. cit.*, p. 30-31.

Or, c'est là qu'intervient la seconde limite du principe : « la simple proclamation de l'égalité naturelle entre tous les hommes et la fraternité qui doit les unir sans distinction de races ou de cultures, a quelque chose de décevant pour l'esprit, parce qu'elle néglige une diversité de fait, qui s'impose à l'observation et donc il ne suffit pas de dire qu'elle n'affecte pas le fond du problème pour que l'on soit théoriquement et pratiquement autorisé à faire comme si elle n'existait pas »¹⁰³. Dans les sociétés multiculturelles, toute la difficulté consiste à concilier cette égalité avec la culture alors même que celle-ci est un élément de construction identitaire de l'homme, un lien d'appartenance et de reconnaissance créée par ses semblables autour de valeurs communes. Comment assurer l'exigence d'indifférenciation dans une société multiculturelle au sein de laquelle chaque groupe va revendiquer la tolérance à l'égard de ses pratiques culturelles ou la reconnaissance et l'attribution de droits propres à sa culture¹⁰⁴.

Cette problématique se rencontre *a fortiori* dans nos sociétés individualistes. En effet, si l'identité est collective dans le système holistique, où l'individu disparaît derrière le groupe, elle ne l'est plus dans un système individualiste. Autrement dit, la construction identitaire devient un enjeu particulièrement fondamental dans les sociétés individualistes où, face au phénomène de mondialisation constant, l'individu n'a naturellement plus de sentiment d'appartenance. Tel est l'enjeu de nos politiques contemporaines d'intégration des populations immigrées dont l'objectif est la coexistence, au sein de notre société, d'individus ayant des sentiments d'appartenance à des cultures différentes.

34. La discrimination dans la reconnaissance de l'égalité naturelle, une question en suspens. Cette esquisse de l'évolution du principe d'égalité en droit français met en avant la quête incessante vers la reconnaissance d'une égalité naturelle de l'homme. Paradoxalement, la seule affirmation de l'égalité naturelle ne constitue pas une garantie suffisante de la réalisation de ce principe dans un Etat de droit. Ainsi, en dépit de son caractère absolu, l'égalité naturelle n'induit pas en elle-même une réalisation concrète de l'égalité car elle

¹⁰³ LEVI-STRAUSS C., *Race et histoire*, Paris : Gallimard, Coll. Folio - Essais, 1987, p. 22.

¹⁰⁴ WIEWIORKA M., *Identités culturelles et démocratie*, Cahier des Amériques Latines 2005, n° 45, p. 21.

n'impose pas de règles de traitement égalitaire. Parallèlement, les rapports tissés entre les notions d'égalité et de loi, à l'occasion de la construction des théories du pacte social, vont progressivement faire évoluer la portée du principe d'égalité. Seule la règle de droit peut devenir, dans cette perspective, son instrument de réalisation concret. Poussée à l'extrême, la dialectique égalité-règle de droit fera de ce principe, un élément de contrôle du caractère arbitraire de la loi. Si l'égalité naturelle renvoie à une conception de l'homme en tant que personne, l'égalité arbitraire est davantage un principe de régulation juridique à la recherche du maintien d'un certain équilibre. Or, c'est à l'égard de cette seconde acception que s'est progressivement construite la notion de discrimination.

Section 2 - La réalisation de l'égalité comme sanction de l'arbitraire

35. La soumission de la règle de droit au respect de l'égalité a rapidement donné naissance à l'axiome selon lequel la règle de droit ne doit pas traiter les individus uniformément mais plutôt indifféremment. L'égalité se concrétise alors par l'instauration de ce que l'on a communément appelé *égalité formelle* (§ 1). Ce modèle, auquel le droit français a longtemps été profondément attaché, a néanmoins le désavantage d'être encore plus créateur d'inégalités, si bien qu'on commença à le remettre progressivement en question (§2).

§ 1 - De la consécration de l'égalité formelle

36. S'interrogeant sur la manière par laquelle il était possible de réaliser le principe d'égalité, la doctrine publiciste s'est d'abord attachée à mesurer la portée du principe plutôt que de tenter de le définir (A). L'accession du principe d'égalité au rang de norme à valeur constitutionnelle aboutira à la consécration d'une égalité formelle (B), mais les insuffisances engendrées par cette conception classique de l'égalité aboutiront progressivement à sa remise en question (C).

A) Les vicissitudes de la doctrine autour de la réalisation de l'égalité

37. Il ne suffit pas de proclamer le principe d'égalité pour lui donner une application concrète, ce qui pose alors la question de savoir comment la règle de droit est-elle susceptible de respecter cette égalité. Différentes conceptions doctrinales se sont opposées. Certains auteurs ont pris le parti de la conception restrictive, selon laquelle il convient de distinguer entre égalité devant la loi et égalité dans la loi (1). D'autres ont souscrit à une conception de l'égalité par la généralité (2).

1) La distinction entre égalité devant la loi et égalité dans la loi

38. ***Portée de la distinction dans la théorie kelsenienne.*** L'extrême généralité des articles de la Déclaration des droits de l'homme, puis des autres textes constitutionnels proclamant le principe d'égalité, ne permettait pas d'entendre de manière unanime la notion d'égalité. La doctrine publiciste prit, dans un premier temps, fait et cause pour une interprétation restrictive de ce principe¹⁰⁵. Celle-ci repose sur une distinction entre *égalité devant la loi* et *égalité dans la loi*. Si cette distinction n'a, à l'heure actuelle, pas d'incidence pratique sur l'application du principe d'égalité, elle permet néanmoins de mieux cerner la portée du principe.

Cette distinction trouve son point de départ dans la doctrine publiciste allemande, largement influencée par les théories d'ANSCHUTZ, qui craignait les profonds bouleversements qu'une appréhension trop généralisée de ce principe engendrerait. Cette distinction sera, par la suite, largement relayée par Hans KELSEN¹⁰⁶ et Chaïm PERELMAN. A l'instar de la doctrine allemande, KELSEN considère ainsi que *l'égalité dans la loi* - autrement appelée *égalité matérielle* par Chaïm PERELMAN¹⁰⁷ - laisse l'organe législatif libre de faire toute distinction qu'il juge utile, tant que celle-ci ne porte pas sur les critères limitativement

¹⁰⁵ JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Thèse Université de Bourgogne, Paris : Economica, Coll. Droit public positif, 1992, p. 86.

¹⁰⁶ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris : Dalloz, Coll. Philosophie du droit, traduction française de la deuxième édition de la "Reine Rechtslehre" par EISENMANN Ch., 1962, p. 190 et s.

¹⁰⁷ PERELMAN C., BUCH H. et FORIERS P., *L'égalité*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, 1971, p. 187.

énumérés que sont l'origine, la race ou la religion.

L'égalité devant la loi - ou *égalité formelle* - quant à elle, ne concernerait que les organes d'application du droit. Cette égalité leur imposerait d'appliquer les normes générales conformément aux classifications qu'elles opèrent. Elle permettrait de sanctionner toute distinction faite par l'administration, en dehors de celles prévues par la loi. Hans Kelsen en conclut, dès lors, que l'égalité devant la loi n'est autre que le respect de la légalité dans l'application de la loi, c'est-à-dire une conformité de la norme à la norme supérieure¹⁰⁸. Cette égalité devant la loi n'a donc quasiment aucune incidence sur le contenu même de la loi, tant que celle-ci ne comprend pas de discriminations prohibées. Quant à l'égalité dans la loi, elle ne concernerait que la création de la loi, mais ne saurait restreindre l'activité du législateur, faute d'avoir été consacrée¹⁰⁹.

39. En réalité, ces incertitudes autour de l'application du principe d'égalité, que nous retrouverons largement dans la doctrine publiciste française¹¹⁰, donneront lieu à l'émergence d'une autre théorie, celle de l'égalité réalisée par la généralité de la loi.

2) *La théorie de la généralité dans la doctrine française*

40. *Le caractère général et abstrait de la règle de droit.* Le postulat que pose la théorie de l'égalité par la généralité repose sur l'idée que la loi doit être la même pour tous, ce qui

¹⁰⁸ Kelsen H., *op. cit.*, p. 190. Cette conception est critiquable car en suivant le raisonnement de Kelsen, on aboutit à la conclusion que l'application d'une loi discriminatoire n'emporterait aucune sanction tant qu'elle est conforme à la norme supérieure. La portée du principe d'égalité semble considérablement amoindrie en ce qui concerne la création de la norme supérieure, car faute de pouvoir la soumettre au principe d'égalité, celui-ci n'emporte aucune conséquence concrète.

¹⁰⁹ Jouanjan O. lui note néanmoins deux mérites : d'une part elle restreint l'activité de l'administration, excluant ainsi toute application arbitraire de la loi et d'autre part, elle confère une autonomie normative à ce principe : *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁰ Nous la retrouvons ainsi chez Brunet qui nie toute valeur juridique au principe d'égalité puisqu'il considère que ce principe n'a vocation qu'à limiter l'action de l'administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, Brunet R., *Le principe d'égalité en droit français*, Thèse dactylographiée, Paris, 1910, p. 251 à 255. Mais, cette conception restrictive est encore d'actualité au sein de la doctrine publiciste. En témoigne l'article publié par Leben qui reprend les théories de Kelsen et de Perelman pour soutenir la pertinence de la distinction entre égalité devant la loi et égalité dans la loi : Leben Ch., *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi*, RD publ. 1982, p. 295. V. également Melin-Soucramani F., *op. cit.*, p. 59 et s. Nous retrouvons également cette conception restrictive dans la doctrine de Hauriou et Carré de Malberg, v. *infra* n° 41 et s.

implique concrètement que la règle de droit soit générale et abstraite¹¹¹. Cette conception est très ancienne car nous la retrouvons déjà chez ROUSSEAU¹¹². Elle rencontre néanmoins certaines limites.

La règle de droit doit être caractérisée par sa généralité et son abstraction¹¹³ car seules ces deux conditions sont garantes du respect de la norme au principe d'égalité. Pour une partie de la doctrine¹¹⁴, l'abstraction est l'aspect extérieur de la règle de droit. Une norme abstraite est une norme qui ne se contente pas de régir un cas particulier mais un ensemble de cas de même nature couverts par les termes de la loi concernée. La généralité, quant à elle, s'attache davantage au destinataire de la loi. En ce sens, la loi ne s'applique pas seulement à des individus déterminés mais bien à l'ensemble de ceux qui rempliront les conditions visées par la loi¹¹⁵. De ce fait, la généralité s'oppose à l'uniformité puisque le cas visé par la loi, sans être particulier, n'est pas non plus universel ; le cas étant toujours strictement défini par la loi. La généralité aboutit, alors, à une approche catégorielle, sans considération du nombre. Aussi, peu importe que la situation régie par la loi ne se présente qu'une fois, « il suffit par conséquent qu'elle soit ainsi virtuellement susceptible d'applications en nombre indéterminé

¹¹¹ CAPORAL S., *op. cit.*, p. 66 et s.

¹¹² Nous avons souligné précédemment que l'égalité est une condition de l'existence de ce contrat social, dont seule la loi peut être garante de son efficacité. Or, pour ce faire, seule la loi générale et abstraite garantit ce principe car dans ce cas, la loi n'a aucun objet particulier. Cette généralité concerne tant la source de cette loi (*formelle*) que l'objet de la loi (*matérielle*). Concernant sa source, elle est nécessairement générale si elle est le produit de la volonté du peuple. Nous ne retrouvons à ce stade que les principes fondateurs de la souveraineté populaire. Ainsi selon ROUSSEAU « quand tout un peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même, et s'il forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi », ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social, op. cit.*, p. 62. Quant à l'égalité dans l'objet de la loi, elle exige son application générale à tous, sans objet déterminé. CARRE de MALBERG R. notera, plus tard, le subtil raisonnement tenu par ROUSSEAU « qui parvient à dégager sa définition célèbre de la loi par une argumentation (...) qui repose en effet sur un jeu de mots rendu facile par la pluralité de sens du terme généralité », *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, p. 290.

¹¹³ Pour BECHILLON B., la généralité se rapporte au nombre des sujets de la règle alors que l'abstraction renvoie à une idée, un concept, à une manifestation : *Qu'est ce qu'une règle de droit ?* Paris : Odile Jacob, 1997, p. 36. La règle de droit se définit communément comme « une règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique », v° Règle de droit in GUILLIEN R. et VINCENT J., *Lexique de termes juridiques*, 12^{ème} éd., Paris: Dalloz, Coll. Lexique, 1999.

¹¹⁴ ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 25.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 25 à 32.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 25.

pour qu'elle constitue une règle générale »¹¹⁶.

Maurice HAURIOU sera un franc partisan de ce modèle d'égalité par la généralité. Il considère que l'égalité n'est pas, à l'inverse de la liberté, un sentiment mais une idée objective qui s'appuie sur l'observation de certaines similitudes entre les êtres humains. Il en conclut que « l'idée d'égalité est incorporée à la loi »¹¹⁷ car c'est cette loi qui va l'instaurer. Or pour l'instaurer, la règle de droit doit être nécessairement générale. Cette définition matérielle de la loi est, au sens de DUGUIT¹¹⁸ mais aussi d'ESMEIN¹¹⁹, une garantie contre l'arbitraire, un mode d'exercice de la souveraineté permettant de limiter la puissance du législateur mais aussi d'assurer un minimum de sécurité juridique.

41. Le caractère général et abstrait de la règle de droit suppose une définition matérielle de la loi. Le problème de cette concrétisation de l'égalité par la généralité porte sur le fait que son application est fragile. Pour que l'égalité soit pleinement concrétisée, cela suppose que la généralité soit un élément de définition de la loi. Mais cette proposition n'emporte pas l'adhésion de toute la doctrine publiciste. En notant que « la généralité n'est pas le caractère spécifique de la loi, du moins de la loi au sens constitutionnel et juridique du mot »¹²⁰, CARRE DE MALBERG s'oppose au cantonnement de la loi dans une définition purement matérielle. Convaincu que la définition de la loi procède d'une conception purement formelle¹²¹, qui fondera, d'ailleurs, sa théorie de la souveraineté parlementaire, il écarte de ce fait le rôle qu'est amené à jouer le principe d'égalité. Estimant que la théorie de la généralité est fragile, sa critique est prolixue puisqu'il va jusqu'à considérer que cette

¹¹⁶ Nous noterons qu'aussi explicite soit elle, la théorie de CARRE de MALBERG est une théorie de la généralité de la loi. Ce faisant, la référence au caractère abstrait de la loi semble s'inclure dans sa définition de la généralité : CARRE DE MALBERG R., *op. cit.*, p. 287 et s. Cette conception se retrouve également chez DUGUIT L., *Manuel de droit constitutionnel*, Paris : Université Panthéon - Assas, Coll. Les Introuvables, 2007, p. 93

¹¹⁷ HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 1923, p. 105.

¹¹⁸ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Tome I : La règle de droit, le problème de l'état, 3^{ème} éd., Paris : E. Boccard, 1927, p. 171 et s.

¹¹⁹ ESMEIN A., *op. cit.*, p. 14 -15.

¹²⁰ CARRE de MALBERG, *op. cit.*, p. 297 et s.

¹²¹ Il affirme dès lors que la loi est « toute décision émanant des assemblées législatives ». Sa conception s'oppose farouchement à celle de DUGUIT L. qu'il critiquera ouvertement dans son ouvrage : *op. cit.*, p. 296 à 299.

théorie est en contradiction complète avec le système constitutionnel français¹²².

42. L'égalité n'entre pas dans la définition de la loi, elle ne fait que s'imposer à celle-ci. La pensée très originale de DUGUIT constitue une voie médiane qui permet de concilier ces différentes oppositions doctrinales. DUGUIT, grand défenseur de la théorie de la généralité, ne manque pas de s'opposer ouvertement aux critiques menées à l'encontre de cette théorie dans son *Traité de droit constitutionnel*¹²³. Il insuffle au principe d'égalité un nouvel élan par le biais d'un raisonnement qui tient en deux temps. En premier lieu, DUGUIT conçoit l'importance du lien existant entre l'égalité et la généralité de la loi parce que pour lui, cette généralité est « une condition nécessaire de l'égalité, mais non une condition suffisante »¹²⁴. Dans un second temps, en s'intéressant au caractère impératif de la loi, il revient sur la problématique des *déclarations des droits*¹²⁵, parmi lesquelles figurent notamment la Déclaration des droits de l'homme. Pour DUGUIT, les déclarations des droits sont avant tout des lois, mais il reste à savoir comment une « loi, émanée de l'Etat, peut contenir un impératif s'adressant à l'Etat ». En réalité, c'est en modifiant notre façon de concevoir la loi que, note-t-il, le problème se solutionne. Il faudrait considérer, en effet, que le caractère impératif d'une loi ne procède pas de la volonté de l'Etat, mais que cette loi, « à raison du fondement qu'on lui reconnaît », « s'impose par elle-même à l'Etat comme aux individus »¹²⁶.

Ceci étant dit, on conçoit plus aisément que dans la pensée Duguiste, l'égalité s'impose au législateur qui est tenu de la respecter dans l'adoption de la loi. Il n'en reconnaît pas pour autant le caractère de droit, conscient que cette perspective aboutirait à imposer au législateur l'obligation de faire disparaître les inégalités de fait¹²⁷. Par conséquent, un glissement s'opère dans la concrétisation de l'égalité. L'égalité ne s'intègre pas dans la loi, c'est la loi elle-même qui est tenue de la respecter. Il s'attache alors au respect d'une *égalité*

¹²² *Ibid*, p. 298

¹²³ V. notamment, DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2 : La théorie générale de l'Etat, 3^{ème} éd., Paris : E. Bocard, 1927-1930, p. 163-165 et p. 168-172.

¹²⁴ JOUANJAN O., *op. cit.*, p. 95.

¹²⁵ Sa théorie s'oppose d'ailleurs à celle d'ESMEIN qui, bien que reconnaissant l'importance considérable de ces déclarations de droit, refusait de leur reconnaître le caractère de loi impérative.

¹²⁶ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, *op. cit.*, p. 184. Nous soulignerons qu'il envisagera les choses de la même manière s'agissant des garanties de droit, *ibid.*, p. 186.

¹²⁷ DUGUIT L., *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 220.

matérielle, c'est à dire d'une égalité dans la norme. Son respect s'impose au législateur dans l'adoption de la norme et, ce faisant, l'égalité s'intéresse au contenu même de la norme. L'égalité autorise à porter une appréciation sur le contenu objectif de cette norme.

43. Ce glissement va marquer l'appartenance de ce principe « à un ensemble de techniques juridiques de vérification de l'objectivité de la norme ». L'application par le juge du principe d'égalité devient, dans cette perspective, « une modalité du contrôle des motifs de fait, de l'adéquation de la norme à ses antécédents objectifs »¹²⁸.

B) La consécration de l'égalité formelle

44. L'accession du principe d'égalité au rang de principe à valeur constitutionnelle permet de clore définitivement les débats doctrinaux en imposant un véritable contrôle de conformité de la loi au respect de ce principe (1). C'est à l'occasion de ces différents contrôles de conformité, que la première définition de ce principe apparaît (2).

1) L'accession au rang de principe à valeur constitutionnelle

45. ***L'absence de contrôle effectif du respect de l'égalité.*** Si la théorie de la généralité permet d'entrevoir comment l'égalité peut être réalisée par la loi, il n'en demeure pas moins que, comme le soulignait ESMEIN, ce principe ne disposait d'aucune autonomie normative. La loi générale était simplement réputée respectueuse du principe d'égalité et en admettant qu'elle ne puisse pas l'être, il n'existait aucun contrôle de conformité permettant de la sanctionner. La soumission de la norme juridique au respect du principe d'égalité restait donc fragile. Le Conseil d'Etat refusait d'apprécier la validité des lois car cela revenait à en apprécier la constitutionnalité¹²⁹ si bien que le législateur était simplement soumis à l'obligation d'édicter une règle générale et abstraite. Parallèlement, l'affirmation du principe d'égalité par la Déclaration des droits de l'homme ne pouvait suffire, faute d'avoir elle-

¹²⁸ JOUANJAN O., *op. cit.*, p. 122.

¹²⁹ V. par exemple, CE, 8 juillet 1966, *Nguyen Kim Hai*, Rec. 1966, p. 457.

même échappé aux différentes controverses exprimées à son sujet¹³⁰. Enfin, du côté de l'administration, HAURIOU notait à cet effet qu'« il n'existe point, pour la faire valoir en justice, d'action fondée sur la violation d'un droit, mais seulement le recours contentieux administratif en annulation de décisions administratives fondé sur la violation de la loi »¹³¹. Mais, dans ce dernier cas, encore fallait-il que la mesure individuelle trouve sa base dans la règle générale.

46. Le principe d'égalité en tant que principe général du droit, les prémisses d'un contrôle de conformité. Ce fut l'œuvre du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel que de donner progressivement à ce principe d'égalité, une véritable portée juridique. Le Conseil d'Etat contribua en premier au passage du principe philosophique qu'il était au « principe républicain de droit constitutionnel »¹³² qu'il est devenu. Ainsi en 1913, le Conseil d'Etat accepte pour la première fois, dans son arrêt *Roubeau*¹³³, de contrôler la conformité d'un acte réglementaire au principe d'égalité. L'apparition de la théorie des principes généraux du droit¹³⁴, dans l'arrêt *Aramu*¹³⁵, va cependant conforter la valeur normative du principe d'égalité, même si du point de vue de son contrôle, cette jurisprudence n'apporte pas de véritables changements¹³⁶. Ainsi, en faisant rentrer le principe d'égalité dans la catégorie des principes généraux du droit¹³⁷, il reconnaît expressément la valeur *infra-législative* mais *supra-décrétale* de ce principe¹³⁸ dont le respect s'impose à l'administration dans le cadre de ses activités¹³⁹.

¹³⁰ Ce fut bien l'un des arguments de CARRE DE MALBERG mais aussi d'ESMEIN que de prétendre à l'absence de valeur juridique contraignant d'un texte qui ne consiste qu'en « une déclaration de vérités philosophiques » : CARRE de MALBERG, *op. cit.*, p. 581.

¹³¹ HAURIOU M., *op. cit.*, p. 107.

¹³² DELBOND A., *Eloge de la fraternité, pratique de la solidarité*, Paris : L'Harmattan, Coll. Questions contemporaines, 2000, p. 56.

¹³³ CE, 9 mai 1913, *Roubeau*, req. n° 47115, Rec. 1913, p. 521 ; RD publ. 1913, p. 686, note JEZE G.

¹³⁴ Sur cette notion, v. JEANNEAU B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Thèse Poitiers, Paris : Sirey, 1954, p. 11 et s.

¹³⁵ CE, 26 octobre 1945, *Aramu*, req. n° 77726, Rec. 1945, p. 213.

¹³⁶ MELIN SOUCRAMANIEN F., *op. cit.*, p. 34.

¹³⁷ CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, req. n° 92.004, Rec. CE 1951, p. 151.

¹³⁸ Sur la valeur des principes généraux du droit, v. CHAPUS R., *De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, D. 1966, chron., p. 99.

¹³⁹ MICLO F. notait à ce sujet que la jurisprudence administrative ne mettait pas vraiment en œuvre une égalité devant la loi mais davantage une « égalité devant le règlement », si bien qu'à ce stade là, le citoyen bénéficiait au mieux de règlements égaux ; le CE se refusant d'apprécier la validité des lois, toujours susceptibles de

47. L'impact du contrôle de constitutionnalité des lois sur le respect du principe d'égalité. La propulsion du principe d'égalité au sommet de la hiérarchie des normes attendra la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois, qui apparût dans le débat doctrinal à l'aube de l'adoption de la Constitution de 1958. La démarche du juge constitutionnel se révèle tant innovante que subtile¹⁴⁰. La consécration de la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution¹⁴¹ lui donne toute latitude pour reconnaître la valeur constitutionnelle de la Déclaration des droits de l'homme « solennellement réaffirmé[e] par le Préambule de la Constitution ». Ce faisant, il n'y avait qu'un pas pour consacrer la valeur constitutionnelle du principe d'égalité, un pas qu'il franchit dans sa décision du 27 décembre 1973 à l'occasion du contrôle de la loi de finances de 1974¹⁴².

2) *La définition proposée par le Conseil constitutionnel*

48. Le principe d'égalité ne s'applique qu'en présence de situations semblables. L'accession du principe d'égalité au rang de norme à valeur constitutionnelle aboutira à l'enrichissement de la portée de ce principe par le biais de l'importante jurisprudence du Conseil constitutionnel. Plus que jamais, il était devenu indispensable de donner une définition à ce principe¹⁴³. La théorie de la généralité influença largement cette définition puisqu'on consacra une égalité juridique et non une égalité de fait. Cette égalité juridique consiste en une obligation de traiter de manière identique tous les sujets de droit régis par la catégorie visée par la loi. L'égalité devant la loi se réalise alors par la généralité en tant qu'obligation s'imposant au législateur dans l'édiction de la loi.

déroger aux principes généraux du droit : *Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois*, AJDA 1982, p. 115.

¹⁴⁰ Pour une présentation plus exhaustive de cette démonstration, v. MICLO F., *loc. cit.*, p. 117 et s.

¹⁴¹ Cons. const., déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, JO du 18 juillet 1971, p. 7114 ; Rec. Cons. const. 1971, p. 29.

¹⁴² Cons. const., déc. n° 73-51 DC du 27 déc. 1973, *Taxation d'office*, JO du 28 décembre 1973, p. 14004 ; Rec. Cons. const. 1973, p. 25 ; D. 1974, p. 83, note HAMON L. ; AJDA 1974, p. 236, note GAUDEMET P.-M.

¹⁴³ Pour une présentation, v. notamment. BRAIBANT G., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, in Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris : PUF, Coll. Recherches politiques, 1989, p. 97.

Nous retrouvons cette conception traditionnelle dans l'arrêt *Société des concerts du conservatoires* rendu par le Conseil d'Etat en 1951 puis, ultérieurement, dans le considérant de principe des décisions du Conseil Constitutionnel, maintes fois repris à l'occasion du contentieux de la légalité¹⁴⁴ : « considérant que le principe d'égalité impose seulement qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles et il n'interdit pas qu'à des situations non semblables soient appliquées des règles différentes »¹⁴⁵. Le principe d'égalité s'entend « toutes choses égales par ailleurs »¹⁴⁶ et n'a donc vocation à s'appliquer qu'en présence d'une situation semblable¹⁴⁷.

49. Le principe d'égalité n'impose pas de traiter de manière différente des situations différentes. Ne souhaitant pas restreindre de manière trop considérable la marge de manœuvre octroyée au législateur, le Conseil constitutionnel n'est jamais allé jusqu'à imposer la nécessité de traiter de manière différente des situations différentes, autrement dit de faire de la recherche de l'égalité réelle une obligation à la charge du législateur. En effet, une telle obligation aboutirait à la reconnaissance d'un véritable droit à la différence au profit du citoyen. Cela reviendrait, dans cette perspective, à contraindre le législateur de créer des inégalités juridiques pour chaque inégalité de fait rencontrée. Prenons pour illustrer notre propos l'exemple proposé par Monsieur le Professeur BORGETTO portant sur l'uniformité tarifaire applicable dans différents services publics. L'égalité formelle au regard des services publiques impose l'uniformité de la tarification de la prestation quelle que soit la situation de l'utilisateur. Ainsi en matière d'envois postaux, le prix du timbre est équivalent

¹⁴⁴ Pour une étude de l'évolution et de l'interprétation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel du principe d'égalité, v. notamment : *Le principe d'égalité dans les jurisprudences des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français* : Rapport de la délégation française au 1er congrès de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Paris, 10-11 avr. 1997, RFDA 1997, p. 227.

¹⁴⁵ Cons. const., déc. n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, JO du 13 juillet 1979 ; Rec. Cons. const. 1979, p. 31, considérant n° 4 – Cons. const., déc. n° 80-128 DC du 21 janvier 1981, JO du 24 janvier 1981, p. 332 ; Rec. Cons. const. 1981, p. 29, considérant n° 4.

¹⁴⁶ VEDEL G. in Préface de la thèse de DELVOVE P., *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris : LGDJ, 1969, p. 13.

¹⁴⁷ Pour des applications de différences de traitement justifiées par une différence de situation, v. par exemple la répression du viol qui implique de différencier les actes accomplis par les personnes du même sexe, de ceux accomplis entre des personnes de sexes différents : Cons. const., déc. n° 80-125 DC du 19 décembre 1980, JO du 20 décembre 1980, p. 3005 Rec. Cons. const. 1980, p. 51 ; RD publ. 1981, p. 631, note FAVOREU L.

quelle que soit la distance parcourue¹⁴⁸. Une égalité réelle impliquerait, au contraire d'imposer un tarif différent prenant en compte le coût réel de la prestation au regard, notamment, de la distance parcourue. Or l'adaptation du prix du timbre à la situation en question n'est, selon la position du Conseil constitutionnel, qu'une possibilité et jamais une obligation. Le législateur ne dispose pas, pour autant, de toute latitude, la jurisprudence constitutionnelle exige, tout de même, que toute différence de traitement soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit¹⁴⁹. L'égalité est, dans cette perspective, un mécanisme régulateur tant du contenu de la norme¹⁵⁰, que de l'utilisation du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans l'application de cette dernière. L'égalité devient une garantie contre l'arbitraire.

50. Si la constitutionnalisation du principe d'égalité a eu le mérite d'apporter une première définition de la portée de cette égalité, il n'en demeure pas moins que son application reste souvent délicate.

C) L'insuffisance de l'égalité formelle

51. Une définition délicate à mettre en œuvre. Nous aurions pu espérer que l'intervention du Conseil constitutionnel suffise à clore tout débat autour de l'égalité, mais tel ne fut pas le cas. La définition posée par le Conseil constitutionnel fait office de trompe l'œil. En imposant l'égalité de traitement des catégories semblables, la portée du principe ne tombe pas plus sous le sens. C'est d'ailleurs ce que critique une partie de la doctrine en

¹⁴⁸ BORGETTO M., Egalité, solidarité...équité ? in *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, Colloque organisé par le Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie les 1^{er} et 2 février 1996 à Amiens, Paris : PUF, Coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1996, p. 249.

¹⁴⁹ Cette exigence s'impose aussi dans les hypothèses de dérogations au principe d'égalité et c'est ainsi que dans sa définition la plus élaborée, le principe d'égalité est décliné par le Conseil constitutionnel par la formule suivante : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » : Cons. const., déc. n° 2003-487 DC du 18 déc. 2003, JO du 19 déc. 2003, p. 21686 ; Rec. Cons. const., 2003, p. 473.

¹⁵⁰ Il est vrai que la doctrine soulève à cet égard, le rôle important joué par le Conseil constitutionnel dans l'enrichissement du principe. Certains auteurs n'ont pas manqué de noter que cela avait agrandi son pouvoir, au risque parfois de substituer sa propre appréciation à celle du législateur. V. ainsi TURPIN D., *Libertés publiques et droit fondamentaux*, Paris : Seuil, 2004, p. 555.

notant que : « la définition tautologique selon laquelle ce principe implique qu'on ne traite pas de manière différente des personnes qui se trouvent dans des situations semblables n'est d'aucun secours puisqu'elle ne règle pas la question essentielle de savoir ce qu'il faut entendre par "situations semblables" »¹⁵¹. De la même manière, Monsieur le Doyen VEDEL posait la question de savoir « quelles sont ces choses dont il est légitime de tenir compte pour autoriser des traitements différenciés ? »¹⁵².

Manifestement, en se tenant strictement à cette définition, nous ne sommes guère renseignés sur l'éventuelle méthodologie qui permettrait de cibler les catégories devant être considérées comme semblables et celles devant être considérées comme différentes. Il en résulte que l'appréciation de la norme peut tendre à être davantage politique que juridique. De plus, à y regarder de plus près, chaque situation présente toujours un degré de dissemblance ou de ressemblance permettant de considérer qu'il n'y ait jamais réellement de situations parfaitement comparables ou incomparables. L'application de ce principe suppose inévitablement de recourir à un autre principe qui permettra « de solliciter fermement la concrétisation normative du principe d'égalité »¹⁵³. Tel sera notamment l'apport du principe de non-discrimination¹⁵⁴.

52. L'opacité du principe d'égalité face aux réalités sociales qui s'y rattachent. La seconde insuffisance de l'égalité formelle tient à son incapacité à répondre aux réalités sociales qui s'y rattachent. L'égalité, telle que nous l'avons conçue du point de vue juridique, emporte simplement le droit d'être traité comme un égal. Mais, l'égalité n'intéresse pas uniquement la science juridique et c'est à ce niveau là que se situe toute la difficulté. Il est difficile de transposer cette égalité formelle aux droits économiques et sociaux. L'égalité formelle a supprimé les inégalités juridiques, mais a parallèlement rendu plus apparentes les inégalités sociales et l'étendue des discriminations. Il n'existe pas de sociétés sans inégalités sociales, mais force est d'admettre qu'elles sont évidemment moins

¹⁵¹ SOULARD C., Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la Chambre criminelle in Cour de cassation, *L'égalité - Rapport de la Cour de cassation 2003*, Paris : la Documentation française, 2004, p. 159.

¹⁵² VEDEL G., *Préface, op. cit.*, p. 13.

¹⁵³ KOUBI G., Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? in KOUBI G. et GUGLIELMI G. J. *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁴ V. *infra* n° 74.

visibles dans une société hiérarchisée que dans celle où l'égalité juridique est assurée. Le Conseil d'Etat en avait d'ailleurs conclu, à l'occasion de son rapport public de 1996, que « le principe d'égalité est, en effet, menacé si la société dont il fonde l'ordre juridique voit s'étendre de nouvelles et graves inégalités (...). Compromise par une précarisation d'une partie de la population et notamment de la jeunesse, cette égalité ne peut être confortée que par une conception plus active de la solidarité »¹⁵⁵.

A s'en tenir au seul monde du travail, les inégalités fusent : existence d'un plafond de verre pour les femmes¹⁵⁶, panne de l'ascenseur social pour les personnes issues de l'immigration susceptible de mettre considérablement en danger le processus d'intégration¹⁵⁷, problème d'accessibilité à l'emploi des personnes en situation de handicap etc. Mais si nous sortons du domaine de l'emploi, les inégalités sociales et discriminations commises à l'encontre de certaines catégories de personnes sont tout aussi récurrentes. L'accès à l'éducation, au logement, aux soins, aux loisirs, tous les besoins socio-économiques de l'individu sont touchés par cette problématique. Ces inégalités creusent encore plus la fracture sociale en

¹⁵⁵ Conseil d'Etat, *Sur le principe d'égalité : rapport public 1996 - jurisprudence et avis de 1996*, Paris : La Documentation française, 1997, p. 49.

¹⁵⁶ Le rapport du Bureau international du travail (BIT) pointe les différentes discriminations commises à l'encontre des femmes. Les principales discriminations portent d'abord sur leur carrière : absence d'évolution de carrière, absence de représentation des femmes à des postes à responsabilités élevées, obstacles rencontrés dans certains secteurs tel que le domaine politique ou dans certains emplois intellectuels, problème de conciliation de la carrière avec leur vie personnelle et familiale, forte ségrégation professionnelle et existence de préjugés sexistes sur les emplois dits masculins ou féminins. Ces difficultés se complètent, ensuite, par l'existence d'importantes disparités au niveau de la rémunération. A emploi égal, les femmes ne perçoivent pas un salaire équivalent. Plus le poste est élevé et plus cet écart de rémunération le sera : WIRTH L., Bureau pour l'égalité entre hommes et femmes (BIT), *Briser le plafond de verre : la promotion des femmes aux postes de direction*, 2001. V. aussi, pour ce qui concerne la fonction publique, COLMOU A.-M., *L'encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes*, rapport au Ministre de la fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation, Paris : La Documentation française, Coll. des rapports officiels, 1999, p. 9 et s.

¹⁵⁷ L'étude réalisée par le Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations (FASILD) met en avant les nombreuses difficultés rencontrées par les personnes d'origine étrangère notamment dans l'accès à l'emploi. Il pointe l'important taux de chômage les concernant directement qui en résulte (en moyenne 20 à 30% plus élevé). Quand les personnes d'origine étrangère ont réussi à passer outre ces premières difficultés, l'emploi dont ils bénéficient est bien souvent précaire. On observe parallèlement une sous-représentation de ces personnes dans les dispositifs d'aide à l'emploi. Enfin ces personnes sont la plupart du temps victimes de discriminations volontaires imposées par les entreprises pour préserver une logique communautaire ou pour répondre aux attentes de leur clientèle. Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations (FASILD), *Les discriminations des jeunes d'origine étrangère dans l'accès à l'emploi et l'accès au logement*, Paris : la Documentation française., Coll. Etudes et recherches, 2003, p. 15 et s.

favorisant l'apparition de phénomènes d'exclusion, de repli, voire de communautarisme qui sont tous contre-productifs.

53. En conclusion, la réalisation de l'égalité en droit français passe prioritairement par le respect d'une égalité formelle, autrement dit d'une égalité en droits. Cette égalité par l'indifférenciation, vecteur de l'absence de toute forme de discrimination arbitraire rencontre néanmoins deux principales limites qui nous amènent à relever l'insuffisance de ce principe. D'abord, l'égalité formelle peine à être déclinée d'un point de vue juridique en raison de l'imprécision de la définition que nous lui rattachons. Ensuite, il est rapidement apparu que, du point de vue économique et social, cette égalité formelle n'apportait pas de solutions concrètes à la subsistance de criantes inégalités sociales. Progressivement, nous avons donc tenté de dépasser le respect de cette égalité formelle pour tendre vers la recherche de l'égalité réelle.

§ 2 - A la recherche de l'égalité réelle

54. La recherche de l'égalité de fait n'est pas dans la nature des choses. Longtemps, nous nous sommes concentrés sur l'égalité formelle car il était évident que la subsistance d'inégalités naturelles était un phénomène normal¹⁵⁸. Ainsi, initialement, dans l'ensemble des théories socio-économiques, l'égalité n'avait pas vocation à être un facteur de réduction des inégalités mais simplement un facteur de régulation (A). La subsistance de criantes inégalités et l'apparition de discriminations réactualisa la question de la promotion d'une égalité réelle. L'exigence d'équité commandait alors de ne plus se contenter d'une simple égalité des chances, elle impliquait aussi la mise en œuvre d'une justice compensatrice (B).

¹⁵⁸ SPITZ J.-F., *Sur l'amour de l'égalité. Essai sur la critique de l'égalitarisme*, Droits 2001, n° 33, p. 110. Cette normalité des inégalités naturelles était d'ailleurs l'un des arguments phare du courant que SPITZ J.-F. qualifiait de « protolibéral » et qui renvoie à la pensée de Mme de STAEL, de GUIZOT et du baron d'HOLBACH. L'idée était que les inégalités de richesse étaient légitimes en raison des inégalités existantes dans la distribution de l'intelligence et du talent. Il s'agissait donc d'inégalités naturelles sources de vertu dans toute société. A l'inverse, les inégalités juridiques sont, quant à elles, purement arbitraires et doivent être rejetées, HAROUËL J.-L., *De l'inégalité comme outil de civilisation*, Droits 2001, n° 33, p. 127.

A) L'égalité en tant qu'équité dans les théories de la justice sociale

55. Dans les théories de la justice¹⁵⁹, l'égalité consiste en une équité. Cette dernière est réalisée par le biais de différents axiomes parmi lesquels figure l'égalité des chances (1). Pour autant, il apparaît que, d'une certaine manière, l'égalité des chances n'est pas très différente de son pendant juridique qu'est l'égalité formelle. L'égalité en tant qu'équité ne peut, en conséquence, suffire à réaliser l'égalité réelle (2).

1) L'égalité des chances dans les théories de la justice sociale

56. La théorie de la justice comme rejet de l'utilitarisme. L'œuvre de John RAWLS, préoccupé par l'incapacité du régime démocratique à manier avec subtilité les notions de liberté et de justice, constitue une réflexion fondamentale et un point de référence en matière de théorie de la justice. La théorie de la justice, pour John RAWLS, vise à proposer les principes de justice qui serviront de fondement à une société et qui permettront d'en réguler le fonctionnement. Mais sa théorie est surtout un rejet des politiques utilitaristes¹⁶⁰ que nous retrouvons notamment dans la pensée de Jeremy BENTHAM et de John Stuart MILL. John RAWLS réfute ainsi le postulat selon lequel la finalité d'une société consiste à assurer le plus grand bien du plus grand nombre - « *the greatest happiness of the greatest number* » - une « maximalisation du plaisir »¹⁶¹. Il critique notamment le fait que ce principe d'utilité conduit à ne prendre en compte que la somme additionnée des plaisirs de chaque homme, sans garantir à aucun moment un minimum de plaisir¹⁶².

¹⁵⁹ Si la théorie de la justice sociale est propre à RAWLS J., elle s'ajoute aux autres théories de la justice en tant que fondements de nos politiques économiques et sociales. Nous citerons pour les plus connues celle d'Amartya SEN, de Michael WALZER et de Charles TAYLOR.

¹⁶⁰ La principale raison pour laquelle il rejette ces théories utilitaristes est qu'il les juge trop faibles pour constituer la base d'une démocratie constitutionnelle. RAWLS J., *Théorie de la Justice*, Paris : Seuil, Coll. Points – Série Essais, traduit par AUDARD C., 1997, p. 49 et s.

¹⁶¹ KASANDA LUMEMBU A., *John Rawls : les bases philosophiques du libéralisme politique*, ed. Paris : L'Harmattan, 2005, p. 30 et s. : ce que critiquera notamment RAWLS est que la recherche du bonheur du plus grand nombre viole le principe d'égalité de répartition des libertés. Or, il l'envisage comme une véritable valeur qui est insusceptible de renonciation en vue de la maximisation du bonheur du plus grand nombre. Pour lui cette maximalisation du plaisir conduit au sacrifice de certains et revêt alors un caractère profondément injuste. La théorie de la justice, profondément marquée par la philosophie kantienne a une dimension éthique et morale inexistante dans les autres doctrines utilitaristes où la considération de l'individu en tant que tel n'intervient pas.

¹⁶² VISSER 'T HOOFT H. PH., *John Rawls et l'utilitarisme*, Arch. de philosophie du droit. 1981, n° 26, p. 175.

57. Les principes de justice selon J. RAWLS. La justice, telle que J. RAWLS la conçoit, doit répondre à deux principes. Le premier est celui de l'égale répartition entre chaque individu des libertés fondamentales, qu'il appelle *égale liberté*¹⁶³. Il veut dire par là qu'il doit toujours s'agir de la même liberté et non d'une autre qui serait moindre. Mais, cette liberté n'a pas forcément la même valeur pour tous, puisque chacun dispose de moyens plus ou moins importants pour réaliser cette liberté. La répartition de ces libertés fondamentales ou de ces biens premiers s'effectue en considération d'un second principe, le principe de différence. Il considère que l'inégalité est juste à partir du moment où elle améliore la situation des plus démunis. Ce principe de différence est complété par un troisième principe, celui de l'égalité des chances selon lequel les inégalités sont rattachées à des fonctions devant être ouvertes à tous.

58. L'égalité comme équité. Dans la logique de J. RAWLS, l'égalité s'entend d'une équité. Il est important de bien comprendre la logique de l'équité dans les théories de la justice sociale. J. RAWLS est parfaitement conscient qu'il ne saurait exister de société sans inégalités. Il part même du postulat que les individus dans leur position originelle, placés derrière un voile d'ignorance, choisiraient idéalement ce modèle. Il cherche la façon dont ces inégalités peuvent être au mieux réparties afin de permettre le respect de la dignité de chacun. L'égalité des chances en constitue le moyen car elle permet de donner à tous les mêmes chances d'accéder à une fonction ou à une position, en leur assurant le droit à un traitement égal sans pour autant leur assurer le droit à un égal traitement. D'un point de vue juridique, cela aboutit à deux exigences : chaque individu doit être traité de la même façon, sans discrimination aucune mais l'accession à une fonction ou à une position doit être uniquement fonction des talents donnés¹⁶⁴.

2) L'égalité des chances face à l'égalité juridique

59. La confusion existante entre égalité des chances et égalité formelle. L'égalité des

¹⁶³ RAWLS J., *op. cit.*, p. 341.

¹⁶⁴ *Ibid*, p. 340.

chances est donc, dans la théorie rawlsienne, un critère de distribution équitable qui est fonction du mérite des individus et compatible avec les exigences de l'économie de marché et de la libre concurrence¹⁶⁵. L'offre n'étant jamais équivalente à la demande, le jeu de la libre concurrence demeure toujours le principe régissant les mécanismes de rencontre existants entre cette offre et cette demande. L'égalité des chances se contente d'imposer la condition selon laquelle personne ne doit *a priori* être exclu du droit de tenter sa chance¹⁶⁶. Dès lors, l'égalité des chances se résume à l'égalité formelle, telle que nous l'entendons, que nous complétons d'une exigence de non-discrimination, sans laquelle cette égalité n'est qu'apparente. Cependant, la réalisation de l'égalité des chances suppose la mise en œuvre d'une politique de lutte contre les discriminations afin de sanctionner ou de prévenir les comportements discriminatoires. Or pendant longtemps, l'Etat s'est cantonné à l'instauration d'un dispositif législatif qui devait permettre d'assurer, du moins dans les textes, l'interdiction des pratiques discriminatoires.

60. L'égalité des chances et son échec dans la résorption des inégalités. Il n'est pas possible de conclure en tout état de cause que cette égalité des chances constitue un facteur de réduction des inégalités sociales¹⁶⁷. Ainsi, sous prétexte d'une maximisation du minimum, J. RAWLS considère comme légitime tous les écarts existants entre la base et le sommet de la hiérarchie socio-économique¹⁶⁸. De plus, et de manière plus générale, il ne suffit pas de travailler autour de l'égalité formelle et de la lutte contre les discriminations pour assurer à chacun les mêmes chances d'accéder à une fonction ou à une position. En effet, « traiter également des situations égales, est-ce respecter, de l'égalité, autre chose qu'une forme extérieure ? »¹⁶⁹. A s'en tenir au respect d'une égalité formelle et d'un principe

¹⁶⁵ Il s'agit ni plus ni moins de la justice distributive telle qu'ARISTOTE l'envisageait dans *Ethique à Nicomaque*. La différence tient simplement au fait que RAWLS utilise le mérite des candidats comme critère de distribution. Dans cette perspective, l'égalité est proportionnelle, c'est à dire que chacun doit bénéficier de ce qu'il mérite.

¹⁶⁶ RENAUT A., *Egalité et discriminations : un essai de philosophie politique appliquée*, Paris : Seuil, 2007, Coll. La Couleur des idées, 2007, p. 111-114.

¹⁶⁷ DUBET F., *Egalité des places, égalité des chances*, Etudes 2011/1, Tome 414, p. 31.

¹⁶⁸ HOFFE O., *L'Etat et la justice : les problèmes éthiques et politiques dans la philosophie anglo-saxonne : John Rawls et Robert Nozick*, Paris : Vrin, Coll. Histoires des idées et des doctrines, traduit de l'allemand par SCHWEGLER B., SECRETAN Ph., SOSOE L., 1988, p. 66.

¹⁶⁹ RIVERO J., Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, T. XIV, Paris : Dalloz, 1965, p. 343.

de non-discrimination, nous nous limitons à traiter de manière égale des personnes placées dans une situation égale. Il arrive pourtant que ce principe soit contre-productif pour les personnes qui, placées dans une situation différente, se voient traitées de manière égale. Dès lors, il est certain que l'absence de prise en compte de ces différences produit à elle seule des inégalités parce qu'aucune adaptation n'a été envisagée.

Prenons un exemple pour illustrer notre propos. A et B sont en situation de concurrence pour un emploi. Ils disposent du point de vue du mérite des mêmes chances pour obtenir cet emploi. B est en situation de handicap. Le respect de l'égalité des chances impose que la sélection se fasse sans discrimination aucune. La question qui se pose est de savoir si B bénéficie, tout de même, des mêmes chances qu'A d'obtenir cet emploi. La réponse est nécessairement négative si aucune obligation ou mesure positive n'est mise en œuvre aux fins de faciliter son embauche.

61. En réalité, assurer une véritable égalité des chances aux deux candidats suppose de corriger les déficits de l'égalité et donc de recourir à une justice compensatrice.

B) La progression de l'égalité vers la justice compensatrice

62. Finalités de la justice compensatrice. Le droit n'a jamais été imperméable aux réflexions menées autour du principe d'égalité. Le rapprochement de l'égalité vers l'égalité réelle est moins récente qu'on peut le penser. En 1960, le Professeur RIVERO observait déjà que la recherche de l'égalité réelle aboutissait à la multiplication des catégories au sein de la norme juridique¹⁷⁰, contrariant ainsi le strict respect de l'égalité formelle¹⁷¹. Mais, la jurisprudence restait tout de même hostile à ce passage vers une égalité concrète. Elle rappelle classiquement que si l'égalité exige le traitement semblable de situations

¹⁷⁰ RIVERO J., *loc. cit.*, p. 345.

¹⁷¹ GHESTIN J., réagissant à une critique formulée par de BECHILLON D. portée à l'encontre de l'égalité réalisée par les règles générales, ne concluait pas au rejet de la généralité de la norme dans de telles hypothèses. Il notait ainsi que « s'il peut être admis qu'un traitement identique ne satisferait plus le principe d'égalité qui exigerait plutôt, aujourd'hui, qu'une inégalité de traitement juridique compense l'inégalité des situations réelles, il n'en reste pas moins que ce sont des catégories de personnes qui doivent être concernées ». GHESTIN J., *Les données positives du droit*, RTD civ. 2002, p. 11.

semblables, elle n'exige pas pour autant le traitement différent de situations différentes¹⁷². Dans cette perspective, loin d'être une obligation, l'égalité de fait est ramenée au rang de la possibilité.

Toute la difficulté de la question de la justice compensatrice porte sur le fait qu'il importe de lutter cumulativement contre deux dérives de la société : les inégalités sociales et les discriminations. Or, si les discriminations créent toujours des inégalités sociales, l'inverse n'est pas vrai. Toutes les inégalités sociales ne résultent pas de comportements discriminatoires. Si l'on admet aisément que l'égalité ne puisse avoir vocation à réduire toutes les inégalités sociales, dont une bonne partie sont naturelles, il est, à l'inverse, inconcevable que l'égalité ne permette pas la sanction des discriminations. Aussi, si la théorie de la justice pouvait apporter une solution aux inégalités sociales, elle ne permettrait pas de répondre à la question des inégalités sociales résultant des discriminations. Or, cette question a longtemps été éludée en France¹⁷³. Ainsi, les politiques publiques n'ont appréhendé la problématique des discriminations qu'en considération de l'atteinte qu'elles causaient à l'égalité formelle. Le rapport de cause à effet existant entre la discrimination et les inégalités sociales n'a donc pas fait l'objet, pendant tout un temps, d'un travail approfondi mené par les pouvoirs publics

En réalité, l'instauration d'une justice compensatrice est selon nous légitime quand elle permet de corriger les inégalités sociales résultant des discriminations, ce qu'une simple prohibition des discriminations ne permet pas de faire. Dans cette perspective, le droit français va progressivement subir l'influence de la conception européenne de l'égalité¹⁷⁴, qui impose, quant à elle, que des situations différentes soient traitées de manière

¹⁷² V. CE, 28 mars 1997, *Société Baxter et autres*, req. n° 179049, 179054, Rec. Cons. d'Et. 1997, p. 1140 – CE, 20 avr. 2005, *Union des familles en Europe*, req. n° 266572. Pour le Conseil constitutionnel, voir Cons. const., déc. n° 2007-557 DC du 15 nov. 2007, JO du 21 novembre 2007, p. 19001 ; Rec. Cons. const. 2007, p. 360.

¹⁷³ FASSIN D., *L'invention française de la discrimination*, Revue française de science politique 2002/4, Vol. n° 52, p. 403. Il y décrit les différents mécanismes ayant permis la construction progressive de la notion de discrimination dans le discours politique et juridique français.

¹⁷⁴ SOUSSE M., *Le principe de non-discrimination : les rapports entre le système européen de protection et le système français*, AJDA 1999, p. 985.

différente¹⁷⁵. Sans remettre en question sa conception initiale, le droit français va laisser plus de place à différents instruments de compensation des inégalités.

63. Méthodes de compensation. Pour ce faire, la justice compensatrice ne peut se contenter de l'imposition de simples obligations négatives, elle met au contraire à la charge de l'Etat de véritables obligations positives. Cette démarche contrarie nettement l'approche libérale du « *laisser faire, laisser passer* » selon laquelle il faut vigoureusement limiter l'intervention étatique dans le système économique et social. Concrètement, si l'on s'en tient à une stricte égalité des chances, il convient d'imposer le moyen et non le résultat. Nous plaçons les concurrents sur une même ligne de départ, en ne nous souciant pas de l'arrivée. Admettons maintenant qu'un des candidats amenés à concourir est, par rapport aux autres, unijambiste, le réalisme nous impose de conclure qu'il n'a aucune chance d'atteindre la ligne d'arrivée dans un temps à peu près similaire à celui des autres. La justice compensatrice permet donc de corriger cet état de fait en recourant à deux méthodes.

La première méthode, dite méthode minimale de compensation, consiste à appliquer un traitement différent en présence d'une situation manifestement différente. Le législateur va instaurer directement des mécanismes de compensation¹⁷⁶, afin de prévenir d'éventuelles inégalités. La seconde méthode passe par le recours à des politiques plus volontaristes telle que l'action positive¹⁷⁷, plus communément et faussement appelée « discrimination positive ». Seule cette dernière méthode vise à faciliter l'obtention d'un certain résultat que nous ne retrouvons pas dans le système de la justice distributive.

Ces deux méthodes remettent directement en question l'égalité formelle, c'est à dire l'égalité par l'indifférenciation, car elles supposent, au contraire, que soient ciblées les groupes de personnes placées dans une situation différente et justifiant le recours à un traitement différent. Constatant la récurrence des inégalités sociales, de nombreux rapports font état de

¹⁷⁵ CJCE, 17 juill. 1963, *Gouvernement de la République italienne c/ Commission*, aff. 13/63, Rec. 1963, p. 337.

¹⁷⁶ En matière de politique de la ville, on peut citer notamment la création des zones urbaines sensibles (ZUS) et des ZEP (Zones d'éducation prioritaire).

¹⁷⁷ V. *infra* n° 94.

cette nécessité de passer à « une conception plus active de la solidarité »¹⁷⁸. Certains appuient l'importance particulière que revêt l'action positive dans la réduction des inégalités en recommandant d'y recourir plus systématiquement¹⁷⁹. D'un point de vue juridique, une telle méthode est parfaitement utilisable puisque, comme le rappelle le Conseil d'Etat, il est possible de déroger au principe d'égalité aux conditions que la situation soit différente et que cela réponde à une nécessité d'intérêt général¹⁸⁰.

64. Egalité réelle et ambiguïté du droit français. Le droit français a rencontré, à notre sens, de nombreuses difficultés pour appréhender et délimiter la portée du principe d'égalité. Il se situe, à l'heure actuelle à un stade intermédiaire où l'égalité formelle reste la définition principielle que le droit positif tente de rendre compatible avec la forme, plus évoluée, qu'est l'égalité réelle. Cette position est néanmoins problématique puisque le droit français reste en décalage avec le droit européen, ainsi qu'avec celui de beaucoup d'autres pays¹⁸¹. Mais, une telle position relève du choix plus que du manque de moyens¹⁸² car le droit français dispose à l'heure actuelle de tous les outils pour faire respecter tant l'égalité formelle que l'égalité réelle. En partant d'une égalité formelle, supposant l'indifférenciation des individus, le passage à une égalité réelle constitue nécessairement un enjeu de taille. Plus le droit français va se rapprocher de cette égalité réelle et plus il devra remettre en question cette généralité au profit de la construction d'un véritable droit à la différence.

Sans doute la crainte de revendications multiples, qui supposent un traitement au cas par cas, justifie-t-elle cette position timorée du législateur et des juges français. Pourtant, c'est à eux qu'il revient de trouver l'habile compromis qui fera coexister égalité formelle et égalité

¹⁷⁸ Conseil d'Etat, *Sur le principe d'égalité*, *op. cit.*

¹⁷⁹ Voir notamment le rapport de SABEG Y. et MEHAIGNERIE L., *Les oubliés de l'égalité des chances : participation, pluralité, assimilation ou repli ?*, Paris : Institut Montaigne, Coll. Les Publications de l'Institut Montaigne, 2004, p. 97-105.

¹⁸⁰ CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, req. n° 88.032 et 88.148, Rec. Cons. d'Et. 1974, p. 274.

¹⁸¹ WOEHLING J.-M., *Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé*, Informations sociales 2008/4, n° 148, p. 58.

¹⁸² « L'égalité juridique est un axiome de l'individualisme libéral, l'égalité réelle une espérance du socialisme » : CORNU G., Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français in Travaux de l'association Henri CAPITANT, *op. cit.*, p. 87. Ainsi, l'avenir du principe d'égalité dépend donc nécessairement des orientations politiques. C'est la raison pour laquelle, il est fort possible que l'utilisation du principe d'égalité va probablement continuer à osciller entre égalité formelle et égalité réelle sans affirmation ferme d'une position.

réelle car il n'est pas question de renier l'une au profit de l'autre. « Porter atteinte à l'égalité formelle pour se rapprocher de l'égalité réelle, c'est aussi servir l'égalité »¹⁸³ nous enseignait Monsieur le Professeur LUCHAIRE.

65. Cette égalité formelle, sur laquelle nous avons fondé tant d'espoirs, a fait l'objet d'une large remise en question par les théories de la justice, particulièrement celle de John RAWLS. En substituant l'égalité à l'équité, nous sommes allés vers la construction et la promotion d'une nouvelle justice compensatrice qui permettait de s'intéresser directement à la résorption des inégalités sociales. Cette construction va néanmoins plus loin puisqu'elle a également permis d'associer la lutte contre les discriminations à la recherche de l'égalité. L'idée que la promotion de l'égalité, qu'elle soit formelle ou réelle, ne pouvait être dissociée de la lutte contre les discriminations est apparue à cette occasion. C'est ainsi, qu'en contribuant à l'évolution du principe d'égalité, la notion de discrimination s'est progressivement apparentée à la face négative de cette égalité.

Section 3 - La contribution du principe de non-discrimination à la mise en œuvre du principe d'égalité

66. Si le droit français a pendant longtemps été figé sur la question de l'égalité, la notion de discrimination est apparue, quant à elle, en droit international. C'est ainsi que les principaux contours de ce que nous entendons aujourd'hui par « discrimination » ont été forgés en droit international (§ préliminaire). La proximité des définitions des notions d'égalité et de discrimination était telle, qu'il est rapidement apparu que la discrimination devait être au service de la déclinaison de ce principe d'égalité. Le principe de non-discrimination a ainsi, tout d'abord, permis de compléter la définition de l'égalité formelle, au risque de ne plus pouvoir savoir ce qui relève de l'égalité de ce qui relève de la discrimination (§1). Parallèlement, ce principe a également favorisé la concrétisation de cette égalité réelle tant recherchée (§2).

¹⁸³ LUCHAIRE F., *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RD publ. 1986, p. 1229.

§ Préliminaire - L'apparition du principe de non-discrimination en droit international

67. *L'inexistence d'un principe de non-discrimination.* Aussi étonnant que cela puisse paraître, il n'existe quasiment aucune référence au principe de non-discrimination en droit public français. Pour s'en convaincre, il suffit de parcourir l'ensemble des textes fondateurs du droit français, ce qui nous conduit à constater l'absence de référence à la non-discrimination ou à un principe de non-discrimination. Seules certaines discriminations sont expressément prohibées¹⁸⁴, ce qui reste faible pour faire de ce principe, un principe autonome¹⁸⁵. En réalité, comme le souligne Madame le Professeur LANQUETIN, « la conception française de l'égalité ne laissait guère de place à la discrimination (...). Cette exigence a cédé devant l'évolution des sociétés développées et la complexité croissante de la législation qui s'efforce de saisir non plus des sujets de droits abstraits, mais les membres de groupes concrets et différents les uns des autres »¹⁸⁶.

68. *Essor de la notion de discrimination en droit international.* L'apparition de la notion de discrimination doit donc être cherchée ailleurs et il apparaît que c'est au niveau du droit international que cette notion trouve une existence concrète. Ainsi, si les références au principe de non-discrimination sont multiples, celles relatives au principe d'égalité sont quasiment inexistantes. Le droit international des droits de l'homme couvre trois grandes branches du droit, à savoir le droit international, le droit européen de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne. Chacune de ces branches va accueillir le droit à la non-discrimination et participera à son émergence

¹⁸⁴ Notamment l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens « sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Cette interdiction se retrouvait déjà dans la Constitution de 1946. Dans la pratique les cas de distinctions illégitimes sont, somme toute, assez rares. Nous citerons par exemple, la non-conformité à la constitution de la mention de « peuple corse, composante du peuple français » : Cons. const., déc. n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, JO du 14 mai 1991, p. 6350, Rec. Cons. const. 1991, p. 50.

¹⁸⁵ Certaines opinions doctrinales doutent de l'existence d'un véritable principe de non-discrimination. Ainsi CHARPENTIER J. note au sujet de ce principe « un premier point est certain : un tel principe, s'il existe, n'est pas d'origine conventionnelle » : *De la non discrimination dans les investissements*, Annuaire français de droit international 1963, V. 9, n° 9, p. 35.

¹⁸⁶ LANQUETIN M.-Th., v° *Discrimination* in Rép. trav. Dalloz, 2010, n° 3.

et à sa construction. Si les références sont nombreuses¹⁸⁷, nous n'en retiendrons, pour la suite, que les principales.

Du point de vue international, la consécration du droit à la non-discrimination fut principalement énoncée par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Maintes fois reprise par les différentes conventions de l'OIT¹⁸⁸, nous retrouvons cette référence dans les deux grandes conventions de l'ONU que sont le Pacte sur les droits civils et politiques (art. 26)¹⁸⁹ et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁹⁰. En ce qui concerne les Conventions, le sujet est traité pour l'essentiel par la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale¹⁹¹, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹⁹² et la Convention relative aux droits des personnes handicapées¹⁹³.

S'agissant du droit européen, la protection du droit à la non-discrimination est assurée par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a été récemment renforcée par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui, dans son article 6 § 3, intègre la ConvEDH dans le droit de l'Union européenne en tant que principe général du droit. Sa portée est moindre de celle prévue par le Pacte international des droits civils et politiques puisque l'article 14 n'a vocation à s'appliquer qu'aux droits énumérés par la Convention¹⁹⁴.

¹⁸⁷ V. pour une présentation exhaustive, annexe n° 2.

¹⁸⁸ Les conventions n° 87 et 98 de 1948 et 1949 font référence à l'interdiction de la discrimination syndicale. La convention n° 100 est relative, quant à elle, à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes pour un travail de valeur égale.

¹⁸⁹ Le principe de non-discrimination est entrevu de manière très large. Il dispose d'une portée autonome, c'est-à-dire que son application ne porte pas uniquement sur les droits mentionnés dans le Pacte. La portée du principe de non-discrimination est donc plus large que celle relative à l'article 13 de la ConvEDH puisque, dans ce cas, le principe ne peut être mis en œuvre qu'en ce qui concerne les droits énoncés par la Convention. Au niveau des critères, sa liste est large et non exhaustive ; le Pacte se réfère en effet, outre les critères énumérés, à « toute autre situation ».

¹⁹⁰ Que ce soit le Pacte sur les droits civils et politiques ou le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, nous soulignerons néanmoins qu'ils ne bénéficient pas d'une applicabilité directe en droit interne. A l'heure actuelle, le Conseil d'Etat refuse toujours d'appliquer les dispositions de ces pactes. Un assouplissement peut être entrevu dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui admet depuis peu leur applicabilité directe: v. Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 05-40.876, Bull. civ. 2008, n° 84.

¹⁹¹ Cette convention sera nommée par la suite CERD.

¹⁹² Cette convention sera nommée par la suite CEDAW.

¹⁹³ Cette convention sera nommée par la suite CRDP.

¹⁹⁴ Notons que seul le protocole n°12 de la CEDH prévoit une application autonome du droit à la non-discrimination. Il est inapplicable en droit français, faute de ratification par la France.

En dépit du fait que la jurisprudence rendue par la CEDH, au titre de l'article 14, a permis bon nombre d'évolutions en la matière, c'est au niveau du droit de l'Union européenne que nous retrouvons les plus grandes avancées qui ont marqué la construction du droit à la non-discrimination¹⁹⁵.

Initialement, le droit communautaire n'envisageait le principe de non-discrimination qu'en tant que garantie de l'efficacité du libre-échange et de la libre-circulation des travailleurs et des marchandises. A l'origine, la non-discrimination était une mesure de protection contre toute entrave ou mesure de rétorsion¹⁹⁶ susceptible de nuire à la construction d'un marché commun¹⁹⁷. La prohibition des discriminations ne portait donc que sur la prise en compte du critère de la nationalité et du sexe dans l'adoption de mesures législatives. Le passage au Traité de Rome marquera un véritable tournant dans la prohibition des discriminations puisque l'adoption de l'article 13 du Traité CE¹⁹⁸ donnera à la communauté une véritable vocation à lutter activement contre les discriminations. La question de la discrimination participera de manière non négligeable à la mise en place d'une véritable politique européenne de défense des droits de l'homme¹⁹⁹. Etroitement liée à la question du racisme, pour laquelle l'Union européenne œuvre depuis de nombreuses années²⁰⁰, la référence à la

¹⁹⁵ Sur l'évolution de la politique de l'Union européenne en matière de lutte contre les discriminations, voir GUIRAUDON V., *Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive « Race »*, Sociétés contemporaines 2004, n° 53, p. 11.

¹⁹⁶ V. à ce sujet les conclusions de l'avocat TESAURO G. qui rappelle l'importance de ce principe dans la construction du marché commun : CJCE, 18 avr. 1991, *Les Assurances du Crédit SA contre Conseil*, Aff. C-63/89, Rec. 1991, p. I-1799.

¹⁹⁷ Il n'existait à l'origine dans le droit primaire que l'article 12 (anc. Art. 7 Traité CEE) et l'article 141 du Traité CE (anc. Art. 119 Traité CEE) qui prohibaient la discrimination.

¹⁹⁸ L'article 13 dispose en effet : « sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

¹⁹⁹ La thèse de DUBOUT E. retrace, dans l'une de ses parties, ce changement de dynamique qui s'est opéré dans l'utilisation du principe d'égalité. Il note ainsi que si à l'origine le principe d'égalité était uniquement utilisé comme un principe structurel de réalisation des objectifs communautaires, il a réussi progressivement à s'imposer comme un objectif à atteindre en lui-même. Dans cette perspective, ce passage du moyen à la finalité a permis de construire progressivement une nouvelle Europe sociale : DUBOUT E., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse Rouen, Bruxelles : Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, T. 2, 2006, p. 200-239.

²⁰⁰ La création d'un Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes y sera même dédiée. Pourtant, comme le note FLAUSS J.-F., il n'y avait pas vraiment de cadre juridique construit pour asseoir une véritable lutte contre le racisme si bien qu'il a fallu attendre l'apparition de l'article 13 TCE pour que celle-ci

notion de discrimination lui est préférée en ce qu'elle autorise un cadre d'intervention plus large. C'est ainsi qu'ont été adoptées, dans le cadre de l'article 13 du Traité CE, les principales directives européennes qui insuffleront aux différents états membres l'obligation d'assurer une protection effective contre les discriminations²⁰¹. Mais dans le discours, les deux notions deviennent indissociées et indissociables, si bien qu'il convient de s'interroger sur les rapports qu'elles entretiennent.

69. En dépit de l'intérêt considérable porté à la notion de discrimination, l'idée que cette dernière se rattache intrinsèquement à la question de l'égalité a toujours été conservée. Dès lors, que le droit s'intéresse directement à la protection contre les discriminations ou davantage au respect d'une égalité de traitement, il n'en demeure pas moins qu'aucune de ces questions ne peut raisonnablement être envisagée abstraction faite de l'autre.

§ 1 - La complémentarité du principe de non-discrimination dans la déclinaison de l'égalité formelle

70. Poser le postulat selon lequel il existe une complémentarité entre les principes d'égalité et de non-discrimination revient à considérer qu'il existe nécessairement des éléments permettant d'assurer leur différenciation. En réalité, cette affirmation ne semble vraie qu'en ce qui concerne le droit privé (B). Le droit public, quant à lui, ne permet pas toujours de distinguer les conséquences qui découlent de chacun de ces principes (A).

soit exprimée concrètement: *L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie*, RTDH 2001, p. 487.

²⁰¹ Il s'agit des directives n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (autrement appelée directive *race*) et n° 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (autrement appelée directive *emploi*). Nous évoquerons aussi la directive n° 76/207/CEE du Conseil du 15 déc. 1977 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, même si celle-ci a été prise sur le fondement de l'art. 141 du Traité CE. Il s'agit, en effet, de la première directive synthétisant la jurisprudence de la CJCE dans le domaine de la preuve des discriminations et imposant expressément une obligation d'allègement de la charge de la preuve en matière civile. Ces directives seront partiellement transposées par la loi du 16 nov. 2001, JO du 17 nov. 2001 n° 267. Cette transposition incomplète fût achevée par l'adoption de 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, JO du 28 mai 2008, n° 0123 p. 8801.

A) Les notions d'égalité et de discrimination, une frontière peu marquée en droit public

71. Les relations entretenues par les notions d'égalité et de non-discrimination sont ténues et il en va ainsi, notamment, parce que l'égalité ne saurait trouver d'application concrète en l'absence d'une prohibition parallèle des discriminations (1). A s'en tenir à cette approche, il convient alors de concevoir l'interdiction des discriminations comme une prohibition de l'arbitraire (2).

1) La discrimination, une notion utile à la déclinaison du principe d'égalité

72. L'égalité et sa fonction palliative à l'égard de la discrimination. Les multiples références relatives aux principes d'égalité et de non-discrimination ont légitimement conduit une partie de la doctrine à s'interroger sur l'interchangeabilité de ces notions²⁰² que l'on confondait largement, notamment au niveau de la jurisprudence rendue à leur sujet²⁰³. Pour certains, le principe de non-discrimination n'est autre que le simple versant négatif du principe d'égalité, quand d'autres ont pu démontrer que ces deux principes occupaient une place mais aussi une fonction différente. Monsieur le Professeur HERNU, dont la thèse de doctorat porte sur l'utilisation de ces principes par la jurisprudence de la CJCE, note ainsi que « l'égalité débord[e] la non-discrimination et la non-discrimination fourni[t] des solutions opératoires auxquelles l'égalité seule ne pourrait parvenir »²⁰⁴. L'égalité aurait une fonction essentiellement palliative, en ce qu'elle permettrait de combler les lacunes du droit communautaire. Ainsi, le principe d'égalité, en tant que principe général du droit dont la

²⁰² V. MARTIN D., *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire : étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Thèse Louvain, Bruxelles : Bruylant, Coll. du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, 2006 - HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Thèse Amiens, Paris : LDGJ, Coll. Bibl. de droit public, Tome 232, 2003.

²⁰³ L'approche comparative menée par LATRAVERSE S. et MARTIN D. atteste particulièrement de la complexité du sujet par rapport à la façon dont les différents ordres juridiques utilisent les notions de discrimination et d'égalité. LATRAVERSE S. et MARTIN D., *Approche comparative du droit de la non-discrimination*, RDT 2008, p. 761.

²⁰⁴ HERNU R., *op. cit.*, p. 18.

non-discrimination ne serait que l'expression spécifique²⁰⁵, permettrait d'aller au-delà des limites qui encadrent les nombreuses dispositions spéciales du droit communautaire relatives à la lutte contre les discriminations²⁰⁶.

73. Les paradoxes de l'égalité. Mais cette contribution joue dans les deux sens et il apparaît que la non-discrimination permet aussi de combler les carences d'une égalité formelle. En effet, l'égalité juridique ne saurait être réalisée sans le passage par une égalité formelle car en assurant l'indifférenciation, elle permet de donner à chacun le sentiment qu'il est égal à l'autre. *A contrario*, cette égalité est nécessairement relative puisque comme le précisait Hans KELSEN « il serait absurde d'imposer à tous les individus exactement les mêmes obligations ou de leur conférer exactement les mêmes droits sans faire aucune distinction entre eux »²⁰⁷. Cette relativité a d'ailleurs été admise par le Conseil constitutionnel en affirmant que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité, pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, les différences de traitement qui en découlent soient en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »²⁰⁸.

Paradoxalement, l'égalité appelle la différenciation car l'égalité ne peut conduire à l'uniformité. Pour autant, l'établissement de telles différenciations passe nécessairement par le recours à des critères de légitimité²⁰⁹. On juge en effet que seules les différences de traitement arbitraires, c'est-à-dire ne reposant pas sur un critère raisonnable et objectif, sont contraires à l'égalité. Le principe de non-discrimination va permettre ainsi de mieux conceptualiser la notion d'égalité. Il opère un compromis entre l'égalité juridique et sa relativité.

²⁰⁵ C'est la formule consacrée en droit communautaire. Nous la retrouvons dans l'arrêt CJCE, 19 oct. 1977, *Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus & Co/ Hauptzollamt Hamburg-St Annen ; Diamalt AG/ Hauptzollamt Itzehoe*, Aff. 117/76, Rec. 1977, p. 01753.

²⁰⁶ HERNU R., *op. cit.*, p. 57 et s.

²⁰⁷ KELSEN H., *op. cit.*, p. 190.

²⁰⁸ Cons. const., décision n° 82-132 DC du 16 janv. 1982, JO du 17 janvier 1982, p. 299, Rec. Cons. const. 1982, p. 18,

²⁰⁹ PELLISSIER G., *op. cit.*, p. 28.

74. Le recours à la notion de discrimination comme moyen de résolution de cette approche paradoxale. Il reste à savoir en quoi consiste la relation existante entre ces deux notions. Elle transparait d'une certaine manière de leurs définitions respectives. L'égalité suppose *l'application de règles similaires à des situations comparables* ; la discrimination est *le traitement différent d'une ou plusieurs personnes en raison d'un ou plusieurs critères prohibés par la loi*.

L'égalité formelle ne peut tenir compte de la différence de situation, elle impose nécessairement une même règle en dépit de cette différence. Subsiste alors une profonde inégalité réelle qui, à elle seule, autorise l'application de règles distinctes²¹⁰. Le principe de non-discrimination va avoir une double fonction. Il comble les carences de l'égalité formelle tout en permettant une meilleure réalisation de l'égalité réelle. En effet, la discrimination a une connotation illégitime donc arbitraire que n'a pas le principe d'égalité si bien que la discrimination est l'expression péjorative d'une rupture d'égalité. La discrimination met en avant une appréciation subjective, douteuse et donc considérée comme illégitime et arbitraire. La notion de discrimination permet donc de mesurer le moment où la norme ou le comportement doivent être considérés comme illégitimes. Elle guide l'appréciation de la différence de traitement en limitant le champ des distinctions possibles par le biais de critères prohibés²¹¹. Cette distinction entre égalité et discrimination apparaît clairement si nous prenons exemple sur les disparités salariales existantes dans le domaine de l'emploi. On admet ainsi qu'à travail égal, l'existence de disparités de rémunération constitue bien une rupture d'égalité²¹². Néanmoins, si ces disparités procèdent de considérations discriminatoires, comme la prise en compte, par exemple, de l'activité syndicale du salarié, alors nous ne sommes plus en présence d'une inégalité de traitement mais bien d'une discrimination.

²¹⁰ LUCHAIRE F., *loc. cit.*, p. 1241.

²¹¹ « Pour l'égalité on peut distinguer, pour la non-discrimination on ne peut pas différencier sur des critères illégitimes » BIOY X., L'ambiguïté du concept de non-discrimination in SUDRE F. et SURREL H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Droit et Justice, actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit-Université de Montpellier I, 2008, p. 51.

²¹² V. *infra* n° 81.

En conclusion, la discrimination impose que l'appréciation des situations en présence ne puisse reposer sur un certain nombre de critères prohibés par la Constitution ou par la loi. Ce faisant, le principe de non-discrimination n'est autre qu'un moyen de contrôle par lequel il est possible d'apprécier concrètement la pertinence des différences de traitement instituées par la loi²¹³. Monsieur le Professeur BOSSUYT aboutissait à la même conclusion quand il précisait que « la différence réside dans le fait que la notion plus moderne de non-discrimination apparaît moins abstraite et surtout plus technique que la notion d'égalité », après avoir préalablement constaté que le problème relatif au principe d'égalité est de savoir quelles différences il faut prendre en considération²¹⁴.

75. Appréciation de la validité de la norme en considération de la prohibition des discriminations. L'examen de la norme suit donc une démarche en trois étapes²¹⁵. Il s'agira d'examiner la présence du critère en cause, sachant qu'il existe différents degrés d'interdiction résultant eux-mêmes d'une hiérarchisation des critères. Plus le critère est illégitime, plus sa présence sera considérée comme suspecte et plus ce dernier sera soumis à un contrôle très poussé. Ainsi, dans l'édiction d'une règle de droit, seul le critère de la race n'autorise aucune justification²¹⁶ car son utilisation est frappée d'une illégitimité absolue. D'autres critères devraient aussi être considérés comme illégitimes puisque certaines dispositions constitutionnelles interdisent la prise en compte des critères relatifs à l'origine, la religion²¹⁷, ou au sexe²¹⁸. Telle n'est pas la conception adoptée par le Conseil constitutionnel qui considère que leur illégitimité est relative selon les domaines dans lesquels ils interviendront comme motifs de différenciation. Nous rappellerons cependant qu'en ce qui concerne la question des droits fondamentaux de la personne humaine, il

²¹³ CALVES G., Discrimination in MESURE S. et SAVIDAN P., *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris : PUF, 2006.

²¹⁴ BOSSUYT M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Thèse Genève, Bruxelles : Bruylant, 1975, p. 38. Nous noterons que cette façon de considérer le principe de non-discrimination en tant que face négative du principe d'égalité est partagée par d'autres opinions doctrinales. V. dans le même sens, DECAUX E., *Article II-81* in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A. et PICOD F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire article par article*, Partie 2 La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 289.

²¹⁵ Pour une présentation exhaustive de cette méthodologie d'analyse en trois étapes, v. LOCHAK D., *Réflexions sur la notion de discrimination*, Dr. soc. 1987, p. 778.

²¹⁶ Art. 2 de la Constitution française de 1958.

²¹⁷ Art. 2 de la Constitution française de 1958.

²¹⁸ Art. 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

n'existe aucune dérogation liée à ces critères discriminatoires, si bien qu'en la matière ils sont tous frappés d'une illégitimité absolue. Il importe donc, dans les deux premières étapes du raisonnement, de bien mettre en parallèle le critère et le domaine en question. Nombreux sont les textes qui ne prohibent que certaines discriminations dans des domaines bien définis²¹⁹.

76. La troisième étape intervient, *a priori*, uniquement si les deux premières étapes n'ont pas suffi à aboutir au constat que la norme est discriminatoire. Cette étape, consistant à vérifier que la différence de traitement est justifiée par le but poursuivi²²⁰, a pris une place telle, qu'en l'état actuel du droit, le contrôle de la norme s'apparente plus à une recherche de l'arbitraire qu'à une véritable recherche de la discrimination.

2) *La lecture extensive de la notion de discrimination: une prohibition de l'arbitraire*

77. **Dissociation de la discrimination avec l'exigence d'un critère discriminatoire.** Si la notion de discrimination a eu un impact considérable sur la définition du principe d'égalité, l'inverse est tout aussi vrai. Aujourd'hui, la discrimination ne se contente plus de sanctionner tout traitement inégalitaire en lien avec un critère discriminatoire, elle va beaucoup plus loin. Son objectif se réalise par la sanction de toute inégalité arbitraire. Cette tendance s'observe particulièrement à travers les dispositions qui comportent des énumérations non limitatives de critères discriminatoires, et que l'on retrouve dans certaines conventions internationales²²¹. Pour Wilhem KEWENIG, l'absence de limitation des motifs de discrimination dans la pratique conventionnelle ramenait la prohibition des

²¹⁹ Nous citerons par exemple, l'article 5 du Préambule de la Constitution de 1946 qui prohibe toute discrimination dans l'emploi ou dans le travail à raison des origines, des opinions ou des croyances.

²²⁰ En réalité, cette troisième étape consistera pour le Conseil constitutionnel à vérifier que la norme est compatible avec la finalité de la loi et avec le but poursuivi par le législateur: v. Cons. const., décision n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*, JO du 17 janv. 1982, p. 299, Rec. Cons. const., 1982, p. 18 ; Pour le Conseil d'Etat, il s'agira de vérifier que la différence de traitement se justifie par une nécessité d'intérêt général.

²²¹ Celles-ci ont fréquemment recours à l'adverbe « notamment », ce qui permet de ne pas se cantonner à une liste exhaustive de critères discriminatoires. V. notamment l'article 14 de la ConvEDH.

discriminations à une simple prohibition de l'arbitraire²²². Il distinguait à cet effet la discrimination « simple », pour laquelle on exige la présence d'un motif expressément énuméré et la discrimination « arbitraire ». Cette dernière peut être sanctionnée même en l'absence de tout motif énuméré, mais ne sera considérée comme illégitime que si elle est réellement arbitraire. A l'inverse, la discrimination simple subit, quant à elle, une présomption d'arbitraire.

78. *Appréciation de la discrimination au regard du but et des effets de la mesure considérée.* Le motif discriminatoire est donc un élément important mais non indispensable. Cette affirmation trouve écho dans la conception adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son interprétation de l'article 14 de la ConvEDH. La Cour laisse entendre, en effet, que la notion d'arbitraire est prépondérante dans la notion de discrimination. Elle privilégie une appréciation qui ne se fait pas tant au regard du critère en cause, mais davantage à l'égard de l'existence d'une justification objective et raisonnable²²³. Pour la CEDH, cette justification doit s'apprécier par rapport aux buts et aux effets de la mesure considérée. Cependant, il ne suffit pas que ce but soit légitime, il importe aussi qu'il existe un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »²²⁴. Dans cette perspective, le motif discriminatoire consiste en un élément d'appréciation de la justification de la distinction²²⁵ et non pas en un élément de qualification de la discrimination. Pour Monsieur le Professeur BOSSUYT, il ne fait aucun doute, dans ces circonstances, que la prohibition des discriminations en droit international s'apparente à une prohibition de l'arbitraire²²⁶.

La difficulté que suppose une telle conception est qu'elle privilégie la troisième étape de la méthode d'analyse d'une norme discriminatoire. Il y a un recul considérable de la place du

²²² KEWENIG W., *Der Grundsatz des Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen*, vol. I (Der Begriff der Diskriminierung), Frankfurt am Main, Athenäum, 1972, p. 129 à 132, cité par M. BOSSUYT, *op. cit.*, p. 100.

²²³ CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge c/Belgique*, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, Série A n° 6 - CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/Belgique*, req. n° 6833/74, Série A, n° 31.

²²⁴ CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge c/Belgique*, *préc.*

²²⁵ V. au sujet du rôle du motif dans l'appréciation de la CEDH, PICHERAL C., *L'incertaine détermination des différences de traitement*, in SUDRE F. et SURREL H. (dir) *op. cit.*, p. 87.

²²⁶ BOSSUYT M., *op. cit.*, p. 100.

critère dans l'appréciation de la norme discriminatoire. Une tendance similaire²²⁷ peut d'ailleurs être observée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel²²⁸. Ici aussi, il est possible de distinguer, comme le faisait Monsieur le Professeur BOSSUYT, entre la discrimination simple et la discrimination arbitraire²²⁹. Ainsi, une différence de traitement qui ne repose pas sur un critère prohibé²³⁰ peut tout de même être considérée comme discriminatoire, à partir du moment où celle-ci est arbitraire²³¹. A cet effet, la justification de l'utilisation du critère de différence constitue le moyen le plus propice d'apprécier ce caractère arbitraire.

Cette tendance s'observe aussi en sens inverse, puisqu'en présence d'un critère expressément prohibé, le Conseil constitutionnel se réserve toujours le droit d'apprécier l'absence de pertinence de la différence de traitement. Ceci explique dans une certaine mesure pourquoi bon nombre de critères sont considérés comme relatifs. C'est bien parce que l'appréciation de la validité de la norme tourne essentiellement autour de cette justification objective que même les critères suspects peuvent recevoir une justification²³². De plus, à défaut de critères suspects, d'autres critères arbitraires pourront aboutir au constat de la violation de l'égalité.

²²⁷ Pour une comparaison plus précise, voir SOUSSE M., *loc. cit.*, p. 985 et s.

²²⁸ Nous pouvons faire la même remarque s'agissant du Conseil d'Etat. Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, les notions d'égalité et de non-discrimination sont totalement imbriquées. Il suffit simplement d'être en présence d'une différence de traitement non justifiée pour que l'on soit en présence d'une discrimination. V. en ce sens. CLUZEL-METAYER A., *Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi*, Etude soutenue par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, RFDA 2010, p. 309. Nous noterons cependant que le Conseil d'Etat se réfère fréquemment au droit européen dans son application du principe de non-discrimination, notamment depuis qu'il accepte d'examiner la conformité de la loi à l'égard de l'article 14 de la ConEDH : CE, Ass., 30 nov. 2001, *Ministre de la Défense c/ M. Diop, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ M. Diop*, req. n° 212179, Rec. Cons. d'Et., 2001, p. 605. Ces éléments nous permettent de mieux comprendre la corrélation existante entre les deux conceptions.

²²⁹ BOSSUYT M., en guise de conclusion de sa thèse, différencie aussi les deux types de discrimination présents en droit international. Dans le cas de la discrimination simple, seul le constat de l'existence d'une différence de traitement fondée sur un motif, ainsi que celui de la matière concernée suffit. Un raisonnement en deux étapes était donc suffisant. Cependant, quand la convention effectue une énumération indicative, le raisonnement doit être en trois étapes. Il est, dès lors, indispensable de démontrer le caractère arbitraire de la discrimination : *op. cit.*, p. 227-228.

²³⁰ Il n'est pas pensable, en effet, qu'il faille entendre les quelques critères énumérés par la Constitution comme étant les seuls critères au nom desquels il est possible de sanctionner la discrimination. Si tel était le cas, la notion de discrimination aurait un intérêt très limité.

²³¹ LOCHAK D., *loc. cit.*, p. 783.

²³² « En réalité, on peut penser que cet élément est toujours présent, au moins de façon latente, dans l'appréciation portée par le juge : comment peut-on, en effet, (...) juger de la pertinence de la distinction opérée par le législateur sans avoir à l'esprit les raisons qui l'ont conduit à opérer cette distinction ? » : *ibid.*, p. 785.

79. Le droit public offre une utilisation des notions d'égalité et de discrimination où l'application de l'une influence considérablement celle de l'autre. Cette influence est telle que la discrimination perd ainsi l'élément fondamental qui permettait de la distinguer de l'égalité, à savoir la présence d'un critère discriminatoire. Fort heureusement, le droit privé offre, quant à lui, des éléments de distinction plus palpables.

B) Egalité et discrimination : une frontière plus tranchée en droit privé

80. *L'intégration du principe d'égalité en droit du travail.* On comprendra aisément que, face à de telles interactions, la doctrine ait fait état de la confusion existante dans l'appréhension et dans l'utilisation de ces différentes notions d'égalité et de discrimination. La frontière est pourtant plus tranchée en ce qui concerne le droit privé, où la nécessité de délimiter les différentes notions a contribué à son éclaircissement. Si l'égalité est une règle de droit objectif qui s'intéresse aux droits subjectifs des individus en permettant leur égale répartition, elle ne peut être considérée comme un droit subjectif à proprement dit²³³. Cela ne veut pas dire pour autant que le droit privé fait fi de toute règle exprimant le respect de ce principe. Ainsi, comme le note Monsieur le Professeur WAQUET, s'il n'est pas possible de parler de principe d'application générale, le principe d'égalité a réussi à envahir certaines zones délimitées du droit du travail²³⁴. En effet, quelques dispositions existantes au sein du Code du travail mettent à la charge de l'employeur le respect d'un certain nombre d'obligations positives directement liées au principe d'égalité.

Mais, ces dispositions ne permettent pas d'assurer l'entière régulation d'un domaine où, il faut le dire, l'inégalité est de droit. Aussi, quand la cruelle absence de ce principe se fait

²³³ C'est ainsi que JOUANJAN O. souligne au sujet de la qualification de l'égalité comme droit subjectif que : « cette question de base trouve une réponse négative dans la tradition française. L'héritage doctrinal est simple sur ce point : l'égalité serait un principe purement objectif, garanti par la généralité de la règle du droit objectif » *Conclusions* in COURVOISIER C. et CHARLOT P. (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon : Ed. Universitaires de Dijon, Coll. Institutions, 2003, p. 245.

²³⁴ WAQUET Ph., *Le principe d'égalité en droit du travail*, Dr. soc. 2003, p. 276. Il précise que cette application du principe d'égalité résulte tant de certaines dispositions textuelles que de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

ressentir en présence d'une iniquité qu'un vide juridique aura créé, c'est là que la confusion apparaît. Certains arrêts, poursuivant cet idéal d'égalité, sont intervenus pour sauver la situation. Mais le résultat en est aussi que la doctrine y cherche toujours discrimination introuvable²³⁵.

81. La dissociation de l'égalité et de la discrimination en droit du travail. Il ne faut cependant pas faire d'une tendance, sans doute minime, une généralité et c'est la raison pour laquelle il faut considérer, qu'aujourd'hui, le droit social tente de distinguer de manière plus nette ce qui relève de l'égalité et ce qui relève de la discrimination.

Tout d'abord, la chambre sociale a tenté d'établir une scission entre cette obligation positive de respect de l'égalité et l'obligation négative de non-discrimination²³⁶ par son arrêt *Ponsolle*²³⁷, dans lequel elle consacre le principe à *travail égal, salaire égal*. Ce principe, au nom duquel tout travail équivalent mérite salaire équivalent, s'applique même en l'absence de tout motif discriminatoire²³⁸. A l'inverse, l'obligation négative de non-discrimination interdit à tout employeur la prise en compte d'un critère discriminatoire au soutien d'une décision prise en matière de travail.

De la même manière, ce principe d'égalité va trouver à s'appliquer par le biais d'une autre notion qui, tout en ayant pour finalité d'objectiver le traitement des salariés, ne se résume pas à une simple exigence de non-discrimination. La mesure de cette distinction a ainsi été précisée par une partie de la doctrine. Ainsi, pour Monsieur le Professeur JEAMMAUD, il

²³⁵ V. ainsi l'article de RONGERE P. qui en s'appuyant sur deux arrêts rendus par la chambre sociale démontre que la notion de discrimination est parfois utilisée par substitution au principe d'égalité pour condamner certaines décisions d'un employeur en l'absence de référence à tout critère : *A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés*, Dr. soc. 1990, p. 99.

²³⁶ Dans le même sens, CLUZEL-METAYER L. note que contrairement au Conseil d'Etat, la Cour de cassation tente de distinguer ces principes. Si en dépit de cela, il subsiste toujours un certain nombre de confusions, elles sont le fruit de formulations impropres adoptées par les requérants : *loc. cit.*, p. 312. LYON-CAEN A. lui-même souligne qu'en dépit de ces confusions « l'un des mérites de l'appellation retenue réside dans la claire distinction qu'elle invite à faire entre la règle qualifiée de principe et les règles de non-discrimination » : *A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens*, RDT 2006, p. 16.

²³⁷ Cass. soc., 29 oct. 1996, *Sté Delzongle c/ Ponsolle*, n° 92-43.680, Dr. soc. 1996, p. 1013, note LYON CAEN A.; RDT 2008, p. 22, note WAQUET Ph.

²³⁸ Les conclusions de l'avocat général LYON-CAEN A. ont considérablement contribué à l'élaboration de ce principe. C'est en notant que le principe d'égalité de traitement hommes-femmes n'est qu'une application plus limitée d'un principe plus large qu'est la règle « à travail égal, salaire égal » que l'on peut lui-même rattacher au principe d'égalité : WAQUET Ph., note sous Cass. soc., 29 oct. 1996, *loc. cit.*, p. 23.

conviendrait de distinguer ce qui relève d'une part, du principe d'égalité en lien avec la prohibition des discriminations et d'autre part, du principe d'égalité de traitement. Chacune de ces notions aurait, selon lui, des implications différentes. L'exigence d'égalité de traitement serait « celle que tous, dans le périmètre de référence, soient traités, serait-ce pour être distingués, selon des critères identiques ou constants »²³⁹. L'égalité de traitement met ainsi, à la charge de l'employeur, une obligation positive d'égalité qui consisterait à utiliser les mêmes critères pour tout processus décisionnel. L'objectivité de tels critères permettrait alors de justifier toute distinction ou différence de traitement opérée et, en tant que telle, contribuerait davantage à assurer l'égalité réelle entre salariés²⁴⁰.

Concrètement, l'égalité de traitement intervient en raison de la relativité du principe d'égalité et vise donc à encadrer les dérogations qui seront apportées à ce principe. Il n'en reste pas moins que dans la pratique, il n'est pas toujours évident de bien mesurer la portée de cette distinction et les références doctrinales, législatives ou jurisprudentielles rattachent considérablement la question de l'égalité de traitement à la question des discriminations. Or, de telles confusions sont regrettables car elles donnent l'impression que l'objectivité des critères utilisés par l'employeur dans un processus décisionnel serait garantie à partir du moment où le critère n'est pas discriminatoire.

82. En conclusion, si le droit privé tend à dissocier les notions de discrimination et d'égalité, il n'en demeure pas moins que le flou existant contribue à la banalisation de l'utilisation du terme discrimination. Même s'il est largement reconnu qu'une exigence d'égalité ne se résout pas à une exigence de non-discrimination, nous avons tendance à nous référer au « caractère discriminatoire » d'une mesure, d'une disposition, même en l'absence de tout critère à partir du moment où il y a rupture d'égalité²⁴¹. A notre sens, cela contribue à la méconnaissance de la dimension relative à la discrimination, qui doit nécessairement être

²³⁹ JEAMMAUD A., *Du principe d'égalité de traitement des salariés*, Dr. soc. 2004, p. 694. A l'inverse, il circonscrit l'égalité à la « situation dans laquelle tous, dans un "périmètre de référence", disposent des mêmes droits, jouissent des mêmes avantages, supportent les mêmes obligations ou subissent les mêmes contraintes », *ibid.*, p. 696.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 698.

²⁴¹ L'erreur peut ainsi être notée dans certains arrêts du Tribunal de première instance. Ainsi dans son arrêt *Hirsch*, le tribunal se réfère au principe de non-discrimination et d'égalité de traitement en tant que principe fondamental : TPI, *Astrid Hirsch, Emanuele Nicastro et Johannes Pruesemann c/ Banque centrale européenne*, T-94/01, T-152/01 et T-286/01, Rec. 2003, p. I-A-00001, point 51.

ramenée à l'existence d'un critère discriminatoire. De même, s'agissant cette fois du principe d'égalité, cela amenuise considérablement la portée d'un principe qui se veut bien plus large et qui peut être source d'obligations positives qui n'intéresseront pas forcément la discrimination. Il va de soi qu'à l'inverse, comme le souligne Monsieur le Professeur LYON-CAEN, la non-discrimination ne peut parvenir à l'égalité même et doit savoir faire place à une égalité compensatoire, c'est-à-dire à « une égalité inégalitaire »²⁴². Pourtant, sans nécessairement parvenir à cette égalité à laquelle nous aspirons tant, nous ne saurions nier que l'évolution de la notion de discrimination participe de manière indéniable à la construction progressive de cette égalité réelle.

§ 2 - La contribution de la notion de discrimination dans la concrétisation de l'égalité réelle

83. En refusant de s'aligner sur la conception européenne de l'égalité, le droit français risquait de ne pas permettre la réalisation de l'égalité réelle (A). En réalité, l'utilisation de la notion de discrimination a suffi à combler les carences d'un tel refus car celle-ci est en elle-même un outil au service de l'égalité réelle (B).

A) Les divergences d'interprétation relatives au principe d'égalité

84. *La concrétisation de l'égalité réelle suppose l'utilisation d'une méthode d'appréhension différente.* En dépit des limites suscitées par l'égalité formelle, restait toujours en suspend la question de savoir ce qu'il était possible d'entreprendre pour favoriser au mieux la réalisation de l'égalité réelle. Promouvoir l'égalité passe nécessairement par la concrétisation, ne serait-ce partielle, de l'égalité substantielle. Par exemple, comment ne pas reconnaître l'importance d'appliquer un traitement différent à la personne en situation de handicap qui favorisera son accessibilité à l'emploi ou la qualité de ses conditions de travail ? Mais promouvoir l'égalité substantielle, c'est aussi prendre le risque d'une multiplication itérative des catégories. C'est une toute autre démarche qui n'appréhende plus l'individu

²⁴² LYON-CAEN A., *L'égalité et la loi en droit du travail*, Dr. soc.1990, p. 68.

dans l'indifférenciation et dans l'anonymisation, mais davantage dans la visibilité²⁴³. Elle impose de cibler les catégories de personnes ou les situations qui nécessiteront le recours à une démarche égalitariste dynamique. En effet, pour traiter de manière différente des situations différentes, il importe de rendre visible les catégories de personnes en situation d'inégalités.

85. Quels effets cette démarche a-t-elle eu sur la science juridique ? Le droit européen adopte la conception la plus active de l'égalité. En affirmant que la discrimination consiste tant à traiter de manière différente des situations semblables, que de traiter de manière semblable des situations différentes²⁴⁴, le droit européen opte pour une appréciation *in concreto* de l'égalité. Le juge constitutionnel, quant à lui, adopte une démarche intermédiaire et prudente qui consiste à laisser une marge d'appréciation au législateur dans le traitement qu'il entend effectuer. Ainsi, rien n'oblige le législateur à traiter de façon différente des situations différentes²⁴⁵, même s'il lui en laisse aussi la possibilité²⁴⁶. La réalisation de l'égalité substantielle est donc plus limitée en droit national qu'en droit européen, même si la conception française risque à terme d'être condamnée par le juge communautaire. En réalité, cette divergence d'opinions a un impact somme toute limité sur les perspectives de réalisation de l'égalité réelle en droit national. Il apparaît, en effet, qu'au détour de la définition de différentes notions et obligations dégagées par la jurisprudence du droit de l'Union européenne, l'application du principe de non-discrimination permet directement de contribuer à la promotion de cette égalité réelle. Ainsi, la mise en application de ce principe est devenue en tant que tel un outil au service de la justice compensatrice.

²⁴³ Le recours à l'expression « promotion de la diversité » est particulièrement symptomatique de ce changement. L'idée est véritablement de mettre en avant les atouts de groupes de personnes ciblées comme étant en situation d'inégalité.

²⁴⁴ CJCE, 17 juill. 1963, *République italienne c/ Commission de la Communauté économique européenne*, aff. 13/63, Rec. 1963, p. 00337.

²⁴⁵ Pour des applications de solutions semblables à des situations différentes, v. Cons. const., déc. n° 84-181 DC du 10 oct. 1984, *Entreprises de presse*, JO du 13 oct. 1984, p. 3200.

²⁴⁶ Cons. const., déc. n° 79-107 DC du 12 juill. 1979, *Ponts à péage*, Rec. Cons. const., p. 31; CE, 10 mai 1974, *Sieurs Denoyez et Chorques*, req. n° 88.032 et 88.148, Rec. Cons. d'Et. 1974, p. 274 V. pour des applications de solutions différentes à des situations différentes : Cons. const., déc. n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, JO du 19 sept. 1986, p. 11294 ; Rec. Cons. const. 1986, p. 141.

B) Les mesures concrètes en faveur de l'égalité réelle

86. Les directives européennes n° 2000/43/CE et 2000/78/CE²⁴⁷, prises dans le cadre de l'habilitation posée par l'article 13 du traité CE²⁴⁸, sont à l'origine de toutes les mesures concrètes en faveur de l'égalité substantielle en droit positif français. Ces mesures concrètes portent d'une part sur la sanction des discriminations directe et indirecte (1) et d'autre part, sur la faculté offerte aux Etats de mettre en œuvre des mesures d'actions positives (2).

1) La sanction des discriminations en droit de l'Union européenne

a) La discrimination directe

87. La théorie selon laquelle la discrimination directe permettrait de sanctionner les discriminations matérielles. Le droit de l'Union européenne est à l'origine de la définition de la discrimination directe qui, en application des directives précitées, n'est prohibée que dans certains domaines et en raison de certains critères²⁴⁹. La discrimination directe se produit lorsque, pour l'un des motifs prohibés²⁵⁰ par les directives, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait²⁵¹ dans une situation comparable²⁵². Cette définition n'a pas été exactement reprise par le droit français²⁵³ qui prohibe le fait qu'une personne soit traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été²⁵⁴. La transposition française a su conserver toute sa prudence en limitant la discrimination directe au domaine du réel et non du possible, même si nous restons dubitatif quant à la conformité de cette disposition au droit de l'Union

²⁴⁷ Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, *préc.*; directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000, *préc.*

²⁴⁸ Cette habilitation se retrouve actuellement à l'article 16 E du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²⁴⁹ V. annexe n° 1.

²⁵⁰ Respectivement, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion, les convictions, l'âge, l'handicap, l'orientation sexuelle ou le sexe.

²⁵¹ Nous soulignons.

²⁵² Cf. art. 2§2 a) des directives n° 2000/43 et 2000/78, *préc.*

²⁵³ Cf. pour la définition adoptée par le droit français, l'article 1^{er} de 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.

²⁵⁴ Nous soulignons. L'utilisation du futur antérieur laisse entendre que le fait doit être considéré comme accompli dans le futur de manière certaine.

européenne. En effet, une telle définition va en-deçà du seuil de protection instaurée par le droit de l'Union européenne puisqu'elle a une portée moins large en terme de sanction des discriminations.

Indépendamment de cette divergence de conception, un auteur a pu voir, dans la rédaction de cette définition, une consécration de la prohibition des « discriminations matérielles »²⁵⁵, c'est-à-dire celles qui concernent l'hypothèse où, en présence de situations différentes, nous avons appliqué des règles similaires. Au soutien de cette affirmation, il évoque la terminologie utilisée dans la rédaction de la définition. Cette dernière envisage, en effet, le traitement défavorable d'une personne et non le traitement différent, ce qui permettrait d'inclure la discrimination matérielle. En effet, l'utilisation du terme « traitement différent » n'aboutirait qu'à prohiber la discrimination formelle.

88. *Appréciation critique.* Faut-il vraiment en conclure que l'utilisation du terme « traitement défavorable » implique indéniablement des conséquences différentes ? Il convient d'être prudent vis-à-vis d'une telle affirmation. Tout d'abord, à s'en tenir aux termes des directives européennes, il ne peut y avoir de discrimination qu'en présence de situations comparables. La discrimination matérielle supposerait que A et B soient placés dans une situation différente mais que tous deux soient traités de la même manière. Admettons maintenant que A soit un homme, B une femme et que tous deux occupent un poste à responsabilités et à fonctions similaires et que chacun dispose d'une ancienneté et d'un niveau de diplôme équivalent. Leurs situations respectives sont donc comparables. A s'en tenir à la conception de l'auteur, les directives européennes permettraient de sanctionner les hypothèses où B touche un salaire moindre que celui de A car nous sommes bel et bien en présence d'une discrimination formelle. Prenons maintenant le cas où A et B, qui occupent le même poste, disposent d'un salaire équivalent alors même qu'ils ont une ancienneté différente. Leurs situations sont dites non comparables car elles sont différentes. Pourtant, si nous nous en tenons toujours au raisonnement suivi par l'auteur, la discrimination devrait être sanctionnée car nous sommes en présence d'une discrimination matérielle. En effet, B a une plus grande ancienneté et elle a été traitée de manière moins

²⁵⁵ DUBOUT E., *op. cit.*, p. 402-403.

favorable que X l'aurait été dans une situation similaire.

Cependant pour arriver à une telle conclusion, il est indispensable de recourir au référent hypothétique X, qui virtuellement présente une similitude de situation avec B. La difficulté est qu'en droit français, ce référent hypothétique n'occupe pas la même place puisque la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations²⁵⁶ sanctionne l'hypothèse où la personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été. L'utilisation du futur antérieur ne s'oppose pas à la sanction des discriminations matérielles, mais elle la limite néanmoins puisque le futur antérieur suppose que le fait aurait été commis dans le futur de manière certaine.

89. Si la sanction des discriminations matérielles est encore incertaine dans le cadre de la prohibition des discriminations directes, elle est à l'inverse réelle dans le cadre des discriminations indirectes.

b) La discrimination indirecte

90. Définition de la discrimination indirecte. La discrimination indirecte est l'une des plus grandes innovations du droit de l'Union européenne dans la lutte contre les discriminations. Elle élargit considérablement le champ des discriminations prohibées, en ce qu'il ne s'agit plus de se cantonner aux discriminations apparentes mais aussi d'appréhender les discriminations cachées. Cette notion, issue d'une construction jurisprudentielle²⁵⁷, a été

²⁵⁶ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, *préc.*

²⁵⁷ La notion de discrimination indirecte est élaborée par la CJCE lors son arrêt *Sotgiu*: CJCE, 12 févr. 1974, *Giovanni Maria Sotgiu c/ Deutsche Bundespost*, aff. 152/73, Rec. 1974, p. 00153. L'espèce mettait en cause la conformité au droit communautaire d'une réglementation allemande soumettant à un régime différent les travailleurs résidant à l'étranger. Or, le critère de distinction n'était pas la nationalité mais au contraire le lieu de résidence. En ayant recours à la notion de discrimination indirecte, la CJCE a invalidé la réglementation allemande. La définition de cette notion sera précisée à l'occasion de deux arrêts importants, rendus dans le domaine de l'égalité homme/femme : CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, Aff. 170/84, Rec. 1986, p. 1607 - CJCE, 17 oct. 1989, *H.K. c/Danfoss*, Aff. 109/88, Rec. 1989, p. 3199. Pour autant, la CJCE n'est pas à l'origine de la découverte de cette notion. En réalité, celle-ci avait été préalablement définie par la Cour suprême américaine à l'occasion de l'affaire *Griggs* : U.S. Supreme Court, *Griggs v/ Duke Power Co.*, 1971, 401, U.S. 424. Notons de manière plus générale, que ces mesures considérées comme

consacrée par la directive n° 97/80/CE²⁵⁸ en son article 2§2. Elle sera reprise de manière différente²⁵⁹ par les directives n° 2000/43/CE et 2000/78/CE²⁶⁰, si bien que nous ne conserverons que la définition la plus récente. La discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère, une pratique, apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique différente, d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge, d'un sexe ou d'une orientation sexuelle donnés, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires²⁶¹.

91. La discrimination indirecte, une sanction de la discrimination formelle... La volonté du droit communautaire d'assurer pleinement une protection efficace à l'encontre des discriminations l'a amené à construire une notion qui élargit considérablement le champ des discriminations prohibées. Cet élargissement tient au fait que cette notion permet d'envisager une situation dite discriminatoire de manière objective, en plaçant le motif et l'intentionnalité dans un rôle purement accessoire. L'élément central de cette discrimination indirecte repose sur la notion de désavantage particulier. Celui-ci s'analyse du point de vue de l'effet de la mesure sur la catégorie de personnes risquant d'être désavantagée. Il n'est donc pas nécessaire que le constat se fasse au niveau du bilan de la mesure puisque la discrimination s'appréhende, au contraire, en amont. Les directives se réfèrent ainsi aux pratiques, critères ou dispositions « susceptibles de désavantager ». Le désavantage créé aboutit à considérer qu'«une différence de traitement peut consister en l'effet préjudiciable

discriminatoires, en raison de leurs effets disproportionnés, sont également prohibées dans certaines des différentes conventions de l'ONU. V. notamment la CERD, art. 1^{er}, la CEDAW, art. 1^{er} et la CRPD, art. 2.

²⁵⁸ Directive n° 97/80 du 15 déc. 1997 relative à la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe, JOCE n° L.14 du 20 janv. 1998, p. 0006. C'est cette directive qui synthétisera la construction jurisprudentielle de la notion de discrimination indirecte, en reprenant la définition dégagée par les arrêts *Bilka* et *Danfoss*.

²⁵⁹ La définition de la discrimination indirecte a été élargie par les directives postérieures à celle du 15 déc. 1997 n° 97/80. La première définition prévoyait qu'il ne pouvait y avoir de discrimination indirecte qu'en cas de constat qu'une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe avait été touchée par la mesure en question. La définition actuelle prévoit que la discrimination indirecte ne peut être constatée que si la disposition, le critère ou la pratique est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour une catégorie de personne. Cette notion de désavantage particulier englobe l'hypothèse précédente.

²⁶⁰ Cf. art. 2§2 b) des directives n° 2000/43 et 2000/78, *préc.* et l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, *préc.*

²⁶¹ Pour une première application en droit interne, v. MINE M., comm. ss. Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43.962, RDT 2007, p. 245.

disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe »²⁶². Si la corrélation de cette notion avec l'égalité formelle est indéniable, qu'en est-il alors de la réalisation de l'égalité substantielle ?

92. ...et de la discrimination matérielle. Un rapprochement entre égalité substantielle et notion de discrimination indirecte peut être noté dans la jurisprudence de la CEDH²⁶³. La CEDH a, en effet, une interprétation plus extensive de cette notion de discrimination indirecte qui, selon elle, peut prendre trois formes²⁶⁴ :

- quand une réglementation, sans instaurer à première vue de différence de traitement, est désavantageuse pour les membres d'une catégorie et qu'elle n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée.
- quand une mesure générale affecte de manière disproportionnée une catégorie de personnes, à moins qu'elle ne soit objectivement et raisonnablement justifiée.
- quand l'auteur d'une mesure n'a pas traité différemment une personne ou une catégorie de personnes en prévoyant une exception à l'application de la règle générale, sans justification objective et raisonnable.

La troisième forme de discrimination indirecte correspond à l'hypothèse du traitement similaire de situations différentes que la Cour considère comme discriminatoire depuis sa jurisprudence *Thlimmenos*²⁶⁵.

Si cette même définition ne se retrouve pas dans les directives n° 2000/43/CE et 2000/78/CE, il est tout de même possible de relier indirectement la notion de discrimination indirecte à la recherche d'une égalité substantielle. Monsieur le Professeur MINE qualifiait ainsi cette notion de « concept au service de l'égalité en fait » car elle permet de découvrir

²⁶² CEDH, 13 nov. 2007, *D.H. et autres. c/République tchèque*, req. n° 57325/00.

²⁶³ La CEDH a longtemps été hésitante à recourir à la notion de discrimination indirecte. C'est véritablement à partir de son arrêt *Hoogendijk c/Pays-Bas* qu'elle a commencé à s'y référer : CEDH, 6 janv. 2005, *Hoogendijk c/Pays-Bas*, n° 58461/00.

²⁶⁴ de SCHUTTER O., *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme. Sa pertinence pour les directives communautaires relatives à l'égalité de traitement sur la base de la race et dans l'emploi*, Bruxelles : Office des publications officielles des Communautés européennes, Rapport de la Commission européenne – direction Emploi et affaires sociales, févr. 2005, p. 16.

²⁶⁵ CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. n° 34369/97, Rec. des arrêts et des décisions 2000-IV.

une discrimination dans les faits, alors même qu'elle est occultée par un critère neutre faisant écran²⁶⁶. Or, il arrive très souvent que la règle neutre en question ait pour objet d'assurer une égalité formelle de différentes catégories de personne, alors que dans les faits on s'aperçoit que cette égalité formelle aboutit à des discriminations de fait criantes.

93. Cette notion de discrimination indirecte correspond, tout comme l'action positive, à un modèle de justice collective de meilleure répartition des « biens publics »²⁶⁷ à destination de catégories de personnes défavorisées. Elle est susceptible de servir indirectement l'égalité substantielle en mettant en avant les domaines dans lesquels il sera nécessaire de prendre un certain nombre de mesures positives en faveur de l'égalité²⁶⁸.

2) *L'action positive*

94. Définition de l'action positive. L'action positive est la mesure par excellence la plus aboutie en matière de réalisation de l'égalité substantielle puisqu'elle impose directement que le résultat atteint aboutisse à la réalisation de l'égalité substantielle. Compte-tenu des objectifs attenants à cette mesure, elle est strictement encadrée tant dans son domaine que dans ses conditions. L'action positive vise directement à éliminer et à réduire les inégalités de fait qui existent au niveau de la société.

Cette mesure n'est pas directement issue du droit de l'Union européenne²⁶⁹, mais elle avait

²⁶⁶ MINE M., *Les concepts de discrimination directe et indirecte*, consultable sur : www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02...concepts/2003_Mine_FR.pdf, p. 8. Il note également qu'il est évident que l'intérêt particulier de cette notion repose sur sa capacité à appréhender les discriminations dites « systémiques », c'est-à-dire résultant de pratiques constatées au sein d'institutions, d'un secteur ou d'entreprises.

²⁶⁷ Par opposition à la discrimination directe qui correspond davantage à un modèle de justice individuelle portant particulièrement sur la promotion de l'égalité de chaque individu du point de vue de son statut, v. McCRUDDEN C., *Le nouveau concept d'égalité*, consultable sur : www.era-comm.eu/oldoku/...concepts/2003_McCrudden_FR.pdf, p. 15 et 16.

²⁶⁸ TOLBA C. *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Bruxelles : Office des publications officielles des Communautés européennes, Rapport de la Commission européenne – direction Emploi et affaires sociales, sept. 2008, p. 59.

²⁶⁹ Elle a d'abord été prévue en matière d'inégalités hommes/femmes. Ainsi, la directive du Conseil du 9 févr. 1976 prévoit que les Etats membres puissent prendre « des mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes » : Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la

déjà été autorisée par les conventions de l'ONU²⁷⁰. Inspirée du système américain de l'*affirmative action*²⁷¹, il s'agit de la forme la plus élaborée de justice compensatrice²⁷² puisqu'elle porte directement sur le résultat. Il faut cependant noter que si elle vise un certain résultat, elle ne doit pas l'imposer. C'est la raison pour laquelle l'action positive ne peut être assimilée à une discrimination positive, encore appelée discrimination à rebours. Ainsi, un système de priorité absolue et inconditionnelle en faveur des femmes n'est pas conforme aux exigences du droit de l'Union européenne²⁷³. Le système de quotas rigide, qui est un mécanisme d'action positive parmi d'autres, n'est donc pas admissible.

95. Evolution de l'action positive vers une meilleure réalisation de l'égalité réelle.

Mais, cette proposition est moins évidente à la lecture des arrêts *Kalanke et Marshall*. L'action positive tend à se rapprocher considérablement de la discrimination positive et donc du résultat. En autorisant la mesure traitant de manière préférentielle les femmes²⁷⁴, sous couvert de la présence d'une clause d'ouverture laissant une possibilité de recrutement aux candidats masculins, la CJCE autorise le recours à la mesure préférentielle²⁷⁵. Or, c'est là que se situe la difficulté. La sanction des discriminations, particulièrement des discriminations indirectes, complétée par des mesures d'actions positives mises en œuvre dans certains domaines, permet effectivement une meilleure réalisation de l'égalité réelle. Mais, l'égalité réelle ne saurait autoriser la discrimination à rebours car même sous prétexte d'inégalités de fait, cela reste toujours, d'un point de vue juridique, une discrimination.

promotion professionnelles, et les conditions de travail, JOCE n° L 39 du 14 févr. 1976, p. 40–42, art. 2, 64. Cette mesure a été également prévue par les directives race et emploi.

²⁷⁰ CEDAW, art. 4-1, CERD, art 1^{er}-4.

²⁷¹ V. la thèse consacrée à ce sujet de CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 1998 ou encore SABBAGH D., *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Paris : Economica, Coll. Etudes politiques, 2003.

²⁷² L'objectif est d'ailleurs clairement énoncé par le juge européen en cas de constat de l'insuffisance « des normes juridiques existantes sur l'égalité de traitement » puisqu'il considère qu'il importe de « compenser les effets préjudiciables qui (...) résultent d'attitudes, de comportements et de structures de la société », Recommandation CEE n° 84-635 du Conseil du 13 déc. 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, JOCE n° L 331 du 19 déc. 1984, p. 0034 – 0035.

²⁷³ CJCE, 17 oct. 1995, *Eckhard Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen*, aff. C-450/93, Rec. 1995 p. I-03051.

²⁷⁴ CJCE, 11 nov. 1997, *Hellmut Marschall contre Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C- 409/95, Rec. 1997, p. I-6363.

²⁷⁵ HAQUET A., *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE 2001, p. 305.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER :

96. *Discrimination, égalité des notions propices à la confusion.* Dans toute société la quête incessante de l'égalité de ceux qui la composent conduit à la remise en question perpétuelle de ce que le sens commun définit comme égalité. Plus nous cherchons à donner à ce principe la plus grande effectivité possible, plus les limites tirées du caractère abstrait de cette égalité apparaissent. La notion de discrimination est nécessairement liée à la recherche de cette égalité. Elle participe ainsi à la construction d'un ordre égalitaire plus concret à tel point que nous pouvons nous interroger sur le sens d'un principe d'égalité qui serait départi de la notion de discrimination. La force des liens entretenus par ces deux notions engendre nécessairement la confusion. Il convient néanmoins d'être vigilant à cet égard et rappeler qu'en dépit de la complémentarité de la notion de discrimination à la réalisation de l'égalité, la portée de cette dernière est beaucoup plus large.

97. *Une absence de dissociation aux conséquences pratiques certaines.* Mais ces liens sont aussi tels, qu'aujourd'hui, nous avons tendance à ne plus concevoir la discrimination autrement que par l'égalité. Cette absence de dissociation a des conséquences concrètes. La discrimination évolue à travers l'égalité : quand celle-ci tend à devenir un principe au service de la sanction des règles arbitraires, la discrimination en prend nécessairement le même chemin. Les méthodes de caractérisation des ruptures d'égalité et de discrimination sont les mêmes. Faible, donc, est le degré de différences pratiques existant entre ces deux notions. Pourtant, sans remettre en cause la pertinence de cette association, il importe de rappeler qu'elle contribue à l'éloignement de la notion de discrimination des considérations éthiques auxquelles elle est intrinsèquement attachée. C'est sous cet angle là, qu'elle sera développée par la norme pénale qui la caractérise comme une atteinte au respect de la dignité humaine.

Chapitre second :

L'approche pénale de la notion de discrimination: une atteinte à la dignité humaine

98. Essor de la discrimination sous l'angle de la dignité. C'est en 1972, par l'adoption de la loi n° 72-546 relative à la lutte contre le racisme, que la notion de discrimination apparaît en droit pénal à travers l'apparition de l'infraction de discrimination, réprimée aux articles 416 et suivants du Code pénal. En 1992, lors de la réforme du Code pénal, par l'adoption des lois du 22 juillet 1992²⁷⁶, cette infraction fut classée dans la catégorie des atteintes à la dignité humaine²⁷⁷. Ce faisant, le droit pénal promut une valeur sociale qui n'était que naissante dans le langage juridique.

Le droit pénal aurait pu se contenter de rattacher la notion de discrimination au principe d'égalité qui, en dépit de son apparente complexité, présente néanmoins l'avantage d'avoir une assise juridique construite. Or, en 1992, quand le droit pénal reconnut l'importance le respect de la dignité humaine, les expressions en droit positif étaient rares. Ce n'est que dans les années suivantes, sous l'influence de la décision du Conseil constitutionnel consacrant le respect de la dignité humaine comme principe à valeur constitutionnelle²⁷⁸, que la notion connaîtra un essor considérable en tant que norme de référence²⁷⁹.

99. Une association propice aux interrogations. Pour autant, si la notion de discrimination est instinctivement associée au principe d'égalité, la jonction de cette

²⁷⁶ Lois n° 92-683 à n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal, JO n° 169 du 23 juill. 1992.

²⁷⁷ Livre II, Titre II, Chapitre V.

²⁷⁸ Cons. const., déc. n° 94-343/344 DC du 27 juill. 1994, JO du 29 juill. 1994, p. 11024 ; Rec. Cons. const., p. 100 ; JCP 1994, I-3788, note LUCHAIRE F.

²⁷⁹ Nous préférons utiliser ce terme de « norme de référence » afin de ne pas avoir à choisir entre les différentes qualifications retenues pour ce principe. La doctrine est depuis longtemps divisée quant à la valeur juridique qu'il convient d'octroyer à ce principe, hésitant entre les statuts de « principe matriciel », de droit fondamental, ou de principe général du droit.

première à la dignité humaine semble moins évidente. La principale difficulté repose sur l'absence totale de définition juridique de la dignité alors que, paradoxalement, il n'existe quasiment plus aucun pan du droit qui ne fasse pas référence à ce principe²⁸⁰. Nous tenterons donc, dans un premier temps, d'en délimiter les contours en nous intéressant à l'ensemble des domaines juridiques dans lesquels le respect de la dignité humaine a pris place (Section 1). C'est à partir de cette vision générale qu'il nous est permis, dans un second temps, de faire ressortir les principales exigences à partir desquelles le droit pénal a consacré le respect de la dignité humaine, en tant que nouvelle valeur sociale (Section 2).

Section 1 - Les exigences tirées du principe du respect de la dignité humaine

100. S'interroger sur les exigences tirées du principe du respect de la dignité humaine nous amène à nous confronter à deux problématiques. En premier lieu, la dignité n'est pas « une norme juridique de caractère prescriptif direct », si bien que son effectivité « est conditionnée par le contenu qu'on lui attribue »²⁸¹. Il y a donc toujours un risque d'arbitraire²⁸² entre ce que nous pouvons légitimement voire instinctivement ou non rattacher à la dignité humaine. Ensuite, l'importance quantitative des normes protectrices de la dignité de la personne humaine existantes ne permet pas de trouver un fil conducteur

²⁸⁰ De manière non exhaustive, en ce qui concerne le droit international, le principe est mentionné dans le Préambule de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, aux articles 1^{er} ; dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948, aux articles 22 et 23 §3 ; dans la Déclaration universelle sur le génome humain de 1997, à l'article 2 ; dans la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Convention d'Oviedo de 1997), à l'article 1^{er} ; dans la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme de 2005, à l'article 2. Pour le droit de l'Union européenne, nous citerons notamment le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le chapitre premier traite de la dignité humaine ; les travaux préparatoires de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui considèrent le respect de la dignité humaine comme un des objectifs fondamentaux de la Convention. Il ne fait nul doute qu'en dépit de toute référence explicite, son article 3 se rattache également au respect de la dignité humaine. La CEDH a d'ailleurs été amenée à rappeler que la notion de dignité humaine est de l'essence de la Convention : CEDH, 22 nov. 1995, *CR et SWC c. Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, Série A 1995, n° 335-C. S'agissant du droit interne, le Code pénal consacre à cette notion un chapitre entier. Les lois sur la bioéthique ont conduit à l'instauration de l'article 16 dans le Code civil. Le Code de procédure pénale rappelle, également quand à lui, l'importance du respect de la dignité que ce soit en matière de recours à des moyens de contraintes (article préliminaire), qu'en matière de preuve (article 427).

²⁸¹ MATHIEU B., *La dignité de la personne humaine, quel droit ? Quel titulaire ?*, D. 1996, p. 282.

²⁸² Il importe, en effet, d'éviter de tomber dans l'excès inverse consistant à avoir recours à la dignité humaine afin de combler les éventuels vides juridiques existants.

susceptible de lier les différentes atteintes à cette valeur de façon satisfaisante. Il importe donc de rechercher le sens commun de cette notion en partant des multiples réflexions menées à ce sujet par la doctrine (§ préliminaire). Une fois ce sens commun défini, il nous sera possible de dégager deux principales exigences tirées du principe du respect de la dignité humaine. Il apparaît, en premier lieu, que la dignité permet de protéger l'humanité de l'homme, entendue comme qualité intrinsèque de sa personne (§1). Elle permet, en second lieu, de protéger l'appartenance de l'homme à l'humanité (§2).

§ Préliminaire - Réflexions autour du sens commun de la dignité humaine

101. *Dignitas et dignité.* Anciennement, la notion de dignité s'entendait d'un point de vue juridique comme une haute qualité attachée à une fonction, une place ou un rang : la *dignitas*²⁸³. Sa première vocation est sociale : elle accorde le prestige, l'honneur et le mérite à certains membres d'une société, s'accompagnant parfois de l'octroi d'une parcelle d'autorité à l'égard de la société²⁸⁴. La *dignitas* est donc purement et simplement distinctive, voire discriminante. Aujourd'hui, ses références se sont multipliées et la notion revêt différentes acceptions. Ainsi, certains distinguent quatre principaux types de dignité : la dignité sociale (la place ou le rang de l'homme dans la société), la dignité morale (l'attitude de l'homme, le respect, la décence) qui dépend de la société et des valeurs qu'elle consacre, la dignité d'état, qui est en rapport avec son honneur et enfin, la dignité inaliénable (dignité inhérente à la personne), qui renvoie à l'égale dignité des êtres humains²⁸⁵. Sans nier l'importance que peuvent revêtir les différents sens de cette notion, ni le lien existant entre chacun d'eux, il semble que seule la dignité inaliénable est communément entendue comme valeur transcendante, si bien que nous nous concentrerons sur cette dernière.

²⁸³ C'est à ce sens que renvoie notamment l'article 6 de la DDHC qui dispose : « tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

²⁸⁴ V. sur la signification de cette notion : PAULIAT M., De la dignitas à la dignité, in GABORIAU S., PAULIAT H., *Justice, éthique et dignité*, Limoges : PULIM, Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 nov. 2004, Cinquièmes Entretiens d'Aguesseau, 2006, p. 29.

²⁸⁵ MARET M., *L'euthanasie : alternative sociale et enjeux pour l'éthique chrétienne*, Saint-Maurice : éd. Saint Augustin, 2000, p. 138-139.

102. La dignité dans la philosophie kantienne. Si la reconnaissance de la dignité inhérente à la personne apparaît bien tardivement en droit, nous la retrouvons, à l'inverse, bien plus tôt dans la pensée religieuse et philosophique. La notion occupe une place importante dans la pensée chrétienne pour laquelle cette dignité s'exprime dans la création de l'homme à l'image de Dieu : « Dieu créa l'homme à son image, à l'image de Dieu il le créa »²⁸⁶. Mais c'est surtout la philosophie kantienne qui a su donner à cette notion de dignité tout son sens²⁸⁷. Ainsi, pour KANT, la dignité humaine est une valeur absolue²⁸⁸, transcendante qui a vocation à diriger l'ensemble de l'action humaine²⁸⁹ : « L'humanité est par elle-même une dignité : l'homme ne peut être traité par l'homme (soit par un autre, soit par lui-même), comme un simple moyen, mais il doit toujours être traité comme étant *aussi une fin* ; c'est précisément en cela que consiste sa dignité (la personnalité), et c'est par là qu'il s'élève au-dessus de tous les autres êtres du monde qui ne sont pas des hommes et peuvent lui servir d'instruments, c'est-à-dire au-dessus de toutes les choses »²⁹⁰.

A notre sens, deux éléments fondamentaux dans cette définition kantienne doivent être retenus. D'abord, la notion de *dignitas* ne disparaît pas totalement de cette définition. Il y a toujours cette idée de place ou de position qui transparaît indirectement de la conception kantienne²⁹¹, mais sa façon de l'entrevoir est radicalement différente. KANT prône une égalité, de type horizontale, entre tous les êtres humains, c'est-à-dire qu'il évoque une **égale**

²⁸⁶ Genèse 1, 27.

²⁸⁷ Si la réflexion d'Emmanuel KANT reste la principale référence pour ce qui est relatif à la notion de dignité aussi bien dans sa Métaphysique des mœurs, que dans sa Critique de la Raison pure, il n'est bien évidemment pas le seul philosophe à avoir étudié la question. Cette réflexion se retrouve également chez CICERON et PLATON puis chez PIC de la MIRANDOLE dans son ouvrage *De humanis dignitas*. Nombreux sont les grands philosophes ayant tenté de définir les multiples sens propres à cette notion. Mais la pensée d'Emmanuel KANT est celle qui présente le plus de similitudes avec la façon dont elle sera appréhendée en droit positif.

²⁸⁸ SMITH A.: « La première valeur pour un individu, c'est de pouvoir se regarder avec respect » cité par BOUDON R., *Renouveler la démocratie : éloge du sens commun*, Paris : O. Jacob, 2006, p. 166.

²⁸⁹ KANZ H., *Emmanuel Kant (1724-1804)*, Perspectives : Revue trimestrielle d'éducation comparée 1993, Vol. XXIII, n° 3-4, p. 813.

²⁹⁰ Cité par KLEIN Z., *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*, Paris : J. Vrin, Coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 1968, p. 24.

²⁹¹ « L'homme s'élève au-dessus de tous les êtres (...) c'est-à-dire au-dessus de toutes les choses ». Il dissocie l'homme de l'animal parce qu'au niveau de la création il y a quelque chose qui le distingue fondamentalement. En réalité, cette question de la distinction entre l'homme et l'animal sera au cœur de toute la réflexion philosophique moderne humaniste et aboutira par la suite à la reconnaissance à l'homme de la possibilité de bénéficier d'un ensemble de droits en raison de sa supériorité sur l'animalité. V. à ce sujet : FERRY L., *Apprendre à vivre, Traité de philosophie à l'usage des jeunes générations*, Paris : Plon, 2006, p. 121-124.

dignité entre tous les hommes. Cette égale dignité constitue, à son sens, l'unique critère de hiérarchisation légitime, puisque l'humanité est un tout qui ne se divise pas et au centre de laquelle figure toujours l'homme, en tant qu'être doué de raison²⁹². Cette dignité liée à l'humanité²⁹³ devient alors une mesure de rattachement de l'homme à sa communauté d'appartenance qui fonde un devoir de reconnaissance et de respect mutuel de chacun envers les autres. La dignité est alors « la qualité de cette appartenance aboutissant à ce que tous soient humains et dignes de l'être » permettant alors de sortir de la vision universaliste où l'homme est le centre pour le substituer à l'humanité²⁹⁴. Cette commune appartenance ne signifie pas pour autant que l'homme perde son individualité. Bien au contraire, l'humanité se construit autour d'une altérité, « c'est-à-dire à la fois la singularité de chaque être humain, reconnu comme être unique et, en même temps, son égale appartenance à la communauté humaine »²⁹⁵.

Ensuite, pour réaliser cette appartenance de l'homme à sa communauté et, donc exprimer cette dignité humaine, il faut que l'homme s'identifie à son environnement humain et qu'il se produise entre les deux une reconnaissance mutuelle²⁹⁶. L'homme se reconnaîtra dans l'autre qu'il jugera alors être son semblable tout en restant profondément différent. Mais si chaque homme appartient de manière égale à l'humanité, c'est bien parce que chaque homme recèle en lui une part de cette humanité. Dans cette seconde acception, l'humanité **doit être entendue comme une qualité intrinsèque de chaque homme.**

C'est autour de ces deux éléments fondamentaux que sont l'humanité en tant que qualité intrinsèque à chaque homme et l'égale dignité qu'elle fonde, que KANT va développer une réflexion sur un élément qui lui paraît en être une implication fondamentale : le respect.

103. Le rattachement de la dignité humaine à la question du respect. Parce que chaque

²⁹² ELLA S.-E., *Emmanuel Levinas : des droits de l'homme à l'homme*, Paris : L'Harmattan, Coll. Commentaires philosophiques, 2009, p. 44.

²⁹³ « L'humanité elle-même est une dignité » : KANT E., *Métaphysique des mœurs*, Vol. 2 Doctrine de la vertu, Paris : Vrin, Coll. Bibliothèque des textes philosophiques, traduction par PHILONENKO A., 1968, p. 140.

²⁹⁴ EDELMAN B., *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, D. 1997, p. 185.

²⁹⁵ DELMAS MARTY M., *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris : Textuel, Coll. Conversations pour demain, entretien mené par PETIT Ph., 2004, p. 100-101.

²⁹⁶ « La dignité se lit dans le regard de l'autre » : CASSIERS L., *La dignité de l'embryon humain*, RTDH 2003, p. 403.

homme recèle une part d'humanité, chaque homme devra toujours être envisagé comme une fin et jamais comme un moyen. La dignité s'interprète ici comme une ligne de conduite de l'homme dans son interaction avec l'autre, permettant d'assurer la paix et la coexistence sociale. Dans cette perspective, cette dignité est envisagée dans la réciprocité car elle va concerner tant l'estime de soi que le respect de l'autre, ce qui suppose alors que la dignité ne doit pas être entendue simplement comme un droit mais surtout, et avant toute chose, comme un devoir. Ce devoir est d'abord un devoir de l'homme envers les autres hommes puisque loin d'être unique, il se doit de respecter l'ensemble de ceux qui composent cette humanité et qui constituent, de ce fait, aussi une fin. Mais c'est aussi un devoir de l'homme envers lui-même lui défendant d'utiliser ce qui le compose ou ce qui en constitue son prolongement comme un moyen au lieu d'une fin, sauf à renier alors sa propre dignité²⁹⁷.

104. Caractère indisponible et impersonnel de la dignité. Il existe dans la philosophie kantienne un lien indéfectible entre le respect et la dignité dans les rapports qui se nouent avec l'autre comme avec soi-même²⁹⁸. La dignité induit par elle-même le respect de l'être raisonnable. Aucune transgression de ce devoir n'est autorisée, ce qui nous amène à en déduire que la dignité est indifférente à toute appréciation ou mesure, elle est **indisponible**. Nous irons même jusqu'à dire qu'elle est **impersonnelle**. En effet, le respect est communément entendu du point de vue de la personne²⁹⁹ : il s'agit d'une image que nous avons de nous-même, que les autres peuvent avoir de nous-même au regard de nos actes ou des circonstances dans lesquelles nous agissons. Elle est subjective, variable : il s'agit d'une estime de soi.

²⁹⁷ « Nous sommes dans ce que Kant appelle le « sentiment pathologique », c'est-à-dire l'action qui satisfait la sensibilité d'une personne en fonction de ses intérêts, de sa sensibilité, de ses penchants, sans se soucier du reste des hommes. Se servir d'une partie du corps pour soi, pour l'intérêt de soi-même, sans que ladite partie ne présente des anomalies susceptibles de nuire à notre personne, à notre santé, voilà le genre de comportement que l'éthique kantienne réprouve » : ELLA S.-E., *op. cit.*, p. 47 à 50.

²⁹⁸ FIERENS J., La dignité humaine comme concept juridique in FERRAND J. et PETIT H. (dir.), *Fondations et naissances des droits de l'homme*, T. 1 L'odyssée des droits de l'homme, Paris : L'Harmattan, Coll. La Librairie des humanités, actes du colloque international de Grenoble organisé en octobre 2001 par le Centre historique et juridique des droits de l'homme, Faculté de droit de Grenoble, Université Pierre Mendès France, 2004, p. 171.

²⁹⁹ Nous reprenons cette distinction entre dignité personnelle et dignité impersonnelle de la réflexion menée par BAERTSCHI B., *Enquête philosophique sur la dignité : l'anthropologie philosophique et l'éthique des biotechnologies*, Genève : Labor et Fides, Coll. Le Champ éthique, 2005, p. 168-171.

Mais la dignité impersonnelle est une qualité même de la personne, elle lui est inhérente et ne répond donc à aucune considération subjective. Elle existe en chaque homme par le simple fait qu'il est un homme. Elle n'a donc pas à être attribuée, tout autant qu'elle ne peut être ôtée. De ce fait, le jugement de valeur de tout individu est imperméable à la qualité d'être digne que chacun porte en soi³⁰⁰. De même, le jugement de valeur qui porte sur l'acte de la personne est sans conséquence sur cette même qualité. Quelle que soit l'infamie de l'acte, la personne ne saurait être frappée d'indignité³⁰¹ car si tel était le cas elle sortirait de la communauté humaine, elle serait déshumanisée et renvoyée au rang animalier. Le jugement de valeur intéresse tout au plus la dignité éthique, mais non la dignité inhérente à la personne humaine³⁰².

La barbarie appelle parfois la barbarie, nous ne pouvons le nier.

« Il devient alors évident que non seulement Hitler mais des milliers d'Allemands avaient agi comme s'ils n'étaient que l'incarnation du mal ; qu'ils étaient des bêtes extrêmement évoluées, des bêtes douées d'intelligence. Or ces bêtes avaient à leur disposition tous les accessoires de la technique moderne (...). Quand ils eurent décidé de les mettre au service du mal, rien ni toutes les meilleures intentions du monde, ni les actes du Congrès, ni les grands principes philosophiques – ne pouvait empêcher les nazis de semer la ruine, la souffrance et la dégradation parmi les hommes »³⁰³.

Quand l'horreur dépasse l'entendement humain, nous avons parfois instinctivement tendance à n'entrevoir le barbare qu'à travers la monstruosité de ses actes, à faire de sa valeur humaine le strict reflet de ses actes. Et pourtant, en raison de notre appartenance à l'humanité, rien ne saurait lui dénier sa qualité d'être humain. Que la dignité soit niée au profit de la barbarie ou que la dignité soit niée au barbare, il est difficilement contestable que nous ne pouvons nous contenter d'exprimer la dignité inhérente à la personne humaine car

³⁰⁰ DOCKES E., *Valeurs de la démocratie : huit notions fondamentales*, Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2005, p. 39 et s.

³⁰¹ TZITZIS S., *Humanisme, dignité de la personne et droits des détenus*, Rev. pén. 2010, p. 205. Pour en conclure que « la personne la plus perverse ne pourrait aliéner, voire gravement affecter cette humanité, car cette dernière se trouve sous la protection de la dignité », *ibid*, p. 217.

³⁰² V. la distinction opérée par ANDORNO R. entre la dignité inhérente à la personne et la dignité éthique. Pour lui, cette dernière doit nécessairement avoir un lien avec le comportement de la personne : *La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique*, Revue générale de droit médical 2005, n° 16, p. 95.

³⁰³ DAVENPORT R. W., *La dignité humaine*, Paris : Nouvelles éditions, latines, 1958, p. 70.

cette seule expression ne suffit jamais à assurer la protection de l'homme. Si nous n'inscrivons pas la dignité dans un véritable système de reconnaissance, la frontière entre dignité personnelle et impersonnelle sera toujours perméable³⁰⁴.

105. *Le respect de la dignité, un principe préexistant mais dont la réalisation dépend de sa reconnaissance.* Si la dignité préexiste à tout système, y compris à tout système de droit, il est néanmoins fondamental qu'elle fasse l'objet d'une reconnaissance. Emile DURKHEIM rappelait, à cet effet, que l'idée d'égalité de dignité n'est pas le produit des sociétés modernes. Il s'agit d'un sentiment dont l'homme a eu conscience de tout temps mais dont l'application varie selon les conditions à travers lesquelles cette dignité peut être protégée³⁰⁵. Aussi, c'est justement parce qu'à l'origine, la dignité est un sentiment, une intuition, qu'elle doit faire l'objet d'une reconnaissance expresse car une valeur non reconnue n'a pas de sens³⁰⁶, elle a beau exister, elle ne se réalise pas pour autant par elle-même. Sa garantie et son respect supposent la croyance en cette valeur puisque si sa simple existence suffisait, il serait à proprement parler inutile d'en assurer la protection³⁰⁷. Cette protection doit être inévitablement une « protection du droit, de la norme et de la sanction »³⁰⁸.

106. *La reconnaissance de la dignité en droit positif.* L'idée de préexistence de la dignité a souvent favorisé la thèse selon laquelle l'ensemble des droits de l'homme aurait

³⁰⁴ Preuve en est des difficultés concrètes que nous avons à assurer la protection de la dignité, les exactions attentatoires à la dignité humaine restent toujours d'actualité face à l'atrocité que présentent certains comportements humains. On pense notamment aux actes terroristes pour lesquels l'Amérique avait déclaré entrer en croisade contre l'axe du mal, ce qui justifiera « la guerre préventive » contre l'Irak : v. à ce sujet, CYPEL S., *La croisade de l'Amérique contre l'Axe du mal*, Le Monde, 8 sept. 2011. Ces différents constats ont ainsi suscité l'inquiétude d'un auteur qui considère que l'on tend, dans le fonctionnement de la justice pénale, à s'écarter de plus en plus de la notion d'imputabilité au profit de la prise en compte de la dangerosité. Or, une telle substitution est, à son sens, particulièrement dangereuse en considération de la dignité inhérente à chaque être humain : DELAGE P.-J., *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité*, RSC 2007, p. 797.

³⁰⁵ BOUDON R., *A propos du relativisme des valeurs : retour sur quelques intuitions majeures de Tocqueville, Durkheim et Weber*, Revue française de sociologie 2006/4, Vol. 47, p. 877.

³⁰⁶ HOTTOIS G., *Dignité et diversité des hommes*, Paris : Vrin, Coll. Pour demain, 2009, p. 18.

³⁰⁷ SANDKÜHLER H.-J., Sur la dignité humaine in POULAIN J., SANDKÜHLER H.-J., TRIKI G. (dir.), *Pour une démocratie transculturelle*, Paris : L'Harmattan, Coll. Perspectives transculturelles 2010, p. 237. L'auteur souligne que « le concept de dignité intervient dans le chaos des individualités isolées et dans l'incertitude de la vie », *ibid*, p. 239.

³⁰⁸ *Ibid*, p. 241.

pour fondement la dignité humaine,³⁰⁹ rejoignant le postulat que « tout système, y compris philosophique ou juridique, trouve nécessairement son sens, ses objectifs, ses critères de légitimité ou de validité en dehors de lui, dans une intuition ou un principe ultime qui est posé a priori ».³¹⁰ De cette intuition découle une volonté de fonder tout un système de reconnaissance de droits³¹¹ autour de cette valeur prééminente³¹², de ce principe « matriciel » bouleversant l'ordre constitutionnaliste tel que Hans KELSEN l'avait enseigné.

Mais une seconde lecture de la dignité et des droits de l'homme est aussi possible : il s'agirait de considérer que les droits de l'homme ne doivent pas être compris comme une déduction de la dignité, mais bien comme une affirmation de celle-ci³¹³. Certains systèmes juridiques n'ont d'ailleurs pas hésité à inscrire expressément la dignité comme fondement des droits fondamentaux³¹⁴. En réalité, si l'on remonte à 1789 et donc à l'adoption de la

³⁰⁹ MATHIEU B., *Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme*, D. 1995, p. 211. V. dans le même sens, BORELLA F., *Le concept de dignité de la personne humaine* in PEDROT Ph. (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris : Economica, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, 1999, p. 29. Cette proposition a d'ailleurs été largement critiquée par une autre partie de la doctrine qui considère qu'en faisant de la dignité une matrice des droits de l'homme, on aboutit à instaurer une hiérarchisation entre les droits fondamentaux « qui ne peut être guère souhaitable ni possible en droit » : SAINT JAMES V., *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français*, D. 1997, p. 61.

³¹⁰ LÖWENTHAL P., *Ambiguïtés des droits de l'homme*, *Droits fondamentaux* 2009, n° 7, consultable sur : <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article167>, p. 2.

³¹¹ Pour certains auteurs, il s'agit même d'un fondement du droit. V. notamment RIALS S., *Supraconstitutionnalité et systématisme du droit*, *Archives de philosophie du droit* 1986, T. 31 : Le système juridique, p. 57.

³¹² LÖWENTHAL P., *op. cit.*, p. 3. Il est vrai que les grandes conventions internationales consacrant la dignité humaine laissent difficilement entendre une conception différente. Ainsi, le premier considérant du Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948 énonce que « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine (...) constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

³¹³ « Ainsi donc, il n'y a pas de rapport d'antécédent à conséquence, entre la dignité humaine et les droits de l'homme, que dans le sens où la dignité humaine désigne le contenu général (de sens), mais non pas le principe de déduction des droits de l'homme » : MENKE C., *De la dignité de l'homme à la dignité humaine : le sujet des droits de l'homme : en hommage à Hauke Brunkhorst pour son 60^e anniversaire*, *Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales* 3-2009, n° 4, traduit par TRIERWEILER D., consultable sur <http://trivium.revues.org/3303>, p. 3.

³¹⁴ On citera ainsi l'article 1^{er} de la Loi fondamentale allemande de 1949 : « 1. La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. 2. En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. 3. Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ». Mais sa nature juridique prête néanmoins à confusion puisque la Cour constitutionnelle qualifie la dignité humaine « d'élément fondamental du système des valeurs constitutionnelles » et, à d'autres moments, de droit fondamental : Conseil de l'Europe, *Le principe du respect de la dignité humaine*, Strasbourg : Conseil de

Déclaration des droits de l'homme, c'est surtout à travers la notion de liberté qu'il est possible de considérer que la dignité fonde les droits de l'homme. La reconnaissance des droits naturels de l'homme ne s'est pas imposée en raison de son éminente dignité mais parce qu'elle participait à la protection de la liberté de l'homme. La dignité se rattache alors à cet homme libre dont on respecte l'autonomie de la volonté et la capacité d'autodétermination. L'affirmation des droits de l'homme par la Déclaration de 1948 marquera néanmoins un changement de perspective. La liberté prend du recul au profit d'une affirmation de la dignité humaine, d'une égale dignité, significative d'un rejet de toute hiérarchie existentielle³¹⁵.

L'affirmation du respect de la dignité inhérente à la personne humaine en droit français a été tardive. Consacrée dans le Préambule de la Constitution de 1946³¹⁶, le Conseil constitutionnel a reconnu, en 1994, à l'occasion de l'examen des lois relatives à la bioéthique³¹⁷, la valeur constitutionnelle de « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation »³¹⁸. Cette affirmation s'inscrit aujourd'hui dans un contexte plus général de protection de la dignité humaine que l'on retrouve initialement en droit international et en droit pénal français et qui sera par la suite élargi aux droits civil, administratif et social.

107. Nous avons entrevu les principaux éléments qui composent la notion de dignité humaine ainsi que la mesure dans laquelle ceux-ci ont été appréhendés en termes juridiques. Le respect de la dignité en droit oscillera essentiellement autour de deux principaux axes :

l'Europe, actes du séminaire UniDem organisé à Montpellier du 2 au 6 juillet 1998 en coopération avec le Pôle universitaire européen de Montpellier et du Languedoc-Roussillon et la Faculté de droit, le CERCOP, et l'Université Montpellier I, 1999, p. 27-28.

³¹⁵ TZITZIS S., L'éthique des Droits de l'homme et les diversités culturelles, in FERRAND J. et PETIT H. (dir.), *op. cit.*, p. 185.

³¹⁶ Le principe avait d'ailleurs fait l'objet de nombreuses références dans le projet de Constitution du 19 avr. 1946, notamment aux articles 22, 27 et 28.

³¹⁷ Lois n° 94-653 relative au respect du corps humain, JO n° 175 du 30 juill. 1994, p. 11056 et n° 94-654 du 29 juill. 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal, *ibid.*, p. 11060.

³¹⁸ Ce principe a été rattaché par le Conseil constitutionnel à la première phrase du Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau, que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Cons. const., déc. n° 94-343-344 DC, *préc.*

l'élaboration de normes protectrices de l'appartenance de l'homme à la communauté des hommes mais également l'organisation de l'autonomie et de la liberté, comme symbole de la part d'humanité qui réside en chacun d'eux. Il n'existe cependant pas de frontière nette entre ces deux axes. Lorsque l'un atteint ses limites, nous invoquons le second afin de légitimer l'extension du champ de la protection du droit au respect de la dignité humaine.

§ 1 - La protection de la part d'humanité présente en chaque homme

108. Cette protection est consacrée par un ensemble de dispositions normatives en vertu desquelles *les hommes*, dans leurs rapports *interindividuels*, se doivent un respect mutuel. Si l'humanité est une qualité intrinsèque de chaque homme, alors le respect s'envisage pour l'essentiel vis-à-vis du corps (A). L'appréhension de ce champ de protection par la théorie juridique ne va pourtant pas de soi. Il en résulte encore un certain nombre d'incertitudes au nom desquelles la portée du respect de la dignité n'est pas toujours évidente à cerner (B).

A) La protection du corps humain

109. La protection du corps humain est à l'heure actuelle assurée par le principe d'inviolabilité de ce corps (1), qui garantit à l'homme la possibilité d'en disposer librement (2). Loin d'être intégrale, cette libre disposition connaît, au contraire, un certain nombre de limites (3).

1) L'inviolabilité du corps humain...

110. *L'inviolabilité du corps humain, une exigence tirée du respect de la dignité.* Protéger une personne contre les atteintes à sa dignité humaine nécessite en premier lieu d'instaurer une obligation d'abstention non seulement à la charge de l'Etat, mais aussi à celle

des personnes privées³¹⁹. Chaque homme est porteur d'une part d'humanité qui le lie aux autres et qui s'exprime à travers le corps de l'individu, en tant que support de la personne humaine. La manifestation la plus immédiate de l'atteinte au respect de la dignité humaine est donc une atteinte à son corps.

Pendant longtemps, le droit civil ne distinguait pas la personne de son corps³²⁰. Il lui suffisait ainsi de protéger la personne dans son intégralité pour assurer la protection de ce corps³²¹. Le droit pénal constitue le principal vecteur de la protection de cette intégrité physique contre toute atteinte contraire au principe d'inviolabilité du corps humain. Il n'avait pas été nécessaire, pour légitimer cette protection, de faire appel au respect de la dignité de la personne humaine.

Mais en 1994, lors de l'adoption des lois relatives à la bioéthique, c'est dans une perspective différente que le législateur avait intégré ce principe d'inviolabilité dans le Code civil. En rappelant que « chacun a le droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable »³²², le législateur avait inscrit ces exigences dans le prolongement direct du principe fondamental de primauté de la personne humaine et d'interdiction de toute atteinte à la personne humaine évoqué par l'article 16 du Code civil. Le Code civil venait alors de rattacher expressément l'inviolabilité du corps humain à la question du respect de la dignité humaine, alors que cette approche n'avait pas été consacrée dans le Code pénal. Comment fallait-il comprendre cette dissension ?

111. *L'inviolabilité du corps humain ne consiste qu'en un droit au respect du corps.* Il faut interpréter l'article 16-1 du Code civil à la lumière du contexte de son adoption. La réaffirmation du principe d'inviolabilité du corps humain par cet article concerne

³¹⁹ JORION B., *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, RD publ. 1999, n° 1, p. 197.

³²⁰ Ainsi, comme le note, dans sa thèse, BORRILLO D.-A. le droit civil envisageait antérieurement le corps qu'à travers la notion de personne en tant qu'accessoire de cette dernière. Ce ne sera que par le passage à la pensée moderne, que l'homme deviendra possesseur de son corps et de sa personne : *L'homme propriétaire de lui-même : le droit face aux représentations populaires et savantes du corps*, Thèse dactyl. Strasbourg, Strasbourg : Strasbourg I, 1991, p. 74-75.

³²¹ V. à ce sujet, BINET J.-R., *Protection de la personne – Le corps humain* in J.-Cl. Fasc. bioéthique 2009, n° 12.

³²² C. civ., art. 16-1.

essentiellement le domaine médical. Pour assurer la protection de ce corps, le législateur consacre un nouveau droit subjectif : le droit au respect de son corps³²³. Or, c'est ici que se situe la nuance. Le législateur n'a pas consacré un droit à l'intégrité physique, il consacre un droit au respect du corps. Certains ont alors expliqué ce choix par l'impossibilité d'intégrer le droit à l'intégrité physique dans la catégorie des droits subjectifs³²⁴. Nous pouvons cependant aller plus loin et considérer que c'est bien parce que l'atteinte à l'intégrité physique ne permet pas de rendre compte de la portée de l'atteinte à la dignité humaine, que le législateur a préféré rattacher le respect dû au corps au principe de dignité.

112. *Le droit au respect du corps doit être distingué du droit à l'intégrité physique.*

Pour tenter d'expliquer la notion de droit au respect de son corps en tant que composante de la dignité et la différence qui l'oppose à l'intégrité physique, il faut d'abord préciser le rapport dans lequel nous situons l'homme. Il existe, en effet, trois types de rapports : l'action d'autrui sur l'homme, l'action de l'homme sur lui-même et l'action de l'homme sur lui-même par l'intermédiaire d'autrui³²⁵. L'action de l'homme sur autrui est celle qui se produit alors que celui-ci n'a pas mis son corps à disposition. Tel sera, par exemple, le cas du meurtre où il n'y a ni consentement, ni mise à disposition du corps et l'atteinte qui en résulte ne porte que sur l'intégrité physique *stricto sensu*. L'action de l'homme sur lui-même est celle par laquelle il dispose librement de lui-même sans aucune intervention d'un tiers. Cela concerne par exemple le cas du suicide. Le dernier rapport est celui de l'homme disposant de lui-même mais qui impliquera l'action d'un tiers.

Si l'on s'en tient aux deux derniers rapports et que nous reprenons les enseignements tirés de la philosophie kantienne, l'homme doit toujours être traité comme une fin en soi, jamais comme un simple moyen. Cette proposition se retrouve aisément en théorie générale du droit à travers les doctrines du droit individuel qui conçoivent l'individu comme la fin suprême du

³²³ THOUVENIN D., *Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique*, D. 1990, p. 149.

³²⁴ V. à ce sujet, ARNOUX I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Thèse Bordeaux, Talence : Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 168 et s.

³²⁵ FABRE-MAGNAN M. développe une conception similaire en opposant d'une part, le rapport de soi à soi, exclusif de toute intervention du tiers et d'autre part, le rapport de l'homme à autrui : *Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale*, D. 2008, p. 31.

droit³²⁶. « L'éminente dignité de la personne humaine » est alors le fondement même de cette doctrine³²⁷. Nous pouvons alors admettre que si elle en est le fondement, le respect de cette dignité s'oppose à tout comportement visant à faire de l'homme, *sujet de droit*, une chose, *objet de droit*, pour reprendre la *summa divisio* classique opposant la personne aux choses. L'atteinte à la dignité humaine peut bien évidemment être une atteinte à l'intégrité physique du corps humain de la personne, mais elle se complète, selon nous, d'un aspect intellectuel particulier. Ce qui différencie le sujet de l'objet est sa raison, l'autonomie de la volonté dont il est pourvu, sa capacité, en raison de sa liberté³²⁸, à s'autodéterminer. L'objet, à l'inverse, en est totalement dépourvu.

113. Le respect du corps intègre la notion d'autonomie de la volonté. Sans pour autant confondre autonomie de la volonté et dignité humaine³²⁹, cette faculté de raison dont l'homme dispose doit être entendue comme un élément central de la notion de dignité. Nier cette autonomie de la volonté, comme symbole de la liberté individuelle, revient à manipuler l'homme comme s'il se résumait à un simple objet et donc, rejeter sa part d'humanité intrinsèque. Dans cette perspective, l'atteinte à la dignité humaine n'est pas une « notion trop large qui reposerait sur le seul critère de l'atteinte à autrui »³³⁰ mais **une atteinte à l'intégrité physique³³¹ par laquelle on nie l'humanité qui repose en chaque homme en le traitant comme un objet**. La négation de cette humanité peut alors être une négation des droits subjectifs dont il dispose en tant que sujet de droit mais aussi de la faculté de consentement dont il dispose en tant qu'homme libre. L'importance du consentement dont

³²⁶ ROUBIER P. résume cette doctrine de telle manière: « La valeur supérieure est la valeur de la personne ; tout le reste doit être au service de la personne, l'Etat et la société ; la fin suprême consiste dans la liberté : c'est le système individualiste ou libéral », *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 230-240.

³²⁷ *Ibid.*, p. 231-232.

³²⁸ Ce qui rejoint d'une certaine manière la définition des libertés telle que posée par LEBRETON G. « les libertés (...) sont toujours des pouvoirs d'autodétermination, c'est-à-dire des pouvoirs que l'homme exerce sur lui-même (...). Les libertés s'exercent donc par essence dans l'indépendance, sans que l'intervention d'autrui soit nécessaire », *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8^{ème} éd., Paris : A. Colin, Coll. U. Droit public, 2009, p. 11 et s.

³²⁹ Une telle confusion aurait comme conséquences d'autoriser les personnes ne disposant d'aucune autonomie morale comme indignes : ANDORNO R., *loc. cit.* p. 96.

³³⁰ VIRIOT-BARRIAL D., *Dignité de la personne humaine* in Rép. pén., Dalloz, oct. 2004, p. 4, n° 14.

³³¹ Pour reprendre les termes fréquemment utilisés en doctrine, il s'agit alors de sanctionner toute forme de dégradation, d'asservissement ou de réification de l'être humain.

fait état l'article 16-3 du Code civil³³² exprime bien cette frontière entre le sujet et l'objet. Seul l'intérêt thérapeutique et l'impossibilité réelle du patient à consentir à une intervention thérapeutique justifient l'existence de dérogations.

114. L'autonomie personnelle autorise des dérogations au principe d'inviolabilité du corps humain. De manière plus générale et en dehors du contexte médical, il existe des dérogations au principe d'inviolabilité du corps humain. Nous prendrons, pour exemple, les pratiques sadomasochistes que la CEDH envisage sous l'angle de l'autonomie personnelle. Dans la continuité de sa jurisprudence *Pretty c/Royaume-Uni*³³³ dans laquelle elle avait déduit de l'article 8 de la ConvEDH un droit à l'autonomie personnelle, elle rappelle dans son arrêt *K.A et A.D*³³⁴ que le droit pénal n'a pas à intervenir dans des pratiques sexuelles consenties relevant du libre arbitre des individus, sauf « raisons particulièrement graves ». Or, ce qui avait particulièrement choqué une partie de la doctrine était justement que le respect de cette autonomie personnelle permettait de rendre admissible des atteintes à l'intégrité physique d'une certaine gravité³³⁵. S'il n'est nulle part fait référence à la dignité humaine³³⁶, cette décision se justifie néanmoins au regard de la dignité humaine : en ayant respecté le consentement de la victime quant à la mise à disposition de son corps, les personnes mises en cause n'avaient pas attenté à la dignité humaine quand bien même la

³³² Son alinéa 2 dispose : « le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

³³³ CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, Rec. des arrêts et des décisions 2002-III

³³⁴ CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D. c/Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99, RTD civ. 2005, p. 341, note MARGUENAUD J.-P., LPA 1^{er} août 2006, p. 6, note MALAURIE P. Dans cette affaire, deux individus avaient été condamnés pour coups et blessures volontaires infligés à un tiers à l'occasion de pratiques sadomasochistes. Invoquant la violation du droit au respect de la vie privée, la CEDH ne leur donne pas raison. Son arrêt reste néanmoins riche en enseignement. La Cour relève ainsi que la faculté de chacun de mener sa vie comme il l'entend inclut la possibilité de s'adonner à des pratiques sadomasochistes si bien que le droit pénal n'a pas à intervenir dans des pratiques librement consenties, sauf existence de raisons particulièrement graves légitimant cette ingérence. Dans cette perspective, la Cour souligne que « si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti ». Comme le soulève le commentateur de l'arrêt, cette solution « aide néanmoins à mieux prendre conscience de la densité de la notion d'autonomie personnelle qui, dans le domaine de la sexualité, doit être, rigoureusement, l'autonomie de tous les participants et qui, d'une manière plus générale, érige la volonté individuelle en ultime rempart contre les dérives des autres » : MARGUENAUD J.-P. note sous CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D. c/Belgique*, *ibid*, p. 342.

³³⁵ V. par exemple, FABRE-MAGNAN M., note sous CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D. c/Belgique*, D. 2005, p. 2973.

³³⁶ La décision fut rendue sous l'angle du respect de la vie privée.

victime avait subi des atteintes à son intégrité physique³³⁷. C'est donc parce que l'individu dispose de soi-même que le consentement avait suffi à légitimer les pratiques sadomasochistes. La question reste de savoir jusqu'à quel point la dignité autorise l'homme à disposer de lui-même et à porter atteinte à sa propre personne.

2)...un principe garantissant la libre disposition de soi

115. La libre disposition de soi renvoie à la problématique de la propriété du corps humain. Poser la problématique de la libre disposition de l'homme de son corps, c'est revenir préalablement sur un débat que nous retrouvons dans la doctrine philosophique et juridique, portant sur la question de savoir si l'homme est propriétaire de son corps. La question présente un enjeu certain : affirmer la libre disposition du corps humain revient à admettre que le corps humain est une chose dont l'homme est propriétaire, ce qui conduit, dès lors, à autoriser un certain nombre de conventions que le droit répugne à légitimer³³⁸. A l'inverse, affirmer l'absence de propriété du corps humain, c'est admettre une indissociabilité du corps et de l'âme³³⁹ qui composent la personne et qui forment le sujet de droit.

Pendant longtemps, l'idée de propriété du corps est apparue comme une garantie contre l'aliénation et l'instrumentalisation de l'homme et donc comme un symbole de la liberté inhérente à chaque homme³⁴⁰. Cette idée est communément résumée par l'axiome suivant : « ce qui fait que je suis moi, c'est que je suis propriétaire de ce moi »³⁴¹. Loin d'être un débat

³³⁷ Pour une opinion contraire qui considère justement que l'atteinte à la dignité humaine permettrait de condamner l'exercice de telles pratiques, v. FABRE-MAGNAN M., *loc. cit.* p. 2982.

³³⁸ Par exemple, les conventions de mère porteuse, la vente des organes ou des autres éléments du corps humain etc.

³³⁹ Ainsi comme le démontrait FIERENS J. l'idée de propriété du corps humain peut être justifiée par un syllogisme juridique inductif. D'abord, il faut admettre que la dissociation du sujet et de son corps. Ensuite, en reconnaissant le droit de propriété comme droit subjectif, la dissociation induit nécessairement la propriété de l'homme sur son corps : *Critique de l'idée de propriété du corps humain ou le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige*, Les Cahiers de droit 2001, Vol. n° 42, p. 647.

³⁴⁰ Il s'agit notamment de la conception de LOCKE J. dans son *Essai sur le pouvoir civil* qui impose, comme limite à cette propriété, le respect de la loi naturelle : BORRILLO D.-A., *op. cit.*, p. 95-97. PUFENDORF tout en validant cette idée de propriété la rattacherait néanmoins à la raison qui seule en constitue la limite. Il marque ainsi une certaine proximité avec la philosophie kantienne, *ibid.*, p. 105-106.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 95.

purement théorique, cela pose bien au contraire la question des limites applicables à l'utilisation du corps humain dans un contexte où le progrès médical maîtrise certains procédés médicaux tels que la transplantation, l'utilisation des produits du corps humain, le prêt d'utérus, la manipulation des gènes, la procréation médicalement assistée etc. Les exigences morales sous-jacentes à l'ensemble de ces procédés rendent l'appréciation des limites applicables à la libre disposition du corps humain délicate. Parallèlement, nous ne saurions nier que certaines de ces techniques constituent un espoir dans l'amélioration de la condition de l'être humain³⁴². On comprend dès lors que, selon l'intérêt privilégié, la doctrine soit très partagée sur cette question. Ainsi, pour certains, le principe d'utilité l'emporte pour légitimer l'idée de propriété du corps humain³⁴³. D'autres, à l'inverse, restent totalement opposés à cette idée de propriété³⁴⁴.

116. La libre disposition régit les rapports que nous entretenons avec nous-même. Il faudrait concevoir, au vu de ce qui a été vu précédemment, que l'homme dispose librement de lui-même dans son rapport avec lui-même et dans son rapport avec les tiers. Monsieur le Professeur BIOY, dans sa thèse consacrée au concept de personne humaine en droit public, soulignait que « l'unité du corps et de l'esprit ne se résume en effet pas à l'intégrité personnelle, elle implique également la maîtrise de son corps par la personne, et ce, de façon "positive", à l'initiative de la personne. Le consentement est ici "dépassé", il n'est question de rempart mais de liberté. L'unité-dignité de la personne fonde ainsi la liberté

³⁴² Ainsi en ce qui concerne la génétique, TAGUIEFF P.-A. résume ainsi le dilemme qui se pose « il y aurait (...) une contradiction absolue entre deux visions de la nature humaine : d'un côté, on prônerait son respect comme une donnée incarnant la dignité de l'homme – ce qui impliquerait « le respect de l'intégrité somato-psychique de la personne » ; de l'autre, on viserait l'idéal suprême de son perfectionnement indéfini, « l'humanité présente ne valant *qu'en tant que moyen* de réaliser l'humanité future », cité par EDELMAN B., *Génétique et liberté*, Droits 1991, T. 13, p. 31. De manière plus générale, LEMENNICIER B. considère que les partisans de la non-reconnaissance d'un droit de propriété sur le corps est une doctrine socialement inutile et qui ne répond pas aux besoins des individus (impossibilité pour les femmes stériles d'avoir leur propre enfant, extinction de certaines communautés ethniques, amélioration de l'état de santé etc.), *Bioéthique et propriété*, Droits 1991, T. 13, p. 111.

³⁴³ Notamment LEMENNICIER B., GALLOUX J.-C., LABRUSSE-RIOU C. Pour une présentation de cette doctrine, v. ARNOUX I., *op. cit.*, p. 156-160. V. également la fiction imaginée par BAUD J.-P., *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris : Seuil, Coll. Des travaux, 1993.

³⁴⁴ Ainsi, pour FIERENS J. cette propriété n'est pas possible en ce que la dissociation de l'âme et du corps est une illusion et la simple réflexion de l'homme devant son miroir suffit pour rappeler que « la distance entre une personne et son miroir n'existe que dans les contes », *loc. cit.*, p. 393.

corporelle »³⁴⁵. Mais cette entière liberté corporelle n'existe que dans un rapport de soi à soi. Or, comme le note Madame le Professeur FABRE-MAGNAN « dans une vie en société, il n'est pas si fréquent qu'une décision ne relève que du rapport de soi à soi »³⁴⁶, dans bien des cas, subsiste une intervention ou des conséquences sur un tiers, si bien que cette libre disposition doit trouver certaines limites.

3) *Les limites à la libre-disposition de soi*

117. Limites indifférentes à la notion de dignité. Il existe bien évidemment de nombreuses limites à la libre-disposition de soi dans les hypothèses où celle-ci implique l'action d'un tiers. Ces limites, qui sont pour l'essentiel posées par le droit, rendent le consentement inopérant dans un certain nombre de cas. Pour autant, elles n'ont pas forcément de lien avec le respect de la dignité humaine. Ainsi, la dignité humaine sera susceptible d'imposer des limites à partir du moment où l'homme traite son propre corps comme un objet et en cela il existe un lien entre dignité et un autre principe connu du droit : celui de l'indisponibilité³⁴⁷ du corps humain³⁴⁸.

118. Limites intéressant la notion de dignité humaine. Le principe d'indisponibilité du corps humain est une exigence que rappelle notamment l'article 16-1 du Code civil³⁴⁹, mais que l'on retrouvait dans une large mesure à travers la notion de cause illicite du contrat. Cette fois encore, le droit n'avait pas eu besoin d'attendre l'apparition de la notion de dignité humaine pour imposer certaines limites à la libre disposition du corps humain. Mais ce qui

³⁴⁵ BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Thèse Toulouse, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, p. 494.

³⁴⁶ FABRE-MAGNAN M., *Le domaine de l'autonomie personnelle*, loc. cit., p. 32.

³⁴⁷ L'indisponibilité du corps humain est le principe selon lequel le corps doit être hors du commerce et ne peut donc faire l'objet d'une convention avec autrui. Comme le notait BOGERT M. citant elle-même SERIAUX A. « "hors du commerce" ne signifie pas hors "échanges commerciaux" mais "hors de toute transaction" : indisponible, ce qui signifie que la volonté humaine ne saurait avoir de prise sur les éléments constitutifs de l'être des personnes » : *Réflexions sur les sources du droit et le « principe » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, RTD civ. 1992, p. 489.

³⁴⁸ V. ainsi pour un arrêt de principe affirmant l'indisponibilité du corps humain : Cass. plén., 31 avr. 1991 n° 90-20.105, Bull. civ. 1991, n° 4, p. 5 ; Juris-data n°1991-001378, Gaz. Pal. 2009, n° 70-71, p. 39, note GABRIEL A.

³⁴⁹ « Le corps humain, ses éléments, ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial », bien qu'il ne s'agisse pas d'une consécration expresse.

n'est pas consacré peut néanmoins être latent et il aurait été difficile d'admettre que les limites imposées au droit à la libre disposition du corps humain ne relèvent pas de l'ordre d'une valeur supérieure et instinctive protectrice de l'excès et de la dérive³⁵⁰.

Monsieur le Professeur DECOCQ, dans sa thèse relative aux droits sur la personne³⁵¹, constate qu'il existe, en la matière, un conflit juridique entre la volonté, le caractère sacré de la personne et l'intérêt des tiers, notamment en ce qui concerne les éléments du corps humain³⁵². Pour réguler la liberté de l'individu, il importe de limiter le recours à la matière contractuelle, en matière d'utilisation des éléments de son corps, aux hypothèses où le transfert de ceux-ci ne porte pas atteinte à la conservation de l'individu³⁵³. Pour autant, rajoutait-il, il arrive que même en ne nuisant pas à cette conservation, certains contrats demeurent interdits en ce qu'ils portent atteinte à la sacralité de l'individu, à sa dignité humaine³⁵⁴.

La dignité humaine ne semble donc pas être une nouveauté en terme de limitation de l'homme dans l'utilisation de son corps. Elle permet de mesurer la juste limite entre ce que l'homme peut faire de lui-même et ce qu'il ne peut pas faire : elle est donc une justification de l'inefficacité de la volonté individuelle comme moteur de l'action humaine en certaines circonstances. Ainsi, l'homme ne peut mettre à disposition son corps ou les éléments de son corps que dans des conditions strictement encadrées : soit ce dernier poursuit sa propre fin, c'est-à-dire sa propre conservation ce qui s'oppose à la finalité mercantile du transfert de ses éléments corporels, soit il répond à l'intérêt supérieur d'un tiers et dans ce cas, la finalité

³⁵⁰ Emmanuel KANT l'affirmait lui-même : si l'homme est libre, cette liberté trouve comme condition préalable l'obéissance à la loi éthique : MIQUEL P.-A., *Respect et inviolabilité du corps humain*, Noesis 2007, n° 12, p. 239.

³⁵¹ Les droits sur la personne doivent être entendus comme des droits dont sont titulaires d'autres personnes que le sujet : DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 21, 1960, p. 3.

³⁵² *Ibid*, p. 21 et s.

³⁵³ *Ibid*, p. 31-32.

³⁵⁴ *Idid*, p. 37-38. Il donne pour exemple l'interdiction des contrats portant sur des exhibitions humaines. On peut d'ores et déjà faire un lien avec une autre affaire plus contemporaine et que nous envisagerons par la suite, à savoir celle du lancer de nain. V. *infra* n° 137.

poursuivie est essentiellement thérapeutique³⁵⁵.

B) Les difficultés relatives à la protection de l'humanité de l'homme

119. Les difficultés propres à la protection de l'humanité sont de deux ordres. D'une part, il subsiste une incertitude quant à la nécessité d'étendre la protection de la dignité humaine aux vécus du corps humains, c'est-à-dire à l'égard des conséquences psychiques de certaines souffrances affligées à l'homme (1). D'autre part, la difficulté de définir clairement le bénéficiaire de cette protection rend l'application de ce principe parfois incertaine (2).

1) La dignité humaine et les « vécus du corps »³⁵⁶

120. L'indivisibilité du corps et de l'esprit justifie l'application du respect de la dignité aux vécus du corps. Au titre des composantes du respect de la dignité humaine, nous avons essentiellement envisagé l'homme à travers son intégrité physique sans faire aucunement référence à l'homme dans ses sentiments et dans ses états d'âme. S'il ne fait aucun doute que la dignité a vocation à protéger le corps humain, il subsiste néanmoins une incertitude quant aux atteintes portées à l'homme dont les dommages sont, pour l'essentiel, d'ordre psychique. Or ce corps s'exprime, il vit ; il est nécessairement indivisible de l'esprit qui l'anime et cette symbiose justifie que la dignité s'empare de l'être dans son intégralité. Pour certains auteurs, il ne fait aucun doute que la dignité s'intéresse également aux vécus du corps. Il est donc tout autant possible d'appréhender la dignité sous l'angle psychique³⁵⁷, tant certains comportements avilissent et rabaisent l'homme d'un point de vue plus psychologique. Pour Monsieur le Professeur MOUTOUH, la subjectivisation de la souffrance physique ou

³⁵⁵ Il s'agit de l'un des critères que DECOCQ A. retenait lui-même dans sa thèse afin de justifier la limitation de l'efficacité de la volonté d'une personne et qui rendait, dès lors, les conventions portant sur certains éléments du corps humain licites. Il donne ainsi pour exemple, les greffes de tissus, le don de sang : *ibid*, p. 57 et s.

³⁵⁶ Nous empruntons cette expression à MOUTOUH H. qui distingue, dans sa déclinaison du principe du respect de la dignité humaine, deux sortes de significations: celle du corps à travers le respect de son intégrité physique, comme nous l'avons vu préalablement et celle liée aux vécus du corps, qui est plus subjective et qui repose sur le ressenti du corps humain : *Dignité de l'homme en droit*, RD publ. 1999, p. 159.

³⁵⁷ Ainsi, même si cette dimension n'apparaît pas directement dans la section consacrée aux atteintes à la dignité humaine, le Code pénal réprime un certain nombre d'atteintes à l'intégrité psychique de l'individu.

psychologique trouve son essor dans la jurisprudence de la ConvEDH sanctionnant les traitements dégradants³⁵⁸ « qui humilient l'individu grossièrement devant autrui ou le poussent à agir contre sa volonté ou sa conscience ou encore l'abaissent à ses propres yeux »³⁵⁹. Dans le même sens, Monsieur le Professeur SUDRE note que la notion de traitement dégradant ne se limite pas uniquement aux châtiments corporels, elle inclue aussi certaines formes de discrédit social ou de discriminations raciales³⁶⁰.

En droit interne, un jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Paris le 1^{er} février 1995³⁶¹ est symptomatique de cette évolution. Dans cette affaire, la publicité d'un fabricant de vêtements avait été mise en cause au motif que la représentation d'un corps humain estampillé « HIV Positive » était constitutive d'une atteinte à la vie privée. Les juges du fond, bien que n'ayant pas retenu ce fondement, avaient néanmoins condamné la société aux motifs que la publicité en question aboutissait à un processus de déshumanisation et donc d'exclusion³⁶² contraire au respect de la dignité humaine.

121. Le respect de la dignité ne porte donc pas sur une conception restrictive de l'humanité ; bien au contraire il s'applique à l'homme dans son intégralité, afin d'assurer au profit de ce dernier la protection la plus large possible. Pourtant, la transposition de ce concept d'humanité en droit positif ne s'effectue pas sans aucune difficulté. Elle suppose, en effet, de définir avec précision celui qui sera bénéficiaire de la protection tirée du respect de la dignité humaine.

³⁵⁸ MOUTOUH H., *loc. cit.*, p. 172.

³⁵⁹ CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, Série A 1978, n° 26, §§ 29-30. L'aspect psychologique est d'ailleurs encore plus apparent dans l'arrêt *Selmouni c/ France* où la Cour évoque « des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique et morale » : CEDH, 28 juill. 1999, *Selmouni c/ France*, req. n° 25803/94, Rec. des arrêts et des décisions 1999-V ; JCP 1999, II-10193, note SUDRE F.

³⁶⁰ SUDRE F., *Article 3* in PETTITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H., *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris : Economica, 1999, p. 155.

³⁶¹ TGI Paris, 1^{er} févr. 1995, D. 1995, p. 569, note EDELMAN B.

³⁶² *Ibid.*, p. 570.

2) *La transposition de la notion d'humanité dans le choix du bénéficiaire du droit au respect de la dignité humaine*

122. L'absence de définition de la personne humaine en droit positif. Si la personne humaine³⁶³ doit être protégée en vertu de la dignité inhérente à sa personne, comment d'un point de vue juridique définir le bénéficiaire de cette protection ? Plus exactement, si la dignité est de l'essence de l'homme, comment la concrétiser juridiquement quand le droit positif lui-même ne définit pas la personne humaine ? En effet, le droit n'a pas vocation à retranscrire exactement et parfaitement la réalité qu'il doit appréhender. Il va la généraliser à travers différents concepts qu'il met en œuvre et en ce qui concerne l'homme, sa normativité juridique s'exprime à travers la notion de personne juridique³⁶⁴. La retranscription juridique de la personne humaine passe par une réalité biologique : le corps humain vivant, élément d'identification de l'être humain³⁶⁵, est le réceptacle de la personnalité juridique³⁶⁶.

Cette réalité biologique a néanmoins des limites. Ainsi, la personne juridique ne s'apparente pas à l'homme³⁶⁷, c'est-à-dire l'être humain vivant, car il faudrait alors que le droit se mette à définir avec exactitude le moment à partir duquel commence la vie humaine. Ce faisant, l'embryon humain n'est pas, au regard du droit, une personne juridique³⁶⁸. Il n'acquiert cette personnalité, selon l'adage *infans conceptus*³⁶⁹, qu'à partir du moment où il est né vivant et

³⁶³ Sur l'apparition et les relations qu'elle entretient avec la personne juridique, l'individu et l'être humain, v. la thèse de BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 97-110 et p. 150 et s.

³⁶⁴ TRIGEAUD J.-M., La personne humaine, sujet de droit in Journées SAVATIER R., *La personne humaine sujet de droit*, 4èmes Journées tenues à Poitiers les 25 et 26 mars 1993, Paris : PUF, Coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994, p. 3.

³⁶⁵ Si bien que tout élément détaché du corps est considéré de ce fait comme une chose sans propriétaire. V. pour cette démonstration des rapports entre le corps et les éléments détachés du corps : BAUD J.-P., *op. cit.*, p. 14 et s.

³⁶⁶ V. à ce sujet, MEMETEAU G., Vie biologique et personnalité juridique. Qui se souvient des Hommes ?, in Journées SAVATIER R., *op. cit.*, p. 21.

³⁶⁷ HERZOG-EVANS M., *Homme, homme juridique et humanité de l'embryon* RTD civ. 2000, p. 165. Nous pouvons mettre d'ailleurs ce constat en parallèle avec l'observation de VIRALLY M.: « l'individu humain n'est pas nécessairement sujet de droit. Il le devient et il ne bénéficie de cette qualité que si elle lui est attribuée par le droit positif, lequel peut en subordonner l'attribution aux conditions qu'il définit lui-même », *La pensée juridique*, Paris : LDGJ, 1960, p. 121.

³⁶⁸ Sur les différentes solutions possibles en ce qui concerne la condition juridique de l'embryon, v. MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, Tome 1 Vol. 2 : Les personnes, La personnalité, les incapacités, 8^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 1997, p. 10 et s.

³⁶⁹ Pour une critique de cette fiction juridique, v. MEMETEAU G., *La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque*, RTD civ. 1990, p. 611.

viable. Le droit pénal ne l'envisage pas différemment puisqu'il ne l'assimile pas plus à une personne. C'est ainsi que la Cour de cassation n'hésitera d'ailleurs pas à lui dénier la protection du droit pénal dans son célèbre arrêt du 29 juin 2001³⁷⁰.

123. *Personne juridique ou personne humaine : le choix d'un bénéficiaire.* Pour donner une réalité au respect de la dignité humaine, il faut en choisir son bénéficiaire. Il existe alors plusieurs possibilités. Tout d'abord, nous pouvons limiter la protection de cette dignité humaine à la personne juridique. Ceci est possible en partant du principe, qu'en dépit du fait que la personne juridique ne répond pour l'essentiel qu'à des considérations pratiques, essentiellement d'ordre patrimonial, elle rend tout de même compte de l'existence de la personne humaine³⁷¹. Mais, ce cas de figure suscite néanmoins quelques critiques. Tout d'abord, la correspondance entre dignité humaine et personne juridique amoindrit de façon non négligeable la portée de cette valeur puisque celle-ci a vocation à reconnaître la part d'humanité qui existe en chaque homme. Or, à partir du moment où la personne juridique ne prend pas en compte l'ensemble de l'existence biologique de l'homme, il est difficile de considérer que cette dernière représente l'homme dans son intégralité. Ensuite, une telle correspondance reviendrait à admettre que la dignité est contingente du « bon vouloir » du droit positif qui fixe les limites de la personne juridique³⁷². Il semble, au contraire, que « ce n'est pas l'analyse juridique qui doit démontrer l'humanité de l'Homme mais cette humanité qui doit s'imposer par nature au droit »³⁷³. La dignité n'est donc pas au service du droit, c'est le droit, en ce qu'il protège l'intérêt de tous, qui doit être son outil.

La seconde possibilité est de définir le bénéficiaire de cette dignité à travers un autre concept : celui de la personne humaine, de l'homme voire de l'être humain. Pour répondre à cette question, il est intéressant de revenir préalablement sur le statut de l'embryon humain. Constaté, en effet, que l'embryon, qui n'est pas considéré comme une personne juridique,

³⁷⁰ Cass. crim., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001, n° 8, p. 19 : dans cet arrêt, la Cour de cassation avait refusé de considérer que la perte d'un fœtus, à la suite d'un accident commis par une personne en état d'ébriété, était constitutif d'un homicide involontaire ; V. également Cass. crim. 25 juin 2002, n° 00-81.359, Bull. crim. 2002, n° 144, p. 531.

³⁷¹ NEIRINCK C., *L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable*, D. 2003, p. 841.

³⁷² BORELLA F., *loc. cit.*, p. 36-37.

³⁷³ HERZOG-EVANS M., *loc. cit.*, p. 69.

ne bénéficie pas de la protection liée à l'exigence de respect de la dignité humaine, nous permet d'en conclure que la dignité est nécessairement rattachée à la notion de personne juridique uniquement.

124. L'orientation du droit positif en faveur de la personne juridique en tant bénéficiaire du droit au respect de la dignité. En réalité, il serait utopique de croire qu'il existe une réponse non équivoque, apportée par le juge ou par le législateur, à ce sujet. Il est vrai qu'aux termes de l'article 16 du Code civil, issu de la loi de bioéthique³⁷⁴, « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie ». Mais, comme le souligne le Doyen CARBONNIER, l'affirmation du respect de la personne n'équivaut en aucune manière à la reconnaissance juridique de la personnalité de cette dernière³⁷⁵. Il faut prendre en compte la subtilité rédactionnelle qui se cache derrière l'article 16 du Code civil. Pour Monsieur le Professeur EDELMAN, si cet article interdit l'atteinte à la dignité de la personne, il ne fait que garantir le respect de l'être humain³⁷⁶. Il faut dès lors en conclure que le Code civil ne reconnaît pas de personnalité juridique à l'embryon, pas plus qu'il ne le considère comme un bénéficiaire du respect de la dignité.

Cette vision restrictive risque d'être, à terme, remise en cause et déjà Monsieur le Professeur BIOY n'a pas manqué d'en soulever les contradictions: « la notion d'être humain amène à intégrer au cœur du sujet, souvent objet du droit, la notion d'humanité qui elle-même s'en remet aux données de la biologie assimilant l'appartenance à l'humanité comme qualité à la détention d'un génome de l'espèce humaine »³⁷⁷. Pourtant, il s'agit d'une conception qu'a consacré le Conseil constitutionnel en considérant que le respect de tout être humain dès le

³⁷⁴ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO du 7 août 2004, n° 182.

³⁷⁵ CARBONNIER J., *Droit civil*, Vol. 1 : Introduction. Les personnes. La famille. L'enfant. Le couple, Paris : PUF, Coll. Quadrige - Manuels, 2004, p. 395.

³⁷⁶ Nous soulignons. Il en conclut qu'« en d'autres termes, le respect est à l'embryon et au fœtus ce que la dignité est à la personne. Le respect serait donc une sorte de prédignité » : EDELMAN B., *La personne en danger*, Paris : PUF, Coll. Doctrine juridique, 1999, p. 490.

³⁷⁷ BIOY X., *op. cit.*, p. 151. Mais il distingue aussi cette notion d'être humain de la personne humaine qui présente pour lui une caractéristique supplémentaire, à savoir l'expression d'une dynamique relationnelle. La personne humaine serait ainsi l'être humain dans une dimension sociale : *ibid.*, p. 165.

commencement de la vie n'était pas applicable aux embryons surnuméraires³⁷⁸.

Au regard de ces considérations, nous pouvons conclure que le respect de la dignité de la personne ne s'applique qu'à la personne juridique et que l'affirmation du respect de l'être humain présente l'unique avantage d'apporter une protection à l'embryon *in utero*. Quant à l'embryon *in vitro*, il devient alors « une sous-catégorie d'être humain »³⁷⁹ à qui est attribuée une protection minimale.

125. Une solution insatisfaisante en raison de la faible protection accordée à l'embryon humain. En dépit de l'absence volontaire de statut juridique attribué à cet embryon, une large partie de la doctrine s'accorde pour conclure qu'en raison de son appartenance à l'espèce humaine³⁸⁰, l'embryon humain devrait se voir reconnaître la dignité inhérente à sa personne, même si cela supposerait que soit prévue une protection différente de celle de la personne humaine. L'idée sous-jacente est bien que cet embryon, comme l'avait lui-même souligné le Comité consultatif de bioéthique, est une personne potentielle³⁸¹. Or en raison de cette potentialité, il mérite une protection au nom du respect de la dignité humaine³⁸².

En l'état du droit positif, la protection juridique de l'embryon est essentiellement assurée par le droit civil et le droit pénal³⁸³, car « si cet embryon n'est pas une personne juridiquement

³⁷⁸ Les embryons surnuméraires sont ceux qui n'ont pas été utilisés dans le cadre d'une fécondation *in vitro*.

³⁷⁹ Pour reprendre le propos de EDELMAN B., *op. cit.*, p. 492.

³⁸⁰ HERZOG-EVANS M., *loc. cit.*, p. 69.

³⁸¹ Avis n° 1 du Comité National Consultatif d'Ethique du 22 mai 1984.

³⁸² V. en ce sens, CEDH, 8 juill. 2004, *Vo c/France*, req. n° 53924/00, Rec. 2004-VIII ; V. aussi CEDH, 7 mars 2006, *Evans c/Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, RTD civ. 2006, p. 255, obs. MARGUENAUD J.-P. : la Cour affirme ainsi qu'il n'est pas possible, en l'état actuel du droit positif, d'affirmer que l'embryon est une personne. Aussi, c'est en rattachant le fœtus à l'espèce humaine et donc à la potentialité de devenir une personne qu'il est possible de lui accorder une protection au nom de la dignité humaine. Pour MAYAUD Y., cette dissociation entre respect de la vie et dignité n'a pas de cohérence : L'emprise contrastée de la jurisprudence sur le Livre II du Code pénal, in MALABAT V., de LAMY B. et GIACOPELLI M. (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires - Etudes, 2009, p. 79.

³⁸³ Cette protection nous la retrouvons déjà en matière d'interruption volontaire de grossesse bien que comme le souligne VIRIOT-BARRIAL D., il s'agit davantage de protéger la liberté de la femme : *loc. cit.*, p. 11, n° 50. Le droit pénal sanctionne également le trafic d'embryons (*C. pén.*, art. 511-4 et 5), la production et l'utilisation d'embryons à finalités industrielles, commerciales (*C. pén.*, art. 511-17) ou expérimentales (*C. pén.*, art. 511-18) et l'expérimentation sur l'embryon (*C. pén.*, art. 511-19).

protégée, en tant que telle, par le droit, ce(là), au demeurant, n'exclut pas l'exigence d'une protection particulière du droit apportée à l'être humain, en tant que cet être est humain »³⁸⁴. Mais cette protection ne s'est pas imposée en considération du respect de la dignité humaine, car la reconnaissance de l'appartenance de l'embryon à l'espèce humaine n'enlève en rien l'idée que l'atteinte subie par ce dernier n'est pas communément ressentie comme une violation de sa dignité. Ce postulat repose sur le sentiment instinctif qu'à ce stade peu avancé de développement, l'embryon ne peut être reconnu comme un homme à part entière³⁸⁵. La portée de cette protection est variable selon que l'embryon est *in vivo* ou *in utero* mais, en tout état de cause, moindre de celle accordée à la personne humaine³⁸⁶ et parfois même insuffisante. En effet, l'état avancement des recherches biomédicales permet de révolutionner largement le monde que nous connaissons. Nous sommes bien conscients qu'il ne suffit parfois de peu pour traiter l'homme comme un moyen. Désir de l'enfant parfait génétiquement programmé pour le meilleur des mondes³⁸⁷, possibilité de modifier le génome humain, conception d'un enfant à des fins mercantiles, fécondation *in vitro* d'un embryon humain dont le prélèvement des cellules souches servira à la guérison du premier enfant, etc ; la réification de l'embryon humain³⁸⁸ est une dérive potentielle qui appelle peut être une protection plus solide et plus respectueuse de la part d'humanité qu'il recèle.

126. Une solution qui méconnaît la portée du principe du respect de la dignité humaine. Ainsi, si l'on s'attache à ne pas accorder de statut juridique à l'embryon humain pour ne pas froisser le semblant de consensus social existant autour de l'IVG ou de la recherche sur l'embryon humain, il n'y a pourtant pas de raison que de telles tergiversations s'opposent à la reconnaissance de la dignité humaine. L'une ne devrait pas être déterminante

³⁸⁴ TERRE F., FENOUILLET D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis – Droit privé, 2005, p. 28, n° 25.

³⁸⁵ CASSIERS L., *loc. cit.*, p. 410. C'est la raison pour laquelle l'atteinte à l'embryon humain n'est pas ressentie comme une transgression du tabou du meurtre, élément significatif de l'atteinte au respect de la dignité humaine.

³⁸⁶ NEIRINCK C. considère ainsi que la dignité humaine est actuellement inefficace là où elle présente le plus d'utilité, à savoir avant la naissance et après la mort : La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique in PEDROT P., *op. cit.*, p. 39.

³⁸⁷ HUXLEY A., *Le meilleur des mondes*, Paris : Plon, Coll. Pocket junior – Fantastique, traduction par Jules CASTIER, 1994.

³⁸⁸ Le terme réification, qui renvoie à l'idée de chosification de la personne, est couramment utilisé dans le domaine bioéthique pour légitimer la mise en place de certaines interdictions dans l'utilisation des embryons humains à des fins de recherche ou de procréation.

de l'autre. Nécessairement, cet être que d'aucuns qualifiaient justement de « personne potentielle » mérite aussi une protection au nom de la dignité humaine, même si nous nous accorderons à reconnaître que celle-ci doit nécessairement être de moindre degré³⁸⁹. Lui nier cette protection, c'est alors risquer de soumettre cet embryon au seul bon vouloir de l'homme³⁹⁰ qui, par sa volonté, lui a permis de rentrer dans l'humanité. Il est, à notre sens, dommage d'avoir construit cette notion de dignité au travers de la distinction entre personne juridique et chose³⁹¹. La personne humaine aurait peut-être été un vecteur plus propice à sa reconnaissance, car il reflète de manière plus adéquate cette notion d'humanité.

127. En conclusion, si le droit positif laisse une large place à l'application du principe du respect de la dignité humaine au regard des atteintes qui peuvent être portées à l'homme, il n'a pas souhaité concevoir la notion d'humanité de manière trop large et a donc envisagé son bénéficiaire de manière restreinte. Cela ne dénote en rien de l'importance accordée, à l'heure actuelle, à la dignité puisque, parallèlement, c'est à partir de cette notion que les normes protectrices de l'appartenance de l'homme à l'humanité ont été élaborées.

§ 2 - La protection de l'appartenance de l'homme à l'humanité

128. La protection de l'homme et son appartenance à l'humanité ne se figent pas dans un rapport strictement *individuel*. Ils s'inscrivent au contraire dans un rapport différent. Tout homme a le droit à ce qu'une norme protectrice assure le maintien de son appartenance à l'humanité en luttant contre différentes formes d'exclusion (A). Mais si l'homme a des

³⁸⁹ CASSIERS L., *loc. cit.*, p. 418.

³⁹⁰ Il y a d'abord une donnée psychologique évidente qui sous-tend le développement de cet embryon humain puisque, de manière générale, il s'inscrit préalablement dans un projet parental. A défaut de tout projet parental, entre alors une seconde donnée, cette fois-ci biologique, en vertu de laquelle l'embryon ne dispose d'aucune autonomie biologique lui permettant de se développer en dehors du monde intra-utérin. Il y a donc, exception faite du déni de grossesse, une acceptation par la mère quant au développement de cet être humain.

³⁹¹ MOLFESSIS N., La dignité de la personne humaine en droit civil, in PAVIA M.-L. et REVET T. (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. 107. « L'intrusion de la notion de dignité de la personne humaine en droit positif traduit donc, de façon différente, un recul de la conception abstraite de la personne, la personne humaine n'étant plus seulement celle qui s'est vue offrir la personnalité juridique. La dignité montre brutalement les limites de l'abstraction, divisant et distinguant personnalité physique, et personnalité morale, personnalité et personne, sujet et objet, individu et concept juridique », *ibid.*, p. 134-135.

droits, il a aussi des devoirs. Le droit commence progressivement à admettre que la liberté de l'homme ne saurait aller à l'encontre du respect que l'homme doit à cette humanité (B).

A) La lutte contre différentes formes d'exclusion de la communauté humaine

129. Certaines formes d'exclusion, en raison de leur extrême gravité, légitiment d'aller au-delà de la seule protection de l'homme et donc d'assurer celle de l'humanité tout entière afin que l'égalité d'appartenance à l'espèce humaine soit garantie (1). Les dérives de nos sociétés contemporaines ont permis l'application du principe du respect de la dignité humaine aux mécanismes d'exclusion sociale dont un certain nombre d'individus sont victimes (2).

1) La protection de l'humanité

130. ***Protection de l'humanité et légitimité de la répression du crime contre l'humanité.*** C'est au lendemain de la seconde guerre mondiale, au détour du constat que les pires atrocités peuvent toucher au-delà de l'homme, une communauté d'hommes toute entière, qu'apparaît cette notion³⁹². L'incrimination du crime contre l'humanité constitue alors l'une des premières manifestations de la reconnaissance de cette notion. Elle exprime le rejet d'une idéologie, particulièrement celle de l'idéologie nationale-socialiste, au nom de laquelle l'homme doit disparaître au profit d'une collectivité qui ne lui reconnaît alors ni existence, ni liberté³⁹³. C'est pourtant bien au nom de l'espèce humaine, du genre humain que l'idéologie totalitariste autorise le bannissement sous toutes ses formes de l'homme de sa communauté. Il lui suffit, pour ce faire, de pervertir le genre humain en substituant aux

³⁹² Art. 6 du Statut du Tribunal de Nuremberg.

³⁹³ CAPITANT R. décrivait ainsi l'idéologie nazie par ces quelques mots « L'homme n'est qu'une cellule de l'organisme social. La société est un être collectif, tout comme une ruche, qui obéit à sa loi de développement propre (...). L'homme ne s'appartient pas. L'homme n'existe même pas (...). Il n'a pas de destinée individuelle, mais seulement une loi sociale qui impose à l'individu de servir la collectivité et lui assigne pour fin suprême de se sacrifier à elle », *Face au nazisme. Ecrits 1933-1938*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, Collections de l'Université Robert Schuman – Institut de recherche Carré de Malberg, textes réunis par Olivier BEAUD, 2004, p. 110.

lois positives d'autres lois, celles de l'Histoire et/ou de la Nature³⁹⁴, légitimant de ce fait le rejet de certaines catégories d'êtres humains.

L'idéologie totalitaire est indifférente à l'homme parce que son projet est bien plus ambitieux : sa principale victime est d'abord l'humanité et l'atteinte portée à l'homme n'en constitue que le moyen. Dans cette perspective, la sanction de ces exactions ne peut plus s'envisager simplement du point de vue de l'homme ou d'un ensemble d'hommes, mais véritablement au titre de cette entité qu'est l'humanité et à laquelle leurs auteurs devront directement rendre des comptes.

131. L'intégration de la notion d'humanité dans l'incrimination du crime contre l'humanité. La définition du crime contre l'humanité va dans le sens de cette affirmation et nous retiendrons deux éléments pour appuyer cette démonstration³⁹⁵ : la répression du crime contre l'humanité permet l'abolition totale des frontières géographiques susceptibles de limiter les poursuites à la compétence juridictionnelle d'un seul Etat et justifie son imprescriptibilité³⁹⁶. Comme le souligne Monsieur le Professeur EDELMAN, cette définition permet de considérer qu'il ne s'agit plus de défendre uniquement l'homme, ce noyau central autour duquel ont été construits les droits de l'homme, mais bien une communauté humaine tout entière. Or, l'utilisation de ces droits de l'homme, comme point de départ de la protection de cette communauté est nécessairement insuffisante car ces derniers n'ont d'intérêt qu'en matière d'atteintes à la liberté de l'homme. A l'inverse, l'utilisation du concept juridique d'humanité est plus novateur en ce qu'il permet de protéger cette appartenance de l'homme au genre humain³⁹⁷.

La protection de l'humanité trouve son point de départ dans la sanction du crime contre

³⁹⁴ ARENDT H., *Les origines du totalitarisme. Eichmann à Jérusalem*, Paris : Gallimard, Coll. Quarto, traduction de Micheline POUTEAU et al., 2002, p. 283 à 285.

³⁹⁵ Ces éléments sont tirés du raisonnement adopté par EDELMAN B. pour définir le concept juridique d'humanité : *op. cit.*, p. 530-539. Ils sont directement issus des arrêts rendus par la Cour de cassation dans l'affaire Klaus Barbie: Cass. crim., 6 oct. 1983, *Barbie*, n° 83-94.194, Bull. crim. 1983, p. 610 ; JCP 1983, II-20107, rapp. Le GUNEHEC F., note RUZIE D. - Cass. crim., 26 janv. 1984, *Touvier*, n° 83-94425, Bull. crim. 1984, n° 34 p. 90 ; JCP 1984, II-20197, rapp. Le GUNEHEC F., note RUZIE D.

³⁹⁶ Le Conseil constitutionnel rappellera par la suite que seuls les crimes contre l'humanité sont considérés comme imprescriptibles : Cons. const., déc. n° 98-408 DC du 22 janv. 1999, JO du 24 janv. 1999, p. 1317 ; Rec. Cons. const. 1999, p. 29.

³⁹⁷ EDELMAN B., *op. cit.*, p. 534.

l'humanité, mais nous aurions tort de croire qu'il s'agit de l'unique manifestation des atteintes à l'humanité. Tel le bacille de la peste qui ne meurt, ni ne disparaît jamais³⁹⁸, l'inhumanité est toujours un risque omniprésent dans une société dans laquelle de nouvelles formes d'atteintes à l'humanité peuvent apparaître. « L'inhumain est toujours susceptible d'être généré par l'institution quelle qu'elle soit, lorsqu'elle tend à devenir sa propre fin au détriment du bien commun », « il suffit de cet aveuglement inhérent à la servitude volontaire (...) de sorte que n'apparaît pas de valeur plus haute que le strict respect de la règle, aussi "inhumaine" soit elle »³⁹⁹.

132. Loin de l'extrême gravité que porte en lui-même le crime contre l'humanité, le législateur est resté conscient du fait qu'il subsiste aujourd'hui des formes d'exclusion moindres, mais récurrentes, qui mettent directement en cause l'appartenance de l'homme à l'humanité. C'est ainsi que progressivement, il a eu recours au principe du respect de la dignité humaine afin d'endiguer la portée de certains processus d'exclusion.

2) *La protection de l'homme face à l'exclusion*

133. *L'intégration de la notion de dignité dans le champ des droits sociaux.* Le respect de la dignité comme moyen de lutte contre les phénomènes d'exclusion trouve sa première expression dans la décision du Conseil constitutionnel du 19 janvier 1995, qui consacre « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent » comme objectif à valeur constitutionnelle⁴⁰⁰. Or, si le recours à la dignité humaine se justifiait en 1994, en ce qui concernait les lois de bioéthique car leur « objet pouvait faire craindre qu'il y ait effectivement, et au sens propre du terme, asservissement et dégradation de la personne humaine »⁴⁰¹, tel n'est pas le cas de la loi relative à la diversité de l'habitat. Il y a donc un changement de perspective dans l'application du principe qui, comme le soulève une opinion doctrinale, ne se contente plus « de lutter contre un processus de déshumanisation du corps

³⁹⁸ CAMUS A., *La peste*, Paris : Gallimard, 1947, p. 247.

³⁹⁹ SEVELY C., *Réflexions sur l'inhumain et le droit. Le droit en quête d'humanité*, RSC 2005, p. 483.

⁴⁰⁰ Cons. const., déc. n° 94-359 DC du 19 janv.1995, JO du 21 janv. 1995, p. 1166 ; Rec. Cons. const. 1995, p. 176, AJDA 1995, p. 455, note JORION B.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 457.

purement et directement physique de l'homme », mais qui tente « de s'opposer à un processus d'exclusion »⁴⁰².

Dans ce changement de perspective, la dignité renvoie à une conception plus solidaire⁴⁰³ de l'homme dans les rapports sociaux qu'il entretient avec les autres. La dignité envahit le champ des droits sociaux, amenant certains à en conclure que de ce respect découlerait aussi un certain nombre de droits-créances⁴⁰⁴. Nous avons pris l'exemple du droit au logement décent mais la dignité humaine va tout autant s'imposer dans le domaine du travail, ce qui peut se comprendre *a fortiori* tant il est vrai que l'emploi est un facteur d'épanouissement et de développement de l'homme. L'opposition classique du système aristocratique au système méritocratique, que nous connaissons aujourd'hui comme modèle de référence, nous permet de mesurer l'importance de l'emploi comme facteur d'épanouissement. Dans le système aristocratique, l'individu se réalise grâce à ses talents naturels, ce qui le place inévitablement dans une position d'inégalité puisque, par principe, leurs vertus ne peuvent être équivalentes. A l'inverse, le système méritocratique met en avant l'idée que l'égalité existe *a priori* puisque la vertu se définit autour de la liberté de tous les hommes⁴⁰⁵. C'est ainsi, par le travail, que l'homme va se réaliser, se construire et créer sa propre place au sein de la société⁴⁰⁶.

134. Une intégration qui se justifie par les limites propres au respect de la liberté individuelle. Les difficultés actuelles rencontrées par un certain nombre de personnes dans

⁴⁰² PAVIA M.-L., La découverte de la dignité de la personne humaine in PAVIA M.-L. et REVET T., *op. cit.*, p. 3. V. s'agissant de la décision du Conseil constitutionnel du 19 janv. 1995, *ibid.*, p. 15.

⁴⁰³ Le droit au logement entre ainsi en parfaite contradiction avec le droit de propriété, entendu comme un droit par essence totalement individualiste et égoïste.

⁴⁰⁴ PAVIA M.-L., *loc. cit.*, p. 19-20. ASQUINAZI-BAILLEUX D. considère également qu'il en découle un droit-créance à l'emploi à la charge des personnes privées : Droit à l'emploi et dignité in PEDROT P., *op. cit.*, p. 123. Certains sont même allés jusqu'à considérer que les garanties de ressources minimales nécessaires au maintien de conditions de vie décentes découlent du respect de la dignité humaine : LABORDE J.-P., Garanties de ressources et dignité de la personne humaine, in PEDROT P., *op. cit.*, p. 111. V. dans le même sens, en ce qui concerne le droit au logement, v. GODFRIN V., Le droit au logement, un exemple de l'influence des droits fondamentaux sur le droit de propriété, in PEDROT P., *op. cit.*, p. 137.

⁴⁰⁵ Sur cette distinction, v. FERRY L., *op. cit.*, p. 149-151.

⁴⁰⁶ « Le travail devient le propre de l'homme, au point qu'un être humain qui ne travaille pas n'est pas seulement un homme pauvre, parce qu'il n'a pas de salaire, mais un pauvre homme, en ce sens qu'il ne peut pas se réaliser et réaliser sa mission sur Terre : se construire en construisant le monde, en le transformant pour le rendre meilleur par la seule force de sa bonne volonté » : *ibid.*, p. 152.

l'accèsion et le maintien à l'emploi rendent pourtant compte du fait que la liberté individuelle ne permet pas toujours à l'homme de se réaliser pleinement. Il ne suffit plus de vouloir travailler pour pouvoir travailler. Les excès de l'individualisme ont nettement contribué à effacer l'idée de solidarité en générant toujours plus d'hommes et de femmes en situation d'exclusion⁴⁰⁷, pour lesquels l'existence de droits de l'homme et la reconnaissance d'une capacité d'autodétermination apparaissent insuffisantes. Les excès de l'économie de marché ont fait privilégier la logique du profit, au nom de laquelle bon nombre de personnes perdent rapidement toute employabilité. Certaines conditions de travail dépeignent l'homme machine des *Temps modernes*. Quand l'homme libre ne se réalise plus, la liberté perd alors son sens. Elle devient une illusion et une fois ce stade atteint, elle rentre en conflit avec la dignité, au nom de laquelle il importe de réinstaurer la socialité en imposant des restrictions à la liberté des uns pour servir celle des autres⁴⁰⁸.

135. Une intégration légitimée par la recherche de solidarité ou de fraternité ? Ces éléments expliquent qu'une partie de la doctrine ait accueilli favorablement le recours à la notion de dignité humaine pour la protection des droits sociaux. Certaines opinions doctrinales y voient néanmoins un possible affaiblissement de la notion⁴⁰⁹. Pourtant, il nous est difficile de ne pas admettre que le recours à la dignité humaine dans le champ des droits sociaux respecte une certaine logique. Il importe que l'homme soit protégé contre les phénomènes d'exclusion lorsque son appartenance à l'humanité est directement mise en cause. Nécessairement, pour assurer une protection efficiente de l'homme, il faut sans cesse réadapter la notion, le concept ou le principe à la réalité qu'ils tentent d'appréhender, afin qu'ils ne deviennent pas inopérants ou dépassés par cette même réalité. Dans cette perspective, le recours à la notion de dignité humaine dans le domaine des droits sociaux exprime, d'une certaine manière, cette réadaptation du principe face à la menace bien réelle que subissent les membres d'une société, à savoir l'exclusion.

Toutefois, cette réadaptation doit suivre une ligne de conduite, une certaine cohérence au

⁴⁰⁷ GODFRIN V., *loc. cit.*, p. 139.

⁴⁰⁸ BIOY X., La dignité : questions de principe, in GABORIAU S. et PAULIAT H., *op. cit.*, p. 47.

⁴⁰⁹ SAINT JAMES V., *loc. cit.*, p. 66.

risque de faire perdre toute pertinence à la notion. A notre sens, la dignité ne doit donc pas s'intéresser à toute forme d'exclusion. Aussi, concevoir le droit à un logement décent sous l'angle du respect de la dignité humaine peut se comprendre dans une certaine mesure en ce que le recours au terme « décent » renvoie à l'idée que chaque homme doit pouvoir bénéficier d'un logement respectueux de sa condition humaine. Mais le recours intempestif à la dignité humaine pour légitimer l'existence d'un droit à l'emploi⁴¹⁰ ou des garanties à un minimum de ressources⁴¹¹ ne s'inscrit pas, selon nous, dans une perspective similaire⁴¹². Ce recours renvoie certes à une exigence de solidarité mais cette dernière ne peut suffire à assurer sa légitimité.

En effet, si la solidarité intéresse la dignité, la dignité n'est pas que solidarité. Cette dernière, comme le démontre Monsieur le Professeur BORGETTO, s'est progressivement imposée en droit public français par le biais de différentes doctrines solidaristes dont l'influence fut incontestable tant dans la pensée juridique qu'au niveau de l'action législative. La solidarité nationale et sociale autant que la question des risques sociaux devinrent des problématiques d'envergure⁴¹³. Pour autant, note-t-il la solidarité ne saurait se dispenser de la fraternité car celle-ci « se révèle assez peu capable, finalement, de résoudre : intolérance, racisme, rejet de l'Autre »⁴¹⁴. La fraternité, notion au contenu imprécis, exprime un sentiment, une affection, une amitié envers l'Autre⁴¹⁵, alors que la solidarité se départit de telles considérations. La

⁴¹⁰ « Le droit à un logement décent est un des droits à la condition humaine, il n'est pas le seul. Dans ce contexte d'ouverture aux droits sociaux, il est possible de désigner le droit au travail ou plus exactement le *droit à l'emploi* comme un autre moyen d'assurer la sauvegarde de la dignité humaine », ASQUINAZI-BAILLEUX D., *loc. cit.*, p. 124. Ce droit à l'emploi, qui est d'une certaine manière évoqué par le préambule de la Constitution française de 1946 « Chacun a le droit de travailler et le droit d'obtenir un emploi », n'a pas, comme le souligne SUPIOT A., de débiteur identifiable si bien qu'il permet uniquement de justifier les politiques publiques de l'emploi : *Le travail, liberté partagée*, Dr. soc. 1993, p. 715.

⁴¹¹ LABORDE J.-P., *loc. cit.*, p. 114 et s.

⁴¹² Le droit à un logement décent implique l'obligation de ne pas laisser l'homme évoluer dans des conditions de vie dont l'indécence ne serait pas en adéquation avec sa qualité d'être humain. Le droit à l'emploi emporte, quant à lui, l'obligation de fournir à tout homme qui le demande le bénéfice d'un emploi. Pour se situer en adéquation avec le droit à un logement décent, il faudrait alors non pas reconnaître le droit à un emploi mais le droit à un emploi décent, ce qui n'emporte pas les mêmes conséquences. D'une certaine manière, une telle exigence est garantie par les sanctions applicables en droit pénal en matière de conditions de travail contraires à la dignité humaine.

⁴¹³ BORGETTO M., *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, T. 170, 1993, p. 379 et s.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 585.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 8.

solidarité fait donc appel à des considérations trop abstraites qui risquent de multiplier de manière conséquente les exigences tirées du respect de la dignité humaine. La fraternité présente, dès lors, un complément intéressant qui en limite les implications et redonne à la notion tout son sens.

136. La protection de l'appartenance de l'homme à l'humanité a donc justifié l'extension du champ de protection relatif au respect de la dignité humaine. Cette extension porte sur la sanction du crime contre l'humanité, en tant que forme la plus grave de déshumanisation, mais aussi sur celle d'autres formes d'atteintes qui obstruent le maintien de l'homme dans sa communauté sociale. Sans pouvoir constater l'épuisement des exigences tirées du respect de la dignité humaine, nous sommes allés récemment jusqu'à considérer également que la dignité imposait un devoir de respect de l'homme envers l'humanité.

B) Le devoir de respect envers l'humanité, une limite imposée à la liberté individuelle

137. *La consécration de la primauté de la dignité humaine sur la liberté à l'occasion de l'affaire du lancer de nains.* Pendant un temps s'est posée la question de savoir si la portée du principe de respect de la dignité humaine devait s'entendre en sens unique. Autrement dit, la dignité peut-elle légitimer la protection de l'homme contre lui-même, c'est-à-dire de l'homme qui a enfreint les limites invisibles de sa liberté et qui, par ses propres actes, a franchi les frontières du respect de la dignité humaine ? Si l'on se réfère au principe de libre-disposition de soi que nous avons évoqué précédemment, une réponse négative devrait s'imposer⁴¹⁶. La question a pourtant fait l'objet d'un large débat mené par la doctrine à l'occasion de l'affaire du lancer de nains⁴¹⁷.

Dans cette affaire, un arrêté d'interdiction d'un spectacle, consistant à utiliser un nain comme projectile pour le bon plaisir des spectateurs, avait été mis en cause. Le Conseil

⁴¹⁶ Voir *supra* n° 115.

⁴¹⁷ CE Ass, 27 oct. 1995, *Ville d'Aix-en-Provence*, req. n° 136727 et CE Ass. 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, req. n° 143578, D. 1996, p. 177, note LEBRETON G. ; LPA 1996, n° 11, p. 28, note ROUAULT M.-C.

d'Etat avait jugé cette activité attentatoire à la dignité humaine, qu'il avait alors érigée en quatrième composante⁴¹⁸ de l'ordre public⁴¹⁹. On peut aisément comprendre que la curiosité malsaine de spectateurs, qui auraient pu trouver une activité équivalente sur leurs consoles de jeux sans nécessairement s'adonner à la réification de l'être humain, justifie cet arrêté d'interdiction. Ce qui apparut, en revanche, plus contestable, c'est qu'au nom du respect de la dignité humaine, on limitait de ce fait la liberté individuelle d'une personne trouvant tout à fait son compte dans l'exercice d'un emploi qui l'amenait de manière certaine au vedettariat. Monsieur le Professeur DREYER n'avait, ainsi, pas manqué de rappeler à cet effet que s'il était légitime d'assurer la protection de l'individu contre autrui, il était, en revanche, contestable qu'un être doué de raison se voit protégé contre lui-même, à partir du moment où il était pleinement en mesure de choisir son comportement et d'en mesurer les conséquences⁴²⁰. La forte imprégnation des considérations morales amputant la pertinence d'une telle solution n'avait pas manqué d'être soulevée⁴²¹. Il est vrai que cette solution, qui assure la primauté du respect de la dignité sur celui de la liberté, laissait présager un élargissement critiquable de la portée de ce principe.

138. Une solution fortement critiquable. On enseigne classiquement que la liberté ne trouve de limite qu'en cas d'atteinte à l'ordre public et aux droits d'autrui⁴²². Or, en l'espèce le comportement du requérant ne portait nullement atteinte aux droits d'autrui, pas plus qu'il ne portait atteinte à l'ordre public que le Professeur HAURIOU définissait comme « matériel et extérieur »⁴²³. Pour autant, nous savons que la jurisprudence administrative est loin de

⁴¹⁸ Le Conseil d'Etat avait ainsi jugé « qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public, que le respect de la dignité humaine est une composante de l'ordre public ». La dignité se rajoute ainsi aux trois composantes classiques de l'ordre public, à savoir la sûreté, la sécurité et la salubrité publique : CGCT, art. L. 2212-2.

⁴¹⁹ L'ordre public est défini comme « l'ensemble des valeurs dont les pouvoirs publics jugent nécessaire d'imposer le respect à un moment déterminé » : WACHSMANN P., *Libertés publiques*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Cours Dalloz – Série Droit public, 2009, p. 64, n° 82. Cette notion a toujours été classiquement définie à travers ses trois composantes.

⁴²⁰ DREYER E., *La dignité opposée à la personne*, D. 2008, p. 2730.

⁴²¹ Notons à cet effet que PROUDHON envisageait lui-même la notion de dignité comme une base de la morale. Pour lui cette dignité s'exprime essentiellement à travers un sentiment qui nous impose alors un certain nombre de devoirs : PETTITI L.-E., *La dignité de la personne humaine en droit européen*, in PAVIA M.-L. et REVET T., *op. cit.*, p. 53.

⁴²² Article 4 de la DDHC.

⁴²³ Notons également que dans son arrêt, le Conseil d'Etat s'écarte d'une condition classique exigible dans le domaine de l'ordre public, à savoir la prise en compte des circonstances locales.

rejeter la prise en compte de toute notion de moralité alors même qu'elle ne coïncide pas toujours avec la condition de matérialité. Tel était l'enseignement de la jurisprudence *Lutetia*⁴²⁴. L'intégration de la dignité comme quatrième composante de l'ordre public restait donc parfaitement envisageable⁴²⁵ afin de prévenir toute atteinte à la dignité commise par autrui⁴²⁶. Mais la justification de la protection contre soi, à défaut de tout caractère matériel et extérieur, au nom de la dignité humaine en tant que composante de l'ordre public, relève par contre de la prouesse juridique. Tout autant qu'à défaut de définition juridique de cette nouvelle composante, l'intégration de la protection de l'individu contre lui-même dans le paradigme de la dignité, autorise, d'une certaine manière, à la soumettre à des considérations fortement subjectives.

139. La relativité d'une telle solution qui se justifiait au regard des faits de l'espèce.

Néanmoins, il apparaît que la légitimité de cette protection dépend considérablement de la manière dont nous entendons la notion de dignité humaine. Ainsi, la décision est indéniablement contestable, pour de nombreux auteurs, quand on l'envisage sous l'angle de l'autonomie de la liberté. En effet, l'autonomie de la volonté propre à chaque homme ne justifie pas l'ingérence intrusive de la norme juridique dans les rapports que l'homme entretient avec lui-même. Nous souscrivons totalement à cette opinion tout en pensant qu'il convient de relativiser la portée de la décision en question.

L'affaire du lancer de nain justifiait l'adoption de cet arrêté d'interdiction non pas en considération de la volonté de l'individu de s'utiliser comme projectile, mais à l'égard des circonstances dans lesquelles ce lancer était effectué. Ces circonstances sont diverses : un lancer effectué par les spectateurs eux-mêmes, l'état d'esprit très particulier provoqué par

⁴²⁴ CE, 18 déc. 1959, *Société « Les films Lutetia » et Syndicat Français des producteurs et exportateurs de films*, req. n° 36385, 36428, Rec. Cons d'Et., p. 693. Sur l'interdiction de la projection d'un film « susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public ».

⁴²⁵ D'ailleurs, pour LEBRETON G., la moralité publique figure depuis bien longtemps comme quatrième composante de l'ordre public. L'utilisation de la notion de dignité humaine ne renvoie, selon lui, à rien d'autre qu'à la moralité publique : note sous CE Ass. 27 oct. 1995, *préc.*, p. 178. Dans le même sens, ROUAULT M.-C., note *préc.*, p. 29.

⁴²⁶ V. d'ailleurs l'article de CANEDO-PARIS M. qui rattache certains arrêts récents de la jurisprudence administrative à cette nouvelle composante : *La dignité en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé*, RFDA 2008, p. 979.

une telle attraction⁴²⁷ et bien évidemment l'aspect commercial de cette dernière. Or, à partir du moment où l'homme fait intervenir un tiers dans l'utilisation de son corps humain à des fins commerciales, nous retombons nécessairement sur le principe d'indisponibilité du corps humain que nous avons évoqué précédemment.

140. Dignité et devoir de l'homme envers l'humanité. Pour certains, ce n'est pourtant pas sur ce point que la décision présente un intérêt particulier. L'idée qui transparait de cette décision, notamment à travers les conclusions du commissaire du gouvernement, est plutôt celle d'*humanité*, que nous composons tous par notre *commune appartenance* à l'espèce humaine. C'est en s'appuyant sur cette considération que Monsieur le Professeur EDELMAN a rejeté nombre de critiques opposées à l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*. Pour lui, ces critiques « revien[en]t à situer la dignité dans le paradigme de la liberté » alors qu'il faudrait au contraire se situer dans celui de l'humanité⁴²⁸. On sort de la question du **droit au respect de la dignité pour rentrer dans la notion de devoir**. L'homme doit agir dans une certaine mesure en respectant la part d'humanité inhérente à sa personne.

Dans cette perspective, il n'est plus question de devoir de l'homme envers lui-même mais bien d'un devoir de l'homme envers l'humanité toute entière. Cet aspect apparaît indirectement à deux reprises à la lecture des conclusions du commissaire du gouvernement, Patrick FRYDMAN. En premier lieu, il note que peu importe le simple fait que cette activité ait permis à Mr. WACKENHEIM de trouver sa place au sein de la société, « la nécessité de prévenir l'humiliation d'une communauté entière » justifie que l'on écarte les « appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet »⁴²⁹. En second lieu, le consentement de l'intéressé n'apparaît pas être une justification de son comportement. La

⁴²⁷ Le commissaire du gouvernement FRYDMAN P. considère ainsi que cette attraction peut renvoyer « chez la plupart des spectateurs, inconsciemment-au sentiment obscur et profondément pervers selon lequel certaines personnes constitueraient, du fait de leur handicap ou de leur apparence physique, des êtres humains de *second rang* et susceptibles, dès lors, d'être traités comme tels » : concl. sur CE Ass. 27 oct. 1995, RFDA 1995, p. 1208.

⁴²⁸ EDELMAN B., *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, loc. cit., p. 189.

⁴²⁹ FRYDMAN P., concl. *préc.*, p. 1209. Notons que nous retrouvons ici la distinction entre dignité personnelle et impersonnelle que nous évoquions précédemment. La subjectivité liée à la dignité personnelle permet de faire primer la dignité impersonnelle, touchée en l'espèce par le comportement de Mr WACKENHEIM et justifiant, de ce fait, l'arrêté d'interdiction.

dignité légitime donc la reconnaissance d'un devoir de l'homme envers l'humanité, ce afin d'assurer la protection, non pas de celui-ci, mais bien de l'humanité. Cette conception humaniste favorise néanmoins beaucoup d'incertitudes juridiques dont nous ne pouvons faire abstraction. Jusqu'à quel point autoriserons-nous l'ingérence du juge ou de la loi dans la sphère de liberté propre à chacun ? Où se situe la cohérence d'un principe respectueux de la volonté humaine quand il s'agit de pratiques sadomasochistes, mais imposant des limites rigoureuses à celui qui tente par tous les moyens de ne pas être au nombre des victimes de l'exclusion sociale ?

141. Nous devons faire état, pour conclure, de la très large imprégnation, dans la sphère juridique, de cette notion aux contours flous qu'est la dignité humaine. Cette valeur, promue par le Code pénal, occupe actuellement en droit positif une place considérable. Sa finalité première est d'assurer la protection de l'homme - *sanction des atteintes à son intégrité physique et psychique* - mais aussi de sa condition au sein de la société, de son rattachement à la communauté des hommes - *protection de l'homme contre les phénomènes d'exclusion* - quel que soit le degré de gravité de l'atteinte. Cette finalité exprime *a priori* la pertinence du rattachement de la notion de discrimination à la question du respect de la dignité humaine puisque la discrimination est entendue à la fois comme une négation de la valeur de l'homme, mais aussi comme une forme d'exclusion de celui-ci. Mais cette appréciation n'est qu'instinctive et donc insuffisante. Pour légitimer le rattachement de la discrimination à la dignité, il convient de s'interroger sur la manière dont le droit pénal a lui-même appréhendé cette valeur.

Section 2 - La consécration du respect de la dignité humaine en droit pénal

142. Le Code pénal consacre un chapitre entier au respect de la dignité de la personne humaine. Son contenu peut paraître au premier abord assez hétéroclite puisque sont concernées à ce titre : la sanction des discriminations⁴³⁰, de la traite des êtres humains⁴³¹, de

⁴³⁰ C. pén., art. 225-1 à 225-4.

⁴³¹ C. pén., art. 225-4-1 à 225-4-9.

la dissimulation forcée du visage⁴³², du proxénétisme et des infractions qui en résultent⁴³³, du recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables⁴³⁴, de l'exploitation de la mendicité⁴³⁵, de l'exploitation de la vente à la sauvette⁴³⁶, des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne⁴³⁷, du bizutage⁴³⁸ et des atteintes au respect dû aux morts⁴³⁹.

143. Pour légitimer la pertinence de l'approche pénale de la notion de dignité⁴⁴⁰, nous avons dégagé, en nous appuyant sur cette classification, les critères d'appréciation d'une atteinte à la dignité humaine. Le Conseil constitutionnel en avait déjà fait état en rappelant, dans sa décision de 1994⁴⁴¹, que la dignité vise à sanctionner toute forme d'asservissement et de dégradation de la personne humaine. Le législateur a fait sienne cette conception puisque le Code pénal consacre, en effet, le principe de respect de la dignité humaine au travers de ces deux critères alternatifs que sont l'asservissement (§ 1) et la dégradation humaine (§ 2).

§ 1 : La protection contre l'asservissement de la personne humaine

144. L'asservissement consiste à soumettre l'Autre à soi mais comme cet Autre est par nature notre égal, l'acte de soumission suppose nécessairement la préexistence ou l'instauration d'une inégalité de fait. La société étant un vaste champ d'inégalités de fait, toutes ne sont pas susceptibles de provoquer l'asservissement de la personne humaine. Il n'y a donc asservissement, au sens de la norme pénale, qu'en présence de deux critères cumulatifs. D'une part, l'asservissement ne concerne que les personnes présentant un état de vulnérabilité (A). D'autre part, il ne peut y avoir exploitation de la personne humaine qu'en

⁴³² *C. pén.*, art. 225-4-10, créée par la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, art. 4.

⁴³³ *C. pén.*, art. 225-5 à 225-12.

⁴³⁴ *C. pén.*, art. 225-12-1 à 225-12-4.

⁴³⁵ *C. pén.*, art. 225-12-5 à 225-12-7.

⁴³⁶ *C. pén.* art. 225-12-8 à 225-12-10, créées par la loi n° 2010-267 du 14 mars 2011, art. 52.

⁴³⁷ *C. pén.* art. 225-13 à 225-16.

⁴³⁸ *C. pén.* art. 225-16-1 à 225-16-3.

⁴³⁹ *C. pén.*, art. 225-17 à 225-18-1.

⁴⁴⁰ Certains auteurs se sont interrogés sur la cohérence de la classification opérée par le Code pénal : v. ainsi LICARI S., *Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime*, RSC 2001, p. 553.

⁴⁴¹ Cons. const., déc. n° 94-343/344 DC du 27 juill. 1994, *préc.*

cas de négation de la liberté et de la volonté de la personne humaine (B).

A) L'état de vulnérabilité

145. Par nature, l'homme est un être vulnérable qui progressivement acquiert l'autonomie nécessaire au maintien de sa condition (1). Mais parce que certains n'atteignent pas cet état ou tout simplement le perdent, le Code pénal prévoit, à partir d'un certain degré, la protection de ces personnes qu'il considère comme vulnérables (2).

1) Le passage de la vulnérabilité à l'autonomie

146. L'état de vulnérabilité par nature et la construction du sujet de droit. Nous définissons la personne vulnérable comme celle qui peut être blessée⁴⁴². Aucun homme n'étant par nature intouchable, tout être est *a contrario* forcément vulnérable. Paradoxalement, ce n'est pas cette réalité que le droit reflète à travers son acception de la notion de vulnérabilité. Il la définit au contraire à partir de critères ou de situations, si bien que le vulnérable n'est pas toute personne, mais seulement celles pour lesquelles il réservera ce qualificatif. La question est alors de savoir pourquoi si tout homme est par nature vulnérable, le droit positif ne protège plus particulièrement que certaines personnes.

Répondre à cette question nécessite d'intégrer cette notion de vulnérabilité dans le processus de construction du sujet de droit. L'idée est alors que la vulnérabilité est une situation de faiblesse présente à l'origine en chaque homme que la socialisation va progressivement amenuiser. La vulnérabilité se présente à l'état de nature dans la solitude et l'isolement. L'homme qui ne passe pas de contrat social pour se démarquer de son environnement restera un homme en situation de faiblesse. La socialisation sera donc un facteur de dégression de cette vulnérabilité mais l'efficacité de ce processus dépend nécessairement du capital social, culturel et des capacités individuelles propres à chaque individu⁴⁴³. D'un état de

⁴⁴² V° Vulnérable in LITTRE E., *Dictionnaire de la langue française*, Paris : Hachette, 1967.

⁴⁴³ « Mais l'individu est vulnérable dans ce processus de personnification et de socialisation et il court toujours le risque plus ou moins grand de s'en sortir avec des « blessures », « fragilisé » ou, pire, « détruit ». Tout

vulnérabilité, on passe progressivement à un état d'autonomie et d'indépendance qui est celui du sujet de droit disposant librement de lui-même. Un philosophe développe cette même idée à travers la notion « d'homme capable ». L'homme capable est celui qui prend conscience de lui-même, s'attribue une identité, qui agit par lui-même et qui rend compte de ses choix⁴⁴⁴.

147. La vulnérabilité structurelle. La vulnérabilité ne se résume pourtant pas uniquement à l'acquisition de l'autonomie, elle se développe sur d'autres plans. L'homme vulnérable est d'abord l'homme sans autonomie, mais une fois cette autonomie acquise, subsiste toujours un risque pour certaines personnes de subir une atteinte. Ce risque est présent dans différents cas, à savoir quand l'individu préfère ne pas disposer de son autonomie pour privilégier la sécurité ou quand sa volonté apparaît trop faible⁴⁴⁵. Enfin, parce que « l'homme est un loup pour l'homme », l'environnement dans lequel il vit est aussi en lui même un facteur de vulnérabilité⁴⁴⁶. Il existe des personnes qui présentent une vulnérabilité latente et certaines situations vont favoriser son expression. Du point de vue des sciences sociales, cette vulnérabilité est alors considérée comme structurelle, à savoir que le contexte sociétal dans lequel nous vivons devient un facteur particulièrement propice à son développement.

Dans une société où l'individu ne bénéficie plus de supports sociaux, il reste le seul à même

dépend en effet du degré auquel l'individu parvient à se former comme « sujet », à savoir comme acteur potentiel et autonome pouvant se confirmer comme tel dans l'espace public et juridique » : MELKEVIK B., *Considérations juridico-philosophiques*, Québec : Presses de l'Université de Laval, Coll. Dikè, 2005, p. 15.

⁴⁴⁴ RICOEUR P., Autonomie et vulnérabilité, in DILLEN A-M. (dir.), *La philosophie dans la cité : hommage à Hélène Ackermans*, Bruxelles : Facultés universitaires de Saint-Louis, Coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1997, p. 121.

⁴⁴⁵ MELKEVIK B., Vulnérabilité, droit et autonomie : un essai sur le sujet de droit in de RAULIN A. (dir.), *Situations d'urgence et droits fondamentaux*, Paris : L'Harmattan, Coll. Economie plurielle – Droits et société, 2006, p. 49.

⁴⁴⁶ « Source de protection, le groupe peut par ailleurs alimenter cette fragilité. Ce n'est pas dire que le groupe donne naissance à la vulnérabilité car cet état préexiste aux relations humaines. Simplement, le groupe favorise l'expression de la vulnérabilité dans ces différentes formes (...) La confrontation des individus peut révéler la vulnérabilité mais elle n'en est pas la source », FIECHTER-BOULVARD F., La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, in COHET-CORDET F., *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, Coll. de l'Ecole doctorale droit, science politique, relations internationales, Colloque organisé par le Centre de droit fondamental le 23 mars 2000 à Grenoble, 2000, p. 13.

à assurer sa construction en tant que sujet autonome⁴⁴⁷. C'est donc parce qu'il existe un risque que l'homme perdure dans un état de vulnérabilité que se justifie l'élaboration d'un ordre public de protection. Si le droit pénal protège classiquement la victime ayant subi un dommage du fait d'un tiers, l'intégration de la notion de risque en droit pénal va permettre de protéger une seconde catégorie de victimes : la victime potentielle. Cette victime se définit comme « celle qui n'a pas subi de dommage mais qui à raison de son état, de sa faiblesse ou d'une situation particulière risque de se trouver particulièrement exposée »⁴⁴⁸.

2) *La notion de vulnérabilité en droit pénal*

148. *La vulnérabilité s'apprécie par la réunion de certains critères.* Si la notion de vulnérabilité s'est intégrée avec difficulté en droit - on la reconnaît essentiellement en droit civil à travers la protection des mineurs et des incapables⁴⁴⁹ - le droit pénal a consacré une place non négligeable à cette notion. Classiquement, la vulnérabilité apparaît sous la forme d'une circonstance aggravante⁴⁵⁰ ou d'un élément constitutif d'une infraction⁴⁵¹, bien qu'il s'agisse dans ce dernier cas d'une hypothèse peu fréquente.

La vulnérabilité s'exprime à travers la notion de *personne particulièrement vulnérable*⁴⁵² que le Code pénal définit à partir de critères devant être apparents ou connus de l'auteur pour que

⁴⁴⁷ SOULET M.-H., *La vulnérabilité comme catégorie de l'action publique*, Pensée plurielle 2005/2, n°10, p. 49.

⁴⁴⁸ ALT-MAES F., *Le concept de victime en droit civil et en droit pénal*, RSC 1994, p. 35.

⁴⁴⁹ Ainsi, la vulnérabilité est entendue au titre l'article 488 de l'ancien Code civil, fixant le régime des incapables majeurs, comme une altération des facultés personnelles de l'individu, qui le met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts alors même qu'il a acquis la majorité.

⁴⁵⁰ *C. pén.*, art. 222-15 pour l'administration de substances nuisibles, art. 222-8 2°, 222-10 2°, 222-12 2°, 222-13 2° pour les violences, art. 222-9 pour les agressions sexuelles, art. 225-16-2 pour le bizutage, art. 225-12-6 pour l'exploitation de la mendicité, art. 322-3 pour les destruction, dégradation ou détérioration, art. 221-4 3° pour le meurtre, art. 221-5 pour l'empoisonnement, art. 313-2 4° pour l'escroquerie, art. 312-2 2° pour l'extorsion, art. 225-7 2° pour le proxénétisme, art. 222-3 2° pour les tortures ou actes de barbarie, art. 222-24 3° pour le viol, art. 311-4 5° pour le vol.

⁴⁵¹ *C. pén.*, art. 223-15-2 pour l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse, art. 225-13 et 225-14 pour les conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité humaine, art. 225-3 pour le délaissement, art. 434-3 pour la non-dénonciation de privations, mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles, art. 225-12-1 pour le recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables, art. 222-14 pour les violences sur mineur ou sur personnes particulièrement vulnérables. Enfin on citera, s'agissant du droit pénal de la consommation, l'abus de faiblesse sanctionné par l'article L. 122-8 du Code de la consommation.

⁴⁵² L'expression consacrée par le Code pénal est « la personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est apparente ou connue de son auteur ».

l'infraction soit constituée ou que la circonstance aggravante soit retenue. Ces critères renvoient à un état qui peut être physique ou psychique, en vertu duquel la personne est considérée comme ne disposant pas d'une autonomie pleine et entière. Le Code pénal prend en compte des critères tels que l'âge, la déficience physique ou psychique ou encore l'infirmité, c'est-à-dire des hypothèses où cette autonomie n'a pas été totalement acquise ou partiellement perdue. La vulnérabilité se présente ici comme le caractère de celui qui ne dispose pas suffisamment de conscience ou de responsabilité pour être en mesure de construire sa propre normativité. La personne est alors considérée comme un être facilement manipulable. Mais, nous retrouvons aussi cette vulnérabilité à travers d'autres critères tels que l'état de grossesse et la maladie qui portent plus sur un affaiblissement physique ou psychique temporaire de la personne. Cette fois, la personne se trouve davantage dans une situation de fragilité dans laquelle sa capacité de jugement est plus facilement altérable.

149. La prise en compte directe de la vulnérabilité par le Code pénal. La vulnérabilité peut être en premier lieu une circonstance aggravante d'infractions classiques susceptibles de concerner quiconque. Dans ce cas, la vulnérabilité ne pourra aggraver l'infraction qu'à partir du moment où il est démontré que cet état de vulnérabilité particulier a rendu plus facile la commission de l'infraction⁴⁵³. La Cour de cassation est extrêmement exigeante sur ce point et n'hésite pas à rappeler qu'il convient d'apprécier l'état de vulnérabilité au moment de la commission de l'infraction⁴⁵⁴.

En second lieu, la référence directe à la notion de vulnérabilité peut se faire par l'intégration de critères de vulnérabilité en tant qu'élément constitutif d'un délit. Dans ce cas, la vulnérabilité ne s'envisage pas uniquement sous l'angle du seul état personnel, elle s'assortit de circonstances matérielles bien précises. Il ne s'agit plus ici de sanctionner des comportements infractionnels communs mais bien des comportements infractionnels qui

⁴⁵³ RENAUD-DURAND P., La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal in LAZERGES C. (dir.) *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris : A Pedone, 1995, p. 120. Il ne suffit donc pas que la victime présente l'un des critères contenus dans la circonstance aggravante pour que celle-ci soit retenue, encore faut-il prouver en quoi le critère la mettait dans une situation de particulière vulnérabilité : Cass. crim., 23 juin 1999, n° 98-84.158, Bull. crim. 1999, n° 152, p. 414 ; Cass. crim., 8 juin 2010, n° 10-82.039, Bull. crim. 2010, n° 102 ; Juris-data n° 2010-011277.

⁴⁵⁴ Cass. crim., 26 mai 2009, n° 08-85.601, Bull. crim. 2009, n° 104 ; Juris-data n° 2009-048662, AJ Pén. 2009, p. 357, obs. LASSERRE CAPDEVILLE J. ; Dr. pén. 2009, n° 10, p. 30, obs. VERON M.

tendent directement à tirer profit, à abuser ou à exploiter la vulnérabilité de certaines personnes. Ainsi en va-t-il de l'abus de faiblesse dont l'incrimination permet de couvrir les nombreuses situations dans lesquelles la personne particulièrement vulnérable est choisie et abusée pour attenter à son patrimoine⁴⁵⁵ ou de manière plus générale, selon la doctrine, pour lui extorquer son consentement⁴⁵⁶. Or, cette infraction ne se caractérise pas uniquement par la présence d'un critère de vulnérabilité, elle exige aussi pour sa constitution l'existence d'une vulnérabilité dite subjective⁴⁵⁷ qui consiste en un état de faiblesse ou d'ignorance⁴⁵⁸.

150. La prise en compte indirecte de la vulnérabilité: l'état de vulnérabilité. La vulnérabilité ne saurait se résumer aux hypothèses pour lesquelles le Code pénal se réfère directement à des critères de vulnérabilité. Ainsi, il apparaît que la matérialité de certaines incriminations porte sur des comportements qui tirent profit d'un état de faiblesse ou de dépendance de la victime. Bien que les notions de faiblesse ou de dépendance doivent être distinguées selon certains de la notion de vulnérabilité⁴⁵⁹, il n'en subsiste pas moins que ces dernières renvoient à une même idée. En effet, il s'agit d'appréhender directement des situations où il est nécessaire de protéger la volonté individuelle quand celle-ci, en raison de son affaiblissement, peut conduire l'individu à des situations de manipulation ou d'asservissement psychologique⁴⁶⁰. Dès lors, nous choisirons pour distinguer ces deux hypothèses de ne pas parler de vulnérabilité – qui renvoie à sa référence directe - mais de privilégier l'utilisation du terme « état de vulnérabilité ». En effet, certaines situations font

⁴⁵⁵ Pour quelques applications, v. Cass. crim., 15 oct. 2002, n° 01-86.697 ; Cass. crim., 26 mai 2009, n° 08-85.601, Bull. crim. 2009, n° 104 ; Cass. crim., 5 avr. 2011, n° 10-84.355, Juris-data n° 2011-008378.

⁴⁵⁶ En ce sens LASSERRE CAPDEVILLE J., note sous Cass. crim., 26 mai 2009, *préc.*

⁴⁵⁷ SALVAGE P. distingue ainsi la vulnérabilité objective qui se rapporte aux critères de la vulnérabilité subjective qui concerne, quant à elle, la situation : *Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse*, J.-Cl. pén., art. 223-15-2 à 223-15-4, 2011, n° 23.

⁴⁵⁸ Ce même argument semble avoir été retenu par certains qui estiment que dans tous les cas de vulnérabilité, il y a nécessairement un lien de corrélation entre le critère de vulnérabilité et la situation de vulnérabilité. Il n'y aurait dès lors pas d'état de vulnérabilité sans situation de vulnérabilité. Dès lors, il ne suffit pas que la victime présente l'un des critères pour être considérée comme vulnérable, encore faut-il que la situation matérielle dans laquelle elle se trouvait corrobore cette vulnérabilité. Le critère présume la vulnérabilité, la situation permet à l'infraction d'être constituée. Ainsi l'auteur souligne que « la vulnérabilité d'origine psychique d'une personne exposera particulièrement celle-ci aux atteintes au consentement, la vulnérabilité d'origine physique à des atteintes plus violentes, la vulnérabilité sociale à l'exploitation, en fonction des circonstances. L'existence d'un lien de corrélation entre l'origine de la vulnérabilité et l'atteinte apparaît matériellement de manière constante ». DUTHEIL-WAROLIN L., *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse dactyl. Limoges, 2004, p. 189.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 219.

⁴⁶⁰ MELKEVIK B., *loc. cit.*, p. 55.

de l'individu la proie potentielle d'un système individualiste⁴⁶¹ dans lequel est toujours présent le risque d'être manipulé et de perdre sa propre autonomie.

De manière générale, l'évolution de la notion de vulnérabilité en droit fait écho à cette nécessité. Ainsi, le rapport de 2009 de la Cour de cassation insiste sur le fait que la vulnérabilité de l'homme, loin de se résumer à une situation personnelle, s'étend aussi à ses conditions économiques⁴⁶² ou juridiques⁴⁶³. Du point de vue des sciences sociales, il ne fait aucun doute que cette vulnérabilité est entendue de manière assez large et qu'elle participe à l'instabilité du processus d'intégration, voire à l'exclusion de l'individu⁴⁶⁴.

151. Si la norme pénale assure la protection des personnes placées dans un état de vulnérabilité, au nom du respect de la dignité humaine, cette protection ne vaut qu'en présence d'une exploitation de cet état.

B) L'exploitation de l'état de vulnérabilité

152. La dignité humaine n'a pas vocation à protéger tout état de vulnérabilité. En réalité, sa protection ne vaut qu'à l'égard des formes d'exploitation les plus graves de cet état de vulnérabilité. Deux critères nous permettent de délimiter les situations concernées par la question. Il importe, en premier lieu que la victime se trouve dans une situation de contrainte (1), dont le délinquant va tirer profit en l'exploitant et en plaçant, dès lors, la victime dans un état d'asservissement (2).

1) La situation de contrainte

153. De la liberté du consentement... « La liberté des uns s'arrête là où commence

⁴⁶¹ On comprend alors aisément que la solidarité constitue une justification plus propice pour limiter les risques d'exploitation liés à la vulnérabilité de la personne dans son environnement social. *Ibid.*, p. 68.

⁴⁶² Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2009*, Paris : La Documentation française, 2010, p. 61.

⁴⁶³ Ainsi en va-t-il de la personne d'origine étrangère puisque cette dernière est susceptible d'être davantage exploitée dans le cadre d'une relation de travail : *ibid.*, p. 62.

⁴⁶⁴ V. à ce sujet, COHEN V., *La vulnérabilité relationnelle. Essai de cadrage et de définition*, Socio-anthropologie 1997, n°1, consultable sur : <http://socio-anthropologie.revues.org/index74.html>.

celle des autres ». Sans doute, faut-il considérer la vulnérabilité comme une situation où la liberté de celui qui la subit n'a pu suffire à limiter celle des autres. La manipulation et l'exploitation de la personne vulnérable ou en situation de faiblesse ou de dépendance nous renvoient à la notion d'abus et ce postulat est d'autant plus vrai que le droit pénal a longtemps envisagé la vulnérabilité en tant qu'abus d'autorité. Aujourd'hui, la vulnérabilité apparaît être, pour certains, l'une des justifications du recours à la notion de dignité humaine comme limite à la libre disposition de soi⁴⁶⁵. La dignité aurait pour finalité, selon Madame le Professeur ROMAN, de limiter certains actes de libre disposition de soi qui devraient, en principe, être admissibles au nom du libre consentement de la personne. Si la pertinence de cette théorie ne saurait être remise en question, nous voyons mal en quoi elle pourrait être transposée au sujet qui nous concerne. En effet, aucune des infractions visant à protéger la vulnérabilité de la personne et rangées sous la catégorie des atteintes à la dignité humaine ne porte sur des actes de disposition de soi à soi, toutes supposent l'intervention d'un tiers. Pourtant, l'idée de consentement de l'individu retiendra notre attention, en ce qu'il constitue un élément central dans l'appréciation des situations d'exploitation de l'homme.

L'autonomie se symbolise par la capacité du sujet à consentir à ce qu'il entreprend. On enseigne classiquement que le droit pénal pose le principe de l'indifférence du consentement dans la constitution d'une infraction pénale⁴⁶⁶. Loin de se contenter d'en poser simplement le principe, la norme pénale est allée beaucoup plus loin puisqu'a émergé tout un ensemble d'incriminations pour lesquelles le consentement de la victime est parti prenand. L'objectif est ainsi de protéger ce consentement contre différentes sortes d'abus. Ainsi en est-il de la sanction des délits de non-recueil de consentement – en ce qui concerne le domaine médical – ou des délits de captation de consentement, à tel point que certains sont allés jusqu'à se demander si le droit pénal ne devenait pas avant tout un instrument de protection du consentement des particuliers⁴⁶⁷.

Il ne fait aucun doute que la vulnérabilité a retenu l'attention du droit pénal justement parce

⁴⁶⁵ ROMAN D., « *A corps défendant* », *la protection de l'individu contre lui-même*, D. 2007, p. 1284.

⁴⁶⁶ Exception faite du cas où le consentement est directement un élément constitutif de l'infraction.

⁴⁶⁷ Sur cette distinction, voir PIN X., *Le consentement en matière pénale*, Thèse Grenoble, Paris : LDGJ, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2002, p. 78-80.

qu'elle est liée à la problématique du consentement. Comme le démontre Madame LAVAUD-LEGENDRE⁴⁶⁸, cette dernière peut être entrevue d'une double façon : le consentement de la victime vulnérable est inopérant et celui de la personne non vulnérable est indifférent ou justificatif⁴⁶⁹. Parallèlement, l'abus du consentement de la personne vulnérable est constitutif en droit civil du vice de violence. Mais, comme le note le Professeur OTTENHOF, « l'expression "violence, vice du consentement" est évidemment imparfaite. Elle confond le moyen utilisé pour forcer le consentement et le résultat obtenu : l'absence de consentement libre ». Aussi note-t-il, la doctrine privilégie le terme de contrainte « qui évoque mieux l'idée d'une pression déterminante sur la volonté de l'un des cocontractants »⁴⁷⁰.

La contrainte est, dès lors, le terme plus adéquat pour exprimer la situation de la personne vulnérable car il existe bon nombre d'autres facteurs⁴⁷¹ en dehors de la violence⁴⁷² en vertu desquels le consentement ne pourra être considéré comme libre. Mais la question du consentement en droit pénal va bien au-delà de la question de la formation du contrat civil, sujet auquel le Professeur OTTENHOF consacrait sa thèse. Il est donc préférable de partir de l'approche pénale de la contrainte pour mieux appréhender la situation de la personne vulnérable.

154. ...à l'état de contrainte. La contrainte correspond en droit pénal à une abolition de la liberté alors que l'état de nécessité renvoie, quant à lui, à une restriction de cette liberté⁴⁷³. On admet classiquement que cette contrainte peut être physique ou morale et dans ce dernier cas elle s'exerce sur la volonté de la personne et se présente sous la forme d'une menace ou

⁴⁶⁸ LAVAUD-LEGENDRE B., *La vulnérabilité, fondement tacite du travail forcé*, D. 2009, p. 1935.

⁴⁶⁹ V. ainsi nos développements précédents relatifs à l'affaire KA et AD, *supra* n° 114.

⁴⁷⁰ OTTENHOF R., *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, Thèse Rennes, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1970, p. 65.

⁴⁷¹ Ainsi, selon LAVAUD-LEGENDRE B., la sujétion, les circonstances économiques, les facteurs psychologiques etc. : La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction, RDSS 2010, p. 520.

⁴⁷² Bien que comme le note, BRISSY S., le vice de violence est adapté à bon nombre de contraintes excessives existantes dans le domaine du travail qui permettent d'invoquer la nullité du contrat. Ce vice permet ainsi de couvrir les éventuels abus commis à l'encontre des personnes vulnérables puisque leur situation est appréciée *in concreto*. Pour autant, ce vice reste circonscrit à la matière contractuelle, alors qu'en matière pénale d'autres situations de vulnérabilité sont appréhendées, ce indépendamment du cadre contractuel: BRISSY S., *Le droit et la violence au travail*, RDT 2010, p. 499.

⁴⁷³ PRADEL J., *op. cit.*, p. 389, n° 483.

d'une suggestion. La personne est en proie à une force extérieure irrésistible. Si la contrainte est considérée comme fait justificatif d'une infraction, elle exige, tout comme la violence en droit civil, l'action d'un tiers sans se contenter de l'existence de circonstances extérieures. Or, la vulnérabilité peut trouver sa source dans des circonstances extérieures et l'action du délinquant se limite à en tirer profit.

La vulnérabilité n'est donc pas, à proprement parler, une contrainte mais parce qu'elle s'en approche, nous utiliserons le terme *d'état de contrainte*. La lecture des incriminations contenues dans le chapitre relatif au respect de la dignité humaine exprime d'ailleurs cet état de contrainte. L'incrimination de la traite des êtres humains vise le fait de mettre une personne « à sa disposition ou à la disposition d'un tiers » aux fins de commettre à son encontre une des infractions considérées comme attentatoires à la dignité humaine⁴⁷⁴ ou de la « contraindre à la commission d'une infraction ». Le proxénétisme renvoie au fait de « détourner une personne » ou « d'exercer sur elle une pression » pour qu'elle se prostitue⁴⁷⁵. Enfin, en ce qui concerne la dissimulation forcée du visage⁴⁷⁶, infraction nouvellement créée⁴⁷⁷, il s'agit de sanctionner celui qui « impose (...) par menace, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir » cette dissimulation⁴⁷⁸.

155. La variabilité du degré de contrainte exigé selon les infractions. Il va de soi que certaines situations sont par essence contraignantes. Ainsi, dans le cadre de la relation de travail, il y a toujours nécessairement un lien de dépendance existant entre l'employeur et le salarié. Les infractions des articles 225-13 et 14 du Code pénal, relatives aux conditions de travail contraires à la dignité humaine, ont comme élément constitutif⁴⁷⁹ la situation de la

⁴⁷⁴ Ainsi, l'infraction de proxénétisme, d'agressions ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraire à la dignité humaine, *C. pén.*, art. 225-4-1. V. à ce sujet : SEUVIC J.-F., *De la traite des êtres humains, art. 225-4-1 à 225-4-8, c. pén.*, RSC 2003, p. 833.

⁴⁷⁵ *C. pén.*, art. 225-5.

⁴⁷⁶ *C. pén.*, art. 225-4-10.

⁴⁷⁷ Loi n° 2010-1192 du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JO du 12 oct. 2010, n° 0237, p. 18344.

⁴⁷⁸ La dissimulation répond au critère de l'existence d'une situation de contrainte et c'est la raison pour laquelle, les contestations portant sur le rattachement de l'infraction au respect de la dignité humaine nous paraissent infondées. V. à ce sujet : PERRIER J.-B., *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, RSC 2011, p. 425.

⁴⁷⁹ WILLMAN C. souligne ainsi que la sanction des atteintes à la liberté du travail pourrait être une perspective séduisante d'éléments constitutifs de l'infraction. WILLMAN C., *La liberté du travail, un enjeu majeur de la notion d'esclavage moderne*, SSL 2005, n° 1213 suppl., p. 19.

victime, c'est-à-dire son état de vulnérabilité⁴⁸⁰ ou de dépendance⁴⁸¹. L'exigence d'un tel critère découle, à notre sens, directement des exigences tirées du respect de la dignité humaine. La dignité humaine n'a pas vocation à sanctionner toute atteinte à la liberté du travail même si certains pensent que cette dernière aurait pu être un élément constitutif séduisant⁴⁸². Pour qu'il y ait atteinte à la dignité, l'abus doit revêtir une gravité, si bien qu'il est aisément compréhensible que le degré de contrainte exigé soit plus élevé⁴⁸³.

A l'inverse, dans des situations qui ne sont pas par essence contraignantes, le degré de contrainte est moins fort et le droit pénal n'exige aucun critère de vulnérabilité particulier⁴⁸⁴ pour que l'infraction soit constituée. En réalité, la vulnérabilité s'exprime déjà à travers les circonstances de la commission de l'infraction puisque nous ne sommes pas en présence d'une situation par essence contraignante. Ainsi en va-t-il de la traite des êtres humains. Cela étant dit, l'abus d'un état de vulnérabilité, quelque soit son degré, ne suffit pas à considérer qu'il y a atteinte à la dignité humaine. Il faut aussi que cet abus conduise à l'asservissement de la personne humaine.

2) *Un état d'asservissement*

156. *L'asservissement, un abus de position inégalitaire.* L'asservissement est une soumission de l'autre à soi. Il s'agit donc d'une situation dans laquelle l'auteur et la victime sont placés dans un rapport totalement inégalitaire. Cette inégalité de fait est favorisée par l'état de vulnérabilité économique ou sociale - dite *vulnérabilité indirecte* - physique ou psychique – dite *vulnérabilité directe* - de la victime⁴⁸⁵. Ainsi, il arrive que l'individu soit

⁴⁸⁰ Notons que l'article L. 225-13 et L. 225-14 n'exigent pas une « particulière vulnérabilité » de la victime.

⁴⁸¹ La vulnérabilité renvoie à un état propre à l'individu alors que la dépendance résulte de circonstances extérieures. Notons qu'il existe une présomption de vulnérabilité au profit des mineurs et des personnes arrivées sur le territoire français prévu par l'article 225-15-1 du Code pénal.

⁴⁸² WILLMAN C., *loc. cit.*, p. 20.

⁴⁸³ Ainsi, la vulnérabilité résultant d'une situation de précarité et du caractère intempérant de la victime ne permet pas de considérer que le délit d'exploitation de la vulnérabilité est constitué : CA Paris, 10 déc. 2008, n° 08/02792, Juris-data n° 2008-006583.

⁴⁸⁴ Nous retrouvons néanmoins la vulnérabilité au titre des circonstances aggravantes de l'infraction.

⁴⁸⁵ Ainsi, s'agissant de la victime qui ne dispose pas de papiers et ne parle pas la langue française, l'état de dépendance est suffisamment caractérisé pour considérer que le fait de fournir un logement ne justifie pas la non-rétribution des services : CA Paris, 27 févr. 2006, n° 05/00556, Juris-data n° 2006-313286. De même, le caractère obligatoire d'un stage pour l'obtention du brevet est une situation de dépendance permettant de

contraint⁴⁸⁶ de recourir à la mendicité, à la prostitution ou encore d'accepter un travail ou un logement indécent pour assurer sa survie.

L'asservissement est un abus de cette position inégalitaire dans laquelle se situe la victime où l'auteur va substituer sa propre volonté à celle de la victime. L'homme n'est alors plus une fin, il devient un moyen au service de la propre fin de son exploitant. Cette fin revêt principalement une dimension économique où l'homme n'est plus que l'objet des désirs de son exploitant. Ainsi, la sanction du travail forcé vise à lutter contre les formes d'esclavage moderne qui « transforme l'individu en objet appropriable, le déshumanise ou l'abaisse en tant qu'être humain »⁴⁸⁷. La victime est soumise à des conditions de travail contraires à la dignité humaine⁴⁸⁸ (C. pén., art. 225-14), à qui l'on extorque la fourniture de services non ou faiblement rétribués⁴⁸⁹ (C. pén., art. 225-13)⁴⁹⁰. Peu importe que l'auteur soit à l'origine de la situation de contrainte, le simple fait qu'il en tire profit suffit. Ainsi en va-t-il du délit de proxénétisme qui n'exige pas pour sa constitution que l'auteur soumette forcément la victime à la prostitution.

157. L'asservissement et l'exigence d'une négation de la dignité humaine. Mais tout profit n'est bien sûr pas par nature illicite et nombreux sont les exemples quotidiens où l'individu peut tirer profit d'une situation désavantageuse sans qu'il y ait atteinte à la dignité

condamner l'employeur faisant travailler ses stagiaires 190 heures par mois : Cass. crim., 3 déc. 2002, n° 02-81.453, Juris-data n° 2002-016771. Enfin, la situation de handicap ne justifie pas la non rétribution des services, quand bien même la victime se sentait valorisée : CA Toulouse, 14 févr. 2002, n° 01/00531, Juris-data n° 2002-169557.

⁴⁸⁶ Par opposition, notons qu'il arrive que le recours à la mendicité ou à la prostitution résulte d'un choix personnel de l'individu.

⁴⁸⁷ WILLMAN C., *Avant-propos : Esclavage économique*, SSL 2005, n° 1213 suppl., p. 3.

⁴⁸⁸ Ainsi en va-t-il de la personne logée dans des conditions insalubres, travaillant tous les jours y compris le samedi et régulièrement insultée et frappée : Cass. crim., 15 juin 2010, n° 09-83.185, Juris-data n° 2010-011621 - des personnes d'origine étrangère obligées de subir des horaires excessifs de travail comprenant même le dimanche : CA Nancy, 25 mars 2009, n° 08/01073, Juris-data n° 2009-015031 -

⁴⁸⁹ Ainsi en va-t-il de la personne d'origine africaine non rémunérée pour les tâches domestiques effectuées et laissée dans une maison sans chauffage, sans argent ni moyens de subsistance : CA Nancy, 29 avr. 2009, n° 08/01486, Juris-data n° 2009-014960 - Mais, le fait de bénéficier d'un logement dans des conditions décentes en contrepartie d'une participation à des tâches ménagères ne permet pas de considérer qu'il y a délit d'exploitation de la vulnérabilité : CA Paris, 10 déc. 2008, *préc.*

⁴⁹⁰ Si la dignité n'apparaît pas dans l'incrimination s'agissant de cette dernière, il n'en demeure pas moins, comme le soulève la doctrine, que l'absence de considération et l'atteinte à la dignité participent à l'appréciation de la constitution de l'infraction : DAURY-FAUVEAU M., *Le droit pénal de l'esclavage moderne*, SSL 2005, n° 1213, p. 8.

de l'homme. Il importe donc que son acte aboutisse à la négation de l'humanité présente en chaque homme. L'atteinte portée à la dignité ne s'apprécie pas qu'à partir de critères, le caractère indigne du traitement de la victime rentre aussi en considération. Certaines situations sont indignes par nature, d'autres ne le sont pas mais peuvent le devenir à partir d'un certain stade. Par exemple, en ce qui concerne les conditions de travail, le Code pénal précise qu'elles doivent être contraires à la dignité humaine, afin que toute forme d'exploitation ne soit pas considérée comme un asservissement. Seul l'homme ramené au rang d'objet sera protégé par les dispositions relatives aux atteintes à la dignité humaine. Mais, la question reste alors de savoir s'il faut volontairement se cantonner aux seules infractions expressément considérées comme atteintes à la dignité humaine.

158. La protection contre l'exploitation de la vulnérabilité justifie le rattachement d'autres infractions à la notion de dignité humaine. Comme le note Monsieur le Professeur SEUVIC, la dignité « a un contenu formellement identifié, mais aussi un contenu plus diffus »⁴⁹¹. Il existe donc d'autres infractions dont la protection s'impose au titre d'autres valeurs mais qui doivent néanmoins être implicitement rattachées à la dignité humaine. Certaines opinions doctrinales proposent le rattachement du harcèlement moral⁴⁹² ou encore celui des dispositions protectrices en matière de non patrimonialité du corps humain⁴⁹³. Nous pouvons penser également au harcèlement sexuel, considéré pour certains comme une atteinte à la dignité humaine⁴⁹⁴, ou encore aux expérimentations sur la personne commises sans son consentement. Mais, il ne faut pas non plus avoir une vision trop large et aller jusqu'à considérer que toute norme qui assure la protection de la personne humaine contre les atteintes à son intégrité physique et morale, à son autonomie ou à son égalité intéresse le

⁴⁹¹ SEUVIC J.-F., Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées, in PEDROT Ph., *op. cit.*, p. 339. Il note, de manière plus générale, qu'en dépit de certaines maladresses, le Code pénal a été élaboré autour de la préoccupation centrale de protection de l'être humain, tant en tant que substantif, c'est-à-dire atteint dans « son humanité », qu'en tant qu'adjectif qualificatif, qui renvoie, quant à lui, à l'être humain : *ibid.*, p. 337. DANTI-JUAN M., *La notion de dignité humaine en droit pénal*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Vol. XVI, 1996, p. 99. Ce dernier souligne d'ailleurs que « la notion de dignité comporte une part importante de subjectivité. Elle se ressent plus qu'elle ne s'exprime, si bien que chacun la définit un peu à sa manière » pour conclure que le concept de dignité doit être approfondi « afin d'éclairer le dénominateur commun de toutes les incriminations concernées » : *ibid.*, p. 110.

⁴⁹² PRADEL J. et DANTI-JUAN M., *op. cit.*, p. 297, n° 453 et s.

⁴⁹³ VIRIOT-BARRIAL D., *loc. cit.*, p. 5-6, n° 21-26.

⁴⁹⁴ V. *infra* n° 164 et s.

respect de la dignité humaine⁴⁹⁵.

159. Aussi, envisager la dignité et ne pas lui faire perdre toute signification justifie de s'en tenir à des critères rigoureusement définis. Si l'on s'en tient aux éléments que nous avons dégagés précédemment, il faut admettre que **toute situation dans laquelle la victime est soumise à un état de contrainte, s'exprimant par une inégalité de fait antérieure ou créée par l'auteur et qui va conduire à son asservissement physique ou psychologique** est une atteinte à la dignité humaine. Le respect de la dignité humaine ne s'arrête cependant pas à cette définition. Elle implique également la sanction de toute forme de dégradation de la personne humaine.

§ 2 - La protection contre la dégradation de la personne humaine

160. Tout comme l'asservissement, la dégradation de la personne humaine emprunte des formes très variées dont le seuil de gravité varie selon l'infraction en question. La dégradation de la personne humaine s'entend de double manière. D'abord, elle renvoie à la définition classique élaborée autour de la notion des traitements inhumains et dégradants (A), que l'on retrouve dans une faible mesure dans le chapitre des atteintes à la dignité humaine. Ensuite, elle peut être définie dans une certaine mesure à travers le concept de discrimination. Ce rattachement, bien que moins évident, est clairement effectué par le Code pénal (B).

A) La définition classique de la dégradation de la personne humaine

161. La notion de dégradation renvoie tout d'abord à celle de traitement inhumain et dégradant (1). Pourtant, sous cette première forme, la dégradation est le parent pauvre du chapitre des atteintes à la dignité humaine où elle n'est envisagée que de manière résiduelle (2).

⁴⁹⁵ V. ainsi à ce sujet, LICARI S., *La protection pénale de la dignité du salarié*, Thèse dactyl. Nancy, 1999, p. 20.

1) *Le traitement inhumain et dégradant*

162. La prohibition des traitements inhumains et dégradants, une conséquence du respect de la dignité humaine. Si l'asservissement est une exploitation de l'homme à des fins souvent mercantiles, la dégradation renvoie à une autre forme de violation de l'humanité présente en chaque homme, qui s'exprime par différentes atteintes à son corps ou à son âme. Pour envisager la notion de dégradation, il faut évidemment revenir à la prohibition des traitements inhumains ou dégradants posée par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Bien que la dignité n'y soit pas explicitement mentionnée, il ne fait nul doute, qu'en réponse aux horreurs de la seconde guerre mondiale, c'est en premier lieu le respect de la dignité humaine qui inspira la rédaction de cet article⁴⁹⁶. La démarche adoptée par la Cour dans l'interprétation de cette notion n'est pas d'élaborer des catégories strictes de comportements dits « inhumains ou dégradants » mais seulement des seuils de gravité à partir desquels il est possible d'estimer que le traitement est inhumain ou dégradant. La Cour envisage ainsi ces traitements inhumains et dégradants selon trois seuils : le traitement dégradant constitue le seuil le moins grave, le traitement inhumain constitue l'intermédiaire et le seuil le plus grave est atteint en présence de tortures⁴⁹⁷.

Le traitement dégradant se définit ainsi par la Cour comme celui qui « humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience »⁴⁹⁸. Le traitement inhumain, quant à lui, peut être invoqué s'agissant d'un traitement provoquant des

⁴⁹⁶ Notons d'ailleurs que si l'article 3 ne fait pas de référence explicite à la dignité humaine, il en va de même d'autres conventions tels que l'article 5 de la DUDH et de l'article 7 du PIDCP ou enfin de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987. Pour autant, il ne fait aucun doute dans l'esprit des organes assurant le respect de ces conventions que la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants a vocation à assurer le respect de la dignité humaine. V. ainsi, l'observation générale n° 20 prise en 1992 par le Comité des droits de l'homme : « L'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a pour but de protéger la dignité humaine et l'intégrité physique et mentale de l'individu ».

⁴⁹⁷ SUDRE F., *loc. cit.*, p. 158.

⁴⁹⁸ CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, préc. § 29-30.

souffrances physiques ou mentales d'une intensité particulière⁴⁹⁹. L'étude des comportements par seuils de gravité permet dès lors de ne pas restreindre la notion de traitement inhumain et dégradant à une définition à laquelle certains comportements risqueraient d'échapper.

163. La distinction entre dégradation et asservissement. Entendue comme telle, la dégradation renvoie à la question du respect, de l'estime et de la considération de la personne humaine⁵⁰⁰, donc à la valeur de l'être humain en tant que tel. Dans une certaine mesure, l'asservissement de la personne humaine est un traitement dégradant⁵⁰¹, ce qui ne veut pas dire pour autant que tout traitement dégradant est un asservissement de la personne humaine. En réalité, dans un cas comme dans l'autre, la valeur de l'homme est niée par le rejet de tout rapport d'égalité et l'instauration d'une hiérarchie. L'homme rabaissé est un homme que nous sortons des rangs de l'humanité en lui faisant ressentir qu'il n'est pas digne d'être traité comme un homme. Dégrader la personne humaine, c'est estimer au nom d'un rapport d'inégalité arbitraire et subjectif que la personne ne mérite pas d'être traitée comme une personne digne de l'être, c'est-à-dire comme un être humain. Asservir la personne, c'est non seulement estimer que la personne ne mérite pas d'être traitée comme un être humain mais c'est aussi la soumettre à notre propre volonté ou à nos propres désirs. Si l'on devait résumer ces deux notions autour de deux principales idées, alors il faudrait considérer que la dégradation s'apparente à une humiliation de l'être humain et l'asservissement à une dépossession de sa propre personne.

2) La dégradation dans la classification du Code pénal

164. Une classification insatisfaisante. Nous retrouvons dans une très faible mesure la

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ HAROCHE C., Remarques sur les incertitudes et les ambiguïtés du droit à la dignité, in KOUBI G. et al., *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris : PUF, Coll. Publication du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, colloque organisé par le Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1996, p. 376.

⁵⁰¹ Ainsi, il arrive qu'une situation d'asservissement soit considérée aussi comme un traitement dégradant. Tel est le cas s'agissant du fait de contraindre quelqu'un à la prostitution qui est un asservissement, tout autant qu'un traitement inhumain et dégradant : CEDH, 11 sept. 2007, *Tremblay c/ France*, req. n° 37194/02, JCP 2008, I-110, n° 3, obs. SUDRE F.

sanction des traitements inhumains et dégradants dans les infractions prohibées au titre des atteintes à la dignité humaine. Ainsi, la traite des êtres humains est un asservissement autant qu'elle consiste en un traitement dégradant et dans une moindre mesure, la sanction du bizutage permet de protéger la personne contre certaines formes de dégradation.

Mais il va de soi que la classification du Code pénal ne rend pas compte de toutes les infractions qui expriment ce que Madame SEVELY appelle l'inhumain⁵⁰². Cette inhumanité se définit comme « des actes et comportements permis par la relation de pouvoir et de domination, ayant pour objet et pour effet l'occultation volontaire et raisonnée de l'humanité de la personne par la violation délibérée et systématique du principe de singularité, et/ou du principe d'égalité d'appartenance à la communauté humaine »⁵⁰³. Or, cette classification a occulté la torture et les actes de barbarie qui n'y figurent pas, le crime contre l'humanité⁵⁰⁴ et le génocide. Il ne fait nul doute que ces crimes sont les premières manifestations de l'atteinte à la dignité humaine⁵⁰⁵ parce qu'ils touchent directement l'humanité en tant que communauté ou l'humanité en tant que qualité intrinsèque de l'être humain.

165. La redéfinition des atteintes à la dignité humaine. La dignité a vocation à trouver une place bien plus importante au sein du Code pénal tant les atteintes inhumaines ou dégradantes que l'on a connues ou que l'on risque de connaître sont nombreuses. Cela nécessite néanmoins qu'une réflexion bien plus profonde soit menée et que des critères précis, tel que ceux que nous avons énumérés à partir des infractions figurant dans le

⁵⁰² SEVELY C., *loc. cit.*, p. 484 et s.

⁵⁰³ Cette conception de l'inhumanité rejoint la définition posée préalablement par DELMAS-MARTY M. : *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain*, RSC 1994, p. 477.

⁵⁰⁴ Nous noterons ainsi la proximité existante entre cette définition et celle donnée au crime contre l'humanité. Ainsi, PEZET M. définissait le crime contre l'humanité comme « crimes commis systématiquement en application d'une idéologie qui refuse par la contrainte à un groupe d'hommes le droit de vivre sa différence, qu'elle soit originelle ou acquise. Traitée sans humanité, comme dans tout crime, la victime se voit en plus contestée dans sa nature humaine et rejetée de la communauté des hommes » : JOAN, déc. 1991, p. 6980.

⁵⁰⁵ Ainsi, comme le souligne LE GUNEHEC F. : « c'est le crime qui n'a pas seulement pour objet de blesser ou de donner la mort, mais celui qui accompagne ces blessures ou cette mort d'une violation volontaire, délibérée et gratuite de la dignité de celles ou de ceux qui en sont les victimes » : Cass. crim., 20 déc. 1985, JCP G 1986 II-20655, rapp. LE GUNEHEC F. Ce rattachement à la dignité humaine est, de manière générale, largement partagé par la doctrine : v. dans le même sens : MASSE M., *Le crime contre l'humanité dans le nouveau Code pénal français*, RSC 1994, p. 376. De même, DELMAS-MARTY M. considère que la protection de l'irréductible être humain suppose le respect de droits indérogeables, bénéficiant d'une protection absolue, qui comprennent en premier lieu le respect de la dignité humaine : *loc. cit.*, p. 485-486. V. également : SEUVIC J.-F., *loc. cit.*, p. 345.

chapitre des atteintes à la dignité humaine, soient dégagés. La notion même d'humanité, que Messieurs les Professeurs SEUVIC et DELMAS MARTY déclinent autour du respect de la singularité et de l'égle appartenance à l'espèce humaine⁵⁰⁶, doit guider le rattachement de certaines de ces atteintes à la dignité humaine. Cette démarche n'est pas sans difficultés ; il n'est ainsi pas question de faire des atteintes à la dignité, une catégorie fourre-tout intégrant des infractions dont le quantum des peines encourues serait très variable. Pour autant, nous ne pouvons parallèlement nous contenter de la classification actuelle est insuffisante⁵⁰⁷, notamment eu égard à l'évolution de cette notion. Une juste mesure doit être trouvée.

166. La dégradation de la personne humaine est donc également un critère de rattachement d'un certain nombre d'infractions à la notion de respect de la dignité humaine. En dépit des incertitudes qu'elle implique, elle légitime le postulat selon lequel la discrimination, en tant que négation de la singularité humaine, constitue une atteinte à la dignité humaine.

B) La discrimination, une autre forme de dégradation de la personne humaine

167. La discrimination est considérée, du point de vue du droit pénal, comme une atteinte à la dignité humaine⁵⁰⁸. Les éléments constitutifs de cette infraction créent un décalage avec la conception classique de traitement dégradant puisqu'il n'existe aucune référence à une quelconque violence physique. En réalité, l'intérêt de ce rattachement est ailleurs. Loin de se contenter d'envisager la discrimination en tant qu'infraction (1), le droit pénal a su élaborer un véritable concept de discrimination que l'on va retrouver à travers d'autres incriminations (2). Dès lors, l'atteinte à la dignité humaine doit être envisagée tant à

⁵⁰⁶ DELMAS MARTY M., *loc. cit.* p. 489, SEUVIC J.-F., *loc. cit.*, p. 346.

⁵⁰⁷ V. ainsi pour une critique de cette classification : MISTRETTA P., *La protection de la dignité et les vicissitudes du droit pénal*, JCP G 2005, I-100. Ce dernier considère d'une part que la classification existante est incohérente car la personne décédée est mieux protégée que celle non-née et propose, d'autre part, le rajout d'un certain nombre d'infractions comme le harcèlement sexuel, les actes de torture et de barbarie mais aussi les infractions de presse.

⁵⁰⁸ Le Code pénal n'est pas le seul texte rattachant la prohibition des discriminations au respect de la dignité humaine. Nous citerons également le préambule de la CERD adoptée en 1965, celui de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée en 1979, la Convention n° 111 de l'OIT et enfin la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

travers l'infraction de discrimination qu'à travers son concept.

1) *De l'infraction de discrimination*

168. La pertinence du rattachement de la discrimination au critère de la dégradation.

Il peut paraître étonnant de prime abord d'envisager la question de la discrimination en tant que dégradation de la personne humaine. La dégradation renvoie au corps ou à l'âme et si l'on s'en tient aux éléments constitutifs de l'infraction de discrimination, ces derniers ne couvrent pas la question de l'atteinte au corps. Ainsi, l'élément moral de cette infraction énumère dix-huit critères discriminatoires dont rares sont ceux relatifs au corps de la personne. De même, l'élément matériel ne consiste pas non plus en une atteinte au corps mais davantage en une atteinte à la vie économique et sociale de l'individu. A première vue, la discrimination semble donc difficilement conciliable avec la notion de traitement dégradant.

Dans l'esprit de certains auteurs, le lien existant entre dégradation et discrimination est pourtant évident. Ainsi, Monsieur le Professeur SEUVIC souligne que « la discrimination (art. 225-1 à 225-4) procède d'une dégradation de la représentation de certains hommes arbitrairement opérée en raison de leur origine, sexe, situation de famille, état de santé, handicap »⁵⁰⁹ etc. De même pour Monsieur le Professeur SUDRE, le traitement dégradant tel que défini par la jurisprudence de la CEDH couvre nécessairement les cas de discrimination raciale⁵¹⁰. Il est vrai que cette dernière avait ouvert la voie en recourant au respect de la dignité humaine pour sanctionner une discrimination raciale à l'occasion de l'affaire *Asiatiques d'Afrique orientale c/ R.U.*⁵¹¹. La Cour note pourtant que s'il ne fait aucun doute

⁵⁰⁹ SEUVIC J.-F., *loc. cit.*, p. 357.

⁵¹⁰ SUDRE F., Article 3, *loc. cit.*, p. 155 et s.

⁵¹¹ CEDH, 14 déc. 1973, *Asiatiques d'Afrique orientale c/ Royaume-Uni*, req. n° 4403/70-4419/70, Décisions et rapports 1994, 78-B, p. 5. La commission note que « le fait d'imposer publiquement à un groupe de personnes un régime particulier fondé sur la race peut, dans certaines circonstances, constituer une forme spéciale d'atteinte à la dignité humaine » : *ibid.*, p. 61. V. aussi le rapport du 14 déc. 1973 § 203 : « La Commission estime que la discrimination raciale dont les requérants ont été publiquement l'objet par l'application de la législation précitée sur l'immigration constitue une atteinte à la dignité humaine ce qui, dans les circonstances particulières qui viennent d'être décrites constitue un « traitement dégradant » au sens de l'article 3 de la Convention », *ibid.*, p. 62.

que certaines formes de discriminations consistent en des traitements dégradants⁵¹², toute forme de discrimination ne constitue pas une atteinte à la dignité humaine⁵¹³. Ainsi, la Cour reste vigilante à ne pas élargir le champ de l'article 3 de la Convention, qui n'a pas vocation à couvrir des discriminations protégées dans le cadre de son article 14. Pour ce faire, elle exige qu'un certain degré de gravité soit atteint. Dans l'affaire *X, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/R.U*, où il s'agissait cette fois d'un cas de discrimination sexuelle, la Cour précise que « la différence de traitement litigieuse ne dénotait aucun mépris ou manque de respect pour la personnalité des requérantes ; elle ne tendait pas à humilier ou à rabaisser, et ne l'a pas fait, mais visait uniquement les buts visés au § 75 s.⁵¹⁴. On ne saurait donc la considérer comme dégradante »⁵¹⁵. La Cour requiert donc que la discrimination présente une certaine gravité, qui s'exprime notamment à l'égard du mépris qu'elle dénote, pour pouvoir être considérée comme un traitement dégradant.

169. L'intention discriminatoire, une expression du caractère dégradant de la discrimination. Si le droit européen a cloisonné la discrimination du traitement dégradant en fixant un seuil à partir duquel la discrimination devient un traitement dégradant, le droit pénal n'a pas emprunté cette voie. Son rattachement au principe du respect de la dignité humaine est explicite et sans aménagement. Le décalage existant entre ces deux formes d'appréhension s'explique aisément. Dans le cadre de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la discrimination ne revêt pas de caractère intentionnel, nous restons sur un rapport de stricte inégalité qui existe lorsqu'une différence de traitement est discriminatoire. La discrimination est susceptible de devenir un traitement dégradant quand intervient une intention discriminatoire qui, pour reprendre les termes des juges de

⁵¹² Il en va ainsi des conditions de vie dont bénéficient certaines personnes telles que l'isolement, la liberté de circulation restreinte, la surveillance etc. : CEDH, 10 mai 2001, *Chypre c/ Turquie*, req. n° 25781/94, Rec.des arrêts et des décisions 2001, IV, p. 62. La Cour note que « les conditions dans lesquelles cette population est condamnée à vivre sont avilissantes et heurtent la notion même de respect de la dignité humaine. La discrimination a atteint un tel degré de gravité qu'elle constituait un traitement dégradant ». V. aussi, CEDH, 12 juill. 2005, *Moldovan c/ Roumanie (n° 2)*, req. n° 41438/98, § 113.

⁵¹³ V. ainsi pour une solution contraire : CEDH 6 juill. 1977, *Affaire des Tziganes Kalderas c/ RFA*, req. n° 7823/77.

⁵¹⁴ Freiner l'immigration primaire et protéger le marché national du travail à une époque de fort chômage, préserver un contrôle effectif de l'immigration et prévenir les tensions au sein de la société.

⁵¹⁵ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, req. n° 9473/81 et 9474/81, Série A 1985, n° 94, § 90. V. aussi CEDH 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74, Série A 1979, n° 31, § 66.

Strasbourg, tend « à humilier ou à rabaisser » l'homme. Tant que le comportement intentionnel n'apparaît pas, la discrimination reste circonscrite à un rapport d'inégalité. A l'inverse, à partir du moment où cette intentionnalité entre en jeu, alors le comportement peut être considéré comme dégradant et constitutif d'une atteinte à la dignité.

Cette double dialectique avait d'ailleurs été présentée par le rapport de 2008 de la Cour de cassation : « la prohibition des discriminations apparaît comme la traduction juridique de l'homme appréhendé en lui-même et pour lui-même. Les règles d'égalité, en revanche, se rattachent à une conception des rapports sociaux entre les individus ou les groupes »⁵¹⁶. Ce que le droit pénal va donc sanctionner à travers son infraction de discrimination est un état d'esprit méprisant, irrespectueux et humiliant qui instaure une variabilité dans la valeur de chaque personne, elle-même fonction de critères inhérents à cette dernière. La discrimination va créer des processus d'inclusion et d'exclusion et donc favoriser le mépris de l'égalité au profit de la catégorisation, de la hiérarchisation et *in fine* du rejet.

170. La matérialité du délit n'est pas sans lien avec la notion de traitement dégradant.

Il est au demeurant étonnant que la matérialité de l'infraction de discrimination porte essentiellement sur des champs économiques et sociaux bien ciblés. Elle a ainsi pour finalité principale d'assurer la protection de l'homme dans le domaine de l'emploi, dans celui des prestations et services ou encore dans le cadre de l'exercice d'une activité économique. Elle se situe de ce fait en décalage avec la définition stricte de la dégradation. Pour autant, il s'agit bien de protéger l'homme contre des atteintes, certes moins graves, mais récurrentes, classiques et tout aussi humiliantes qui concernent des biens primaires mais fondamentaux pour le développement personnel de tout individu. La dignité joue de ce fait un rôle important au niveau de la justice sociale, tout du moins est-ce l'idée avancée par certaines théories de sciences sociales.

Monsieur HONNETH considère ainsi que l'égalité sociale doit permettre à chaque individu de se créer une identité propre, afin de se réaliser individuellement. Les luttes sociales sont

⁵¹⁶ Cour de cassation, *Rapport 2008, préc.*, p. 84.

donc le produit d'un déni de reconnaissance, c'est à dire un manque de respect, une humiliation qui résulte de l'exclusion structurelle de l'individu à l'exercice de certains droits⁵¹⁷. Pour lui, les théories de la justice sociale ne doivent plus être centrées sur ces questions d'égalité mais s'intéresser avant tout à la dignité humaine. Il note ainsi que « l'éradication de l'inégalité ne représente plus un objectif normatif, mais c'est plutôt l'atteinte à la dignité ou la prévention du mépris (...) qui constituent ses catégories centrales »⁵¹⁸.

171. La discrimination : une atteinte à l'égalité et à la dignité. L'égalité ne constitue donc plus le seul pilier de la lutte contre les discriminations, elle est simplement un pilier nécessaire et insuffisant à la fois. L'inscription de l'infraction de discrimination dans le cadre des atteintes à la dignité humaine n'est donc pas une approche divergente mais bien complémentaire car elle permet de prévenir ou de sanctionner des comportements dont la gravité va au-delà de ce que le principe d'égalité est en mesure d'appréhender. De même cette protection pénale des discriminations, en tant qu'atteintes à la dignité humaine, va bien au-delà de la simple infraction de discrimination. La discrimination consiste davantage en un état d'esprit qui ne peut être figé dans une typologie d'actes précis. Cet état d'esprit se retrouve, au contraire, dans bon nombre d'autres comportements délictueux.

172. Dans cette perspective, nous ne pouvons nous contenter de réduire la notion de discrimination à la seule existence d'une infraction de discrimination. La notion de discrimination a, au contraire, une portée bien plus vaste au sein du Code pénal, au point qu'il est véritablement possible de parler de concept de discrimination.

2) ...au concept de discrimination

173. La discrimination : notion ou concept ? Le concept se définit en droit comme « la saisie par la pensée d'un phénomène ou d'une chose sensible, dotée d'une valeur

⁵¹⁷ HAROCHE C., Les paradoxes de l'égalité : le cas du droit à la reconnaissance, in KOUBI G. et GUGLIELMI G. J., *op. cit.*, p. 25.

⁵¹⁸ HONNETH A., *Reconnaissance et justice*, Le Passant ordinaire 2002, n° 38, consultable sur : <http://www.passant-ordinaire.com/revue/38-349.asp>.

représentative générale »⁵¹⁹. Il doit être différencié de la notion qui désigne « l'expression, la formulation d'une institution reconnue par le droit »⁵²⁰. La notion paraît de prime abord plus attrayante pour qualifier la discrimination puisqu'elle « permet de qualifier les faits, c'est-à-dire de les faire rentrer dans une catégorie juridique connue et répertoriée auxquels ces faits semblent correspondre »⁵²¹. Le concept présente l'avantage, quant à lui, d'être plus abstrait et donc d'englober une réalité plus large⁵²², contrairement à la notion qui a un cadre plus strict puisqu'elle s'apparente à une catégorie de choses, d'objets. Elle peut être à contenu fixe ou variable et dans ce dernier cas « la dénomination, le signifiant restent constants, mais (...) le domaine, le champ, le signifié sont mouvants, évoluent »⁵²³.

Que la notion soit à contenu fixe ou variable ne nous empêche pas de penser que ce terme ne peut correspondre à la discrimination car dans les deux hypothèses le contenant reste le même, seul le contenu est susceptible de varier ou non. Or, la discrimination n'a jamais un contenant similaire. Appréhendée par différents domaines juridiques, les différentes définitions de la discrimination n'ont pas le même contenu, ni la même portée. Soit nous allons nous référer à la définition du Code pénal⁵²⁴, soit à d'autres définitions comme celle issue du droit de l'Union européenne⁵²⁵ ou encore celle couramment utilisée dans le langage juridique⁵²⁶. Enfin, nous pouvons aussi sortir de ce cadre juridique et nous référer à la

⁵¹⁹ STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, 5^{ème} éd., Paris : Litec, 2000, p. 105, n° 247.

⁵²⁰ BENOIT F.-P., Notions et concept, instrument de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave PEISER*, contributions réunies par GALABERT J.-M. et TERCINET M.-R., Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 23.

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² Ainsi, on pourrait prendre l'exemple de la brosse : « Quand je fixe un objet dans la pénombre et que je dis : « c'est une brosse », il n'y a pas dans mon esprit un concept de la brosse, sous lequel je subsumerais l'objet et qui d'autre part se trouverait lié par une association fréquente avec le mot de « brosse », mais le mot porte le sens, et, en l'imposant à l'objet, j'ai conscience d'atteindre l'objet », MERLEAU-PONTY M., *Phénoménologie de la perception*, 3^{ème} éd., Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque des idées, 1945, p. 207.

⁵²³ LEGROS R., Les notions à contenu variable en droit pénal in PERELMAN Ch. et VANDER ELST R., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Travaux du centre national de recherches de logique, 1984, p. 21.

⁵²⁴ « Toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de (...) ».

⁵²⁵ « La situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ».

⁵²⁶ « Toute distinction, exclusion, préférence fondée sur la race, la religion, le sexe, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de

définition classique que nous retrouverons dans le langage courant⁵²⁷. Dans tous les cas, il est indéniable que si le contenu est variable – le champ d’application et les critères ne sont jamais les mêmes – le contenant l’est tout autant. Le caractère abstrait de la discrimination se saisit d’ailleurs dans le discours quotidien. Il est en effet fréquent que, dans la perception des personnes, toute inégalité vécue est nécessairement une discrimination alors même que du point de vue juridique, les faits n’entreront dans aucune qualification qu’elle soit pénale ou civile. Bien souvent, l’utilisation du terme discrimination renvoie au sentiment de la victime et concrètement la situation s’apparente à une inégalité, voire une iniquité. Le terme discrimination est de ce fait banalisé et ne renvoie pas toujours à une réalité juridique concrète.

174. Définition du concept de discrimination. En admettant que la discrimination ne puisse être une notion, qu’elle est au contraire un concept, il convient de le définir. Selon Monsieur le Professeur BERGEL, « la définition du concept juridique doit en décrire la substance et en révéler les critères distinctifs. Ainsi, elle doit identifier les éléments constitutifs du concept envisagé et caractériser les relations qui les unissent »⁵²⁸. Cette définition ne peut être déterminée « qu’en fonction du droit positif et des réalités sociales »⁵²⁹. En se référant à l’ensemble des dispositions législatives relatives à la prohibition des discriminations, il est possible de définir la discrimination comme **une négation de la singularité de la personne, et par extension de l’égale dignité des hommes, susceptible de s’exprimer par différents phénomènes de rejet ou de marginalisation.**

La discrimination comporte de ce fait deux éléments. D’une part, la négation de l’égale dignité humaine suppose la prise en considération de l’élément qui marque la singularité de l’individu, élément qui sera qualifié par le droit de « critère arbitraire ». D’autre part, la prise en compte de ce critère arbitraire est l’impulsion déterminante de l’atteinte qui sera portée à

traitement en matière d’emploi ou de profession » : v° Discrimination in GUILLIEN R. et VINCENT J., *Lexique des termes juridiques*, 12^{ème} éd., Paris : Dalloz, 1999.

⁵²⁷ Ainsi, une faculté de discerner, de distinguer : v° Discrimination in LITRE E., *op. cit.*

⁵²⁸ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 4^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2003, n° 184.

⁵²⁹ *Ibid.*, n° 181.

l'individu. Aussi, le comportement distinctif ne réside pas tant dans la matérialité de l'action que dans l'intention de l'action. Pour prendre un exemple, c'est bien parce que A considère que B est différent - *intervention du critère arbitraire* - qu'il va commettre tel acte répréhensible - *matérialité du comportement*. Par conséquent, il convient d'admettre que l'article 225-1 du Code pénal est un élément intentionnel détachable de l'infraction de discrimination et transposable à d'autres comportements délictueux. La discrimination renvoie *stricto sensu* à l'infraction de discrimination (C. pén., art. 225-1 à 225-2) mais aussi *largo sensu* à d'autres comportements dits discriminatoires. La conception stricte ou large de la discrimination variera dans la matérialité du comportement, seul l'élément intentionnel restera invariable.

En concevant la discrimination non plus simplement comme une simple infraction mais bien comme un concept, nous élargissons inéluctablement le champ de la politique criminelle de lutte contre les discriminations. Cela nous permet d'aller au-delà de la seule classification opérée par le Code pénal. Le concept de discrimination a ainsi été utilisé par le droit pénal à travers d'autres infractions, que ce soit en tant qu'élément constitutif ou encore, en tant que circonstance aggravante. Ce faisant, la politique criminelle de lutte contre les discriminations ne se limite nécessairement pas à l'infraction de discrimination mais bien à un ensemble de comportements discriminatoires présentant des degrés de gravité différents.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND :

175. *La dignité garantit le respect de l'homme-sujet.* En partant de cette valeur promue par le Code pénal, nous avons tenté d'en dessiner les contours en dégagant les critères qui, à notre sens, caractérisent une atteinte à la dignité humaine. Que nous soyons en présence d'atteintes portées à l'homme dans son corps et dans son esprit ou encore d'atteintes qui mettent en péril le lien d'appartenance de l'homme, chacune de ces atteintes expriment l'indifférence portée à l'égard de l'autonomie et du libre arbitre de l'homme, c'est-à-dire de ce qui fait de lui un être pensant et vivant. Assurer le respect de la dignité, c'est garantir que

quel que soit les rapports entretenus par l'homme, ils sont toujours le produit de l'homme *sujet* et non de l'homme *objet*.

176. *Le respect de l'homme-sujet justifie la prohibition de différentes formes d'asservissement et de dégradation.* La norme pénale est au service du respect de la dignité humaine. Le Code pénal retraduit les critères précédemment dégagés avec davantage de précision. La nécessité de protéger la personne contre différentes formes d'asservissement et de dégradation a permis la classification, certes incomplète, d'un certain nombre d'infractions considérées par le Code pénal comme atteintes à la dignité humaine. Parmi ces infractions, figure la discrimination qui, en s'appuyant sur les différences intrinsèques de l'homme, nie l'humanité de l'homme et constitue une forme de traitement dégradant. La discrimination retrouve, dès lors, sous l'angle de la dignité la coloration éthique qui ne transparaît pas sous celui du principe d'égalité.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER :

177. *Distinction arbitraire et rupture d'égalité.* Incontestablement, la discrimination se définit instinctivement comme une rupture d'égalité entre les hommes. Elle fait naître une différence de traitement entre deux personnes, qui au regard de la situation semblable dans laquelle elles se trouvent, devraient bénéficier d'un traitement similaire. Sous cet angle là, il n'importe pas de s'intéresser à l'état d'esprit du délinquant, il suffit de constater objectivement la distinction qui a été opérée entre deux ou plusieurs personnes. Cette conception égalitariste des discriminations va même plus loin puisqu'elle ne se contente pas d'assurer le respect d'une égalité formelle, elle invite également, par différents moyens, à instaurer une égalité là où, en principe, elle ne pourrait pas exister. Cette conception des discriminations est nécessairement la plus aboutie parce qu'elle est plus aisée à mettre en œuvre et permet de sanctionner une variété de pratiques discriminatoires, malheureusement, trop récurrentes. Mais dans cette perspective, l'égalité est davantage une règle de traitement qu'une valeur en tant que telle.

178. *Distinction arbitraire et traitement dégradant.* L'intérêt d'identifier la valeur sociale n'est donc pas tant d'exclure un principe au profit de l'autre mais bien de mesurer quelle portée va revêtir la notion de discrimination à travers ces deux principes. Le droit pénal a donc choisi de rattacher la problématique de la discrimination au respect de la dignité humaine, non pas pour rejeter la pertinence du principe d'égalité, mais parce que seule la dignité reflétait le caractère éthique de cette prohibition. L'affirmation du respect de la dignité humaine doit donc être entendue comme un point de départ nécessaire et l'égalité, comme un renfort pour la réalisation d'un respect plus juste du traitement applicable à tout homme. La cohérence et la légitimité du rattachement de l'infraction de discrimination ayant été constatée, il importe, maintenant, de s'intéresser à la transcription de cette valeur sociale sous l'angle de la sanction des discriminations.

TITRE SECOND :

LA TRANSCRIPTION DE LA VALEUR SOCIALE

179. *L'importance de mesurer la spécificité de l'approche pénale à l'égard de la transcription de la valeur sociale.* La norme pénale est l'instrument de réalisation des obligations de l'Etat. En effet, l'Etat ne supporte pas uniquement une simple obligation négative de non-discrimination, il a aussi à sa charge une véritable obligation positive de lutter contre toutes les formes de discrimination. Cette obligation positive se concrétise par l'incrimination de la discrimination, autrement dit par la transcription de la valeur sociale dans le Code pénal. Cette transcription nous intéresse directement car il ne suffit pas de constater que le Code pénal a promu une nouvelle valeur sociale pour en arriver à la conclusion que la norme pénale a adopté une approche spécifique de la notion de discrimination. Au contraire, cette dernière doit être également constatée dans la transcription de la valeur sociale.

180. *Une spécificité constatée à deux égards.* Deux éléments vont en faveur de la spécificité de cette approche pénale. En premier lieu, à l'inverse de l'approche égalitariste des discriminations, l'infraction de discrimination fait figure d'exigence éthique et morale dans une société en proie au délitement social. Si la matérialité de l'acte n'a rien de propre à l'infraction de discrimination, il n'en va pas de même de l'exigence d'une intention discriminatoire. L'infraction de discrimination ne répond donc pas à la définition usuelle de la notion de discrimination (Chapitre premier). En second lieu, l'approche pénale conduit à considérer que la notion de discrimination ne se résume pas uniquement à une infraction, elle est également un concept. Dans cette perspective, la prise en compte de l'approche pénale des discriminations permet de redéfinir le champ de la politique criminelle de lutte contre les discriminations de manière bien plus large, en englobant tous les comportements animés par un état d'esprit discriminatoire (Chapitre second).

Chapitre premier:

La prescription d'une norme de comportement : la prohibition des discriminations

181. Toute infraction est constituée d'un élément matériel et d'un élément moral. Nous avons donc pris le parti d'étudier l'approche pénale de la notion de discrimination à travers les éléments constitutifs de cette infraction. Mais il convenait aussi que l'appréhension de la notion s'effectue en considération du cadre qui la régit, à savoir la politique criminelle de lutte contre les discriminations. Le champ d'application de l'incrimination (Section 1), la place de l'intentionnalité dans l'incrimination (Section 2) mais aussi la portée de la justification de l'infraction (Section 3) nous permettront d'envisager de manière complète la portée de la prohibition des discriminations.

Section 1 - L'élément matériel de l'infraction : le champ d'application de l'incrimination

182. L'incrimination des discriminations repose sur deux articles du Code pénal : l'article 225-2, ayant vocation à sanctionner les discriminations commises par un particulier (§1) et l'article 432-7 du Code pénal, qui sanctionne, quant à lui, les comportements discriminatoires adoptés par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public (§2).

§ 1 - L'élément matériel du délit commis par un particulier

183. L'élément matériel de l'infraction de discrimination réprime des actes relatifs à la vie économique de l'individu qui, abstraction faite de tout critère discriminatoire, sont, en

temps normal, considérés comme légitimes. La définition du champ matériel des discriminations marque une importante limitation apportée à l'exercice de certains droit et pouvoir (A). Dans cette perspective, le champ matériel a bien évidemment été défini, en droit pénal, de manière restreinte et ce n'est que progressivement que d'autres dispositions légales se sont chargées de le compléter. Il en résulte, aujourd'hui, un morcellement du champ matériel des discriminations, ainsi que des difficultés dans la mise en œuvre de ces dispositions (B).

A) Une limitation à l'exercice de certains droits

184. L'infraction de discrimination sanctionne en son article 225-2 du Code pénal les discriminations commises dans le domaine de l'emploi ainsi que dans celui des biens et services. Elle constitue donc une restriction au principe de liberté contractuelle (1) ainsi qu'au pouvoir de direction dont dispose l'employeur (2).

1) La restriction de la liberté contractuelle

185. Une notion absente du droit civil. Essentiellement relative aux actes portant atteinte à la vie économique de l'individu, l'incrimination touche la matière contractuelle, ce qui nous invite à confronter cette interdiction au principe de liberté contractuelle qui régit le droit des contrats. La discrimination n'est pas une question ignorée du droit des contrats et nous la retrouvons très tôt en droit économique puisque ce dernier prévoyait un délit civil de discrimination⁵³⁰, aujourd'hui abrogé par la loi du 4 août 2008⁵³¹. Elle demeure une question centrale en matière de pratiques anticoncurrentielles⁵³² car, dans certains cas, elle peut être considérée comme un acte de concurrence déloyale. Sa sanction s'impose donc au regard de l'ordre public de direction régissant la matière, dont la finalité est d'assurer le maintien d'une concurrence loyale.

⁵³⁰ *C. de comm.*, art. L. 442-6, I, 1°.

⁵³¹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie, art. 93, JO du 05 août 2008, n° 181, p. 12471.

⁵³² Notamment quand elle est mise en œuvre dans le cadre d'une entente ou quand elle constitue un abus de position dominante (*C. de comm.*, art. L. 420-1 et L. 420-2).

Plus délicate est la transposition de cette notion de discrimination dans les contrats n'intéressant pas le droit commercial. Ainsi, si l'on se réfère au Code civil, aucun quelconque principe de non-discrimination régissant le droit des contrats n'apparaît. Seuls les articles 16-1 et suivants⁵³³ du Code civil imposent des limites en matière contractuelle quant au respect de la dignité. Mais ces dernières ne sont pas directement relatives à l'interdiction des discriminations. Quant à l'article 16-13 du Code civil qui impose une interdiction des discriminations relatives à la prise en compte des caractéristiques génétiques⁵³⁴, sa portée est trop limitée pour faire de ce texte une véritable norme sanctionnatrice des discriminations.

186. *Le conflit existant entre l'interdiction des discriminations et respect de la liberté contractuelle.* Le droit des contrats est régi, bien au contraire, par un autre principe, en apparence contradiction avec le principe de non-discrimination, qui est celui de la liberté contractuelle. Le principe de l'autonomie de la volonté emporte que chacun doit être libre de contracter ou non, tout autant que chacun doit être libre du choix de son cocontractant. Cette liberté trouve d'ailleurs toute son expression dans deux situations. Elle est, en effet, quasiment absolue dans les contrats *intuitu personae*, pour lesquels il est important que le pollicitant conserve une certaine marge de manœuvre dans le choix de son cocontractant.

On pense notamment au contrat de travail où le choix de son employé emprunte toujours une part de subjectivisme. Indépendamment de la prise en compte des compétences et des qualités professionnelles, la relation contractuelle nécessite indéniablement l'existence d'une relation de confiance, d'affinités voire d'affection⁵³⁵. Ce subjectivisme trouve, pourtant, une limite quand l'appréciation de la personne porte sur des particularités individuelles. Quand,

⁵³³ V. ainsi *C. civ.*, art. 16-1 al. 3 : « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » ; *C. civ.*, art. 16-5 : « les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles. » ; *C. civ.*, art. 16-6 : « aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci » ; *C. civ.*, art. 16-7 : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

⁵³⁴ « Nul ne peut faire l'objet de discrimination en raison de ses caractéristiques génétiques ».

⁵³⁵ RENUCCI J.-F., *L'identité du cocontractant*, RTD com. 1993, p. 441.

le pollicitant va jusqu'à rechercher certaines qualités intrinsèques et personnelles d'un individu, la démarche revêt une part d'intolérance. La question se pose alors de savoir si le droit des contrats offre des garanties juridiques en présence de tels comportements discriminatoires.

187. L'inutilité de la théorie de l'abus de droit dans les cas de discriminations.

L'élément matériel de l'infraction de discrimination prohibe le refus d'un bien ou d'un service⁵³⁶, le refus d'embauche⁵³⁷, la subordination d'un bien ou d'un service ou d'une offre d'emploi à une condition discriminatoire⁵³⁸, ainsi que l'entrave à l'exercice d'une activité économique quelconque⁵³⁹. Il envisage donc l'hypothèse du refus de contracter⁵⁴⁰ ainsi que celle de l'offre conditionnelle. Aucune de ces situations n'est, du point de vue du droit des contrats, interdite en tant que telle. Rien n'impose au pollicitant de contracter. En présence d'un tel refus, il pourrait être tentant de faire appel à la théorie de l'abus de droit. Celle-ci permet, en effet, d'engager la responsabilité civile de la personne qui, dans l'exercice d'un de ses droits, cause un dommage⁵⁴¹. Cette théorie n'est, cependant, d'aucune utilité en présence de comportements discriminatoires car on considère classiquement qu'un refus de contracter n'est pas constitutif d'un abus de droit⁵⁴². Par ailleurs, cette théorie de l'abus de droit trouve une application très limitée dans la phase précontractuelle⁵⁴³, où le pollicitant dispose du droit de rompre librement les pourparlers⁵⁴⁴, ainsi que de la liberté de ne pas

⁵³⁶ C. pén., art. 225-2, 1°.

⁵³⁷ C. pén., art. 225-2, 3°.

⁵³⁸ C. pén., art. 225-2, 4° pour l'offre conditionnelle d'un bien ou d'un service et C. pén., art. 225-2 5° pour l'offre conditionnelle d'embauche.

⁵³⁹ C. pén., art. 225-2, 2°.

⁵⁴⁰ Notons que si le refus de contracter rentre dans les prévisions de l'article 225-2-2° du Code pénal relatif à l'entrave à l'exercice d'une activité économique quelconque, l'entrave peut prendre d'autres formes. Elle peut consister également en un dénigrement ou dans l'exercice de pressions à l'égard d'autres contractants.

⁵⁴¹ MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, Tome 2, Vol. 1 : Obligations-Théorie générale, 9^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 1998, p. 476. Notons que cette définition n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Ainsi, pour certains, la théorie de l'abus de droit et la théorie de la responsabilité ne jouent pas le même rôle car la première aboutit à des conséquences juridiques différentes de celles induites par la responsabilité civile : v. KARIMI A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Thèse Strasbourg, Paris : L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 2001, p. 43-45.

⁵⁴² Cass. req., 24 nov. 1924 : S. 1925, I, p. 217, note BRETHER de la GRESSAYE J., Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-20.064, Bull. civ 1994, IV, n° 258, p. 204.

⁵⁴³ CADIET L. et TOURNEAU P., *Abus de droit* in Rép. civ. Dalloz., 2008, p. 19.

⁵⁴⁴ Il subsiste toujours la réserve de l'obligation de loyauté qui permettra d'engager la responsabilité délictuelle de son auteur. Pour certain, le devoir de loyauté, particulièrement en matière de négociation commerciale,

contracter.

Qu'en est-il alors de l'offre conditionnelle ? L'offre conditionnelle n'est pas à proprement parler un refus de contracter, ni un refus de vente. Elle exprime, au contraire, un consentement, dont la validité est subordonnée au respect des conditions imposées par le pollicitant. Il peut très bien s'agir d'une offre, au sens juridique du terme,⁵⁴⁵ ou de simples pourparlers. La sanction de telles offres conditionnelles ne trouve pas encore suffisamment de pertinence dans la théorie de l'abus de droit. Il est vrai que la jurisprudence considère qu'imposer une garantie excessive est un abus de contracter⁵⁴⁶, mais rien ne nous permet de transposer cette solution aux offres discriminatoires. L'application de la théorie de l'abus de droit est donc encore trop limitée pour aboutir à elle seule à la sanction de tels comportements. Nous pouvons penser que la jurisprudence civile qui s'attache, de plus en plus, à faire respecter un minimum de principes supérieurs tel que la justice, la recherche d'utilité voire la fraternité⁵⁴⁷ interviendra en la matière. Mais à l'aune de l'instauration de la prohibition des discriminations, les mécanismes civils étaient insuffisants pour apporter à eux seuls des restrictions à la liberté contractuelle.

188. La norme pénale face à la nécessité d'encadrer la liberté contractuelle. Il était donc nécessaire de concilier ce principe de liberté contractuelle, *l'intuitu personae* propre à certains contrats et les éventuelles applications abusives de cette liberté. C'est la raison pour laquelle cette liberté fait l'objet de divers encadrements, nous en retiendrons particulièrement deux qui intéressent directement notre sujet. En premier lieu, si le refus de contracter n'est

inclut un devoir de non-discrimination qui tend à émerger dans le droit commun de la conduite des négociations : MOUSSERON P., *Conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD com. 1998, p. 243.

⁵⁴⁵ Doit être considérée comme une offre, « une proposition ferme de conclure, à des conditions déterminées, un contrat de telle sorte que son acceptation suffit à la formation de celui-ci ». TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil-Les obligations*, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz – Série droit privé, 2009, p. 116. Il va de soi que l'offre d'emploi imposant une condition de nationalité entre bien dans la qualification d'offre discriminatoire au sens de l'article 225-2 du Code pénal. Elle n'en reste pas moins, du point de vue du droit des contrats, une simple invitation à négocier. En effet, il ne suffit pas, pour être embauché, de remplir les conditions imposées par l'offre.

⁵⁴⁶ Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, Bull.civ. 1997, IV, n° 188, p. 165.

⁵⁴⁷ THIBIERGE-GUELFUCCI C., *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997, p. 357.

pas un abus, certaines de ses formes peuvent être sanctionnées par la loi pénale⁵⁴⁸. Tel est le cas du refus de vente qui est prohibé, depuis bien longtemps, à l'égard des consommateurs par l'art. L.122-1 du Code de la consommation⁵⁴⁹. Ensuite, si le contractant conserve toute liberté de choix de son co-contractant, *a fortiori* dans les contrats *intuitu personae*, il ne dispose pas non plus de toute latitude. C'est ainsi que le choix de son co-contractant en fonction, par exemple, de son origine ethnique, de sa religion ou encore de sa situation de famille, correspond peu à la finalité du contrat. Dans cette perspective, il n'est pas étonnant qu'il revienne au droit pénal d'élaborer un principe de non-discrimination ayant vocation à encadrer cette liberté contractuelle. Cet encadrement présente encore plus de difficultés dans le domaine de l'emploi, où cette liberté contractuelle est renforcée par le pouvoir de direction de l'employeur.

2) L'encadrement du pouvoir de direction de l'employeur

189. Le recul de la notion d'intérêt de l'entreprise au service de la sanction des discriminations. Si nous nous sommes efforcés d'apporter un minimum de moralité dans la relation contractuelle, quoi de plus naturel que de ne pas omettre le domaine où l'inégalité règne en maître, à savoir celui de l'emploi. Inévitablement, les situations discriminatoires ne se limitent plus seulement à la phase précontractuelle, elles couvrent également toute la période contractuelle. La prohibition des discriminations, en plus d'être une limite à la liberté contractuelle de l'employeur, s'intéresse également aux pouvoirs patronaux, même quand ces derniers n'ont aucune dimension contractuelle⁵⁵⁰. Parmi ces pouvoirs patronaux, figurent notamment le pouvoir de direction, en vertu duquel l'employeur est « le seul juge de l'organisation du travail, de l'aptitude des salariés, bref de l'intérêt de l'entreprise dont il est le propriétaire »⁵⁵¹ ainsi que le pouvoir disciplinaire, visant au prononcé de sanctions à l'encontre de salariés fautifs. L'idée que l'entreprise est une entité qui dispose d'un intérêt propre, c'est-à-dire d'un intérêt qui se veut distinct des intérêts individuels des membres qui

⁵⁴⁸ COURTIEU G., *Droit à réparation - Abus de droits et abus de pouvoirs*, J.-Cl. Resp. civ. et ass., Fasc. 131-20, 2005, p. 11.

⁵⁴⁹ Il l'était aussi à l'égard des professionnels mais cette référence a, par la suite, été supprimée.

⁵⁵⁰ V. pour la frontière existante entre le contrat de travail et les pouvoirs patronaux : JEAMMAUD A., le FRIANT M., LYON-CAEN A., *L'ordonnancement des relations du travail*, D. 1998, p. 359.

⁵⁵¹ SAINT-JOURS Y., *La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau*, D. 1990, p. 113.

la composent, a longtemps prévalu en droit social.

Cette théorie avait pour conséquence première de s'opposer à ce que le juge substitue sa propre appréciation à celle d'un employeur qui pouvait être seul garant de la sauvegarde de cet intérêt⁵⁵². En tant que juge de l'opportunité des décisions à prendre, seules les hypothèses flagrantes de détournement de pouvoir rendaient admissibles la sanction de l'employeur⁵⁵³. Instaurer un contrôle du juge et limiter d'une certaine manière le pouvoir de l'employeur contre d'éventuels abus supposait, comme le soutient un auteur, d'opposer à « cet intérêt de l'entreprise un intérêt suffisamment digne pour leur imposer la recherche d'une solution médiane »⁵⁵⁴. La reconnaissance constante de droits et libertés de la personne, tels que la liberté d'expression⁵⁵⁵, le respect de la vie privée du salarié⁵⁵⁶ ou sa liberté religieuse, constitua un frein majeur dans l'exercice sans limite des pouvoirs de direction et de sanction à disposition de l'employeur. Tout en restant libre d'utiliser son pouvoir de direction à des fins qui lui paraissent légitimes, l'employeur se vit donc progressivement astreint au respect d'une certaine proportionnalité qui permettrait quant à elle la survie des droits et libertés du salarié⁵⁵⁷.

190. L'interdiction des discriminations face au pouvoir de direction de l'employeur, un frein relatif. L'interdiction des discriminations répond, d'une certaine manière, à cette recherche d'équilibre entre pouvoir de l'employeur et droit du salarié et bien qu'interdiction rime souvent à tort avec absolu, sa relativité mérite d'être soulignée. C'est dire que la prohibition des discriminations est souvent maladroitement comprise comme une véritable

⁵⁵² V. sur cette théorie et ses conséquences : CORNESSE I.: *La proportionnalité en droit du travail*, Thèse Montpellier, Paris : Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2001, p. 45 et s.

⁵⁵³ Ainsi selon la formule consacrée en jurisprudence : « sauf détournement de pouvoir, l'employeur est juge de l'opportunité des mesures à prendre pour la bonne marche de celle-ci » : Cass. soc., 28 mars 1979, n° 78-40.295, Bull. civ. 1979, V, n° 280 – Cass. soc., 22 juin 1978, n° 77-40.993, Bull. civ. 1978, n° 508, p. 382

⁵⁵⁴ CORNESSE I., *loc. cit.*, p. 60.

⁵⁵⁵ Seul l'exercice abusif de la liberté d'expression peut être sanctionné par l'employeur. Tel n'est pas le cas de propos dénonçant un harcèlement subi par le salarié : Cass. soc., 4 juill. 2007, n° 06-41.071.

⁵⁵⁶ C'est ainsi qu'il est classiquement admis que s'il existe un trouble causé par le comportement du salarié et relevant de sa vie privée, l'employeur ne peut recourir qu'à son pouvoir de direction pour mettre fin au trouble et non à son pouvoir de sanction : Cass. soc., 16 déc. 1997, n° 95-41.326, Bull. civ. 1997, V, n° 441, p. 315 ; D. 1998 IR, p. 42.

⁵⁵⁷ V. pour une évaluation des intérêts en présence : ESCANDE-VARNIOL M.-C., *La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise*, RJS 2000, n° 4, p. 260.

restriction du pouvoir de direction de l'employeur. A s'en tenir aux nombreuses dispositions régissant la matière, il est vrai que l'entorse peut paraître importante : l'infraction de discrimination, prévue par les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal⁵⁵⁸, prohibe le refus d'embauche, la sanction, le licenciement discriminatoire du salarié, ainsi que le recours à des offres d'embauche discriminatoires. Cette infraction intervient donc uniquement s'agissant des décisions les plus importantes de l'employeur sur les trois temps de la vie d'un salarié, qu'il importe de protéger contre les éventuels abus de pouvoir de l'employeur. Conjointement, la législation sociale sanctionne toutes les étapes de la vie professionnelle du salarié à travers son article L. 122-45 du Code du travail⁵⁵⁹, devenu L. 1132-1 du Code du travail.

Pour autant, l'interdiction des discriminations n'échappe pas non plus à cette exigence de proportionnalité qui anime le droit du travail. La discrimination est interdite aussi longtemps que l'employeur ne démontre pas que l'intérêt de l'entreprise prime sur le droit ou la liberté du salarié en cause. C'est ainsi, par exemple, que l'interdiction de la discrimination succombe nécessairement au constat que certaines exigences professionnelles peuvent être déterminantes pour le bon fonctionnement de l'entreprise. Le critère discriminatoire est alors écarté en présence d'une exigence professionnelle déterminante que l'employeur est en mesure de justifier objectivement et raisonnablement⁵⁶⁰. De même, cette notion d'intérêt de l'entreprise prime sur l'interdiction des discriminations quand le bon fonctionnement de l'entreprise est mis en péril par le comportement du salarié⁵⁶¹. C'est le cas par exemple,

⁵⁵⁸ V. art. 416 et 416-1 de l'ancien Code pénal.

⁵⁵⁹ Chronologiquement, les premières manifestations du droit à la non-discrimination ont essentiellement concerné les syndicats, dont le statut de représentants des droits du salarié justifiait que leur mise à l'écart ne puisse être trop facilement effectuée. Il en résulte aujourd'hui la subsistance d'une incrimination spéciale de discrimination syndicale, créée en 1956. Puis, ce sera sous l'influence du droit communautaire que sera expressément prohibée la discrimination commise à raison du sexe ou de la situation de famille. Il s'agit du deuxième et dernier critère discriminatoire pour lequel il existe également une incrimination spéciale de discrimination sexuelle, issue de la loi du 13 juill. 1983 mettant en œuvre la directive européenne du 9 févr. 1976 sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. V. à ce sujet, annexe n° 3, v. également *infra* n° 192.

⁵⁶⁰ Ainsi, le critère discriminatoire est admis dans des cas de discrimination indirecte s'il est « objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés » : Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, article 1^{er}.

⁵⁶¹ C'est ainsi qu'il a été jugé que l'employeur peut, dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires et dans l'intérêt de l'entreprise, sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute : Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42.270, Bull. civ. 1991, V, n° 236, p. 144.

quand l'employeur est confronté à l'absence répétitive d'un salarié pour raisons de santé ; la mise en péril du bon fonctionnement de l'entreprise peut justifier son licenciement⁵⁶².

A l'inverse, l'exigence de proportionnalité peut être également une mesure au service de la lutte contre les discriminations. L'article L. 1121-1 du Code du travail⁵⁶³ autorise expressément le juge à porter une appréciation sur la proportionnalité de toute décision visant à restreindre les droits et libertés du salarié. Cet article se distingue des dispositions régissant la discrimination puisqu'il ne traite que des restrictions apportées aux droits et libertés du salarié. Or, la discrimination n'est pas à proprement parler une restriction mais une négation du droit à l'égalité des salariés. La frontière n'est cependant pas toujours étanche. Ainsi, en matière de liberté religieuse, nous admettons que le licenciement d'une salariée refusant de ne pas manifester ses convictions religieuses est discriminatoire ; le fait que la salariée ait été affectée à un nouveau poste pour lequel elle était directement en contact avec la clientèle ne fait pas apparaître l'intérêt de l'entreprise justifiant l'adoption d'une telle mesure⁵⁶⁴.

De même, l'interdiction des discriminations justifie le contrôle de certaines décisions qui, bien que n'étant pas juridiquement discriminatoires, sont susceptibles de produire un effet nuisible à tendance discriminatoire. Par exemple, l'exigence de proportionnalité, tirée de l'article L. 1121-1 du Code du travail, permet d'apprécier la légitimité des techniques de recrutement utilisées pour l'embauche du salarié puisque celles-ci doivent être justifiées au regard de la tâche pour laquelle le salarié va être recruté⁵⁶⁵. Dans cette perspective, l'exigence de proportionnalité interviendrait en complément de la prohibition de la discrimination.

⁵⁶² Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40110.

⁵⁶³ « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché », ancien *C. trav.*, art. L. 120-2.

⁵⁶⁴ Mais la solution se justifie notamment à l'égard du fait que lors de son embauche et pendant les mois suivants celle-ci, la salariée avait été autorisée à manifester ses convictions religieuses : CA Paris, 19 juin 2003, SSL 2004, n° 1156. A l'inverse, la solution est différente quand l'employeur s'est contenté, dès l'embauche, d'autoriser le port d'un bonnet discret, le refus de la salariée de se plier à de telles directives justifie son licenciement : CA Paris, 16 mars 2001, JCP E 2001, p. 1339, note PUIGELIER C.

⁵⁶⁵ BERNARD-MENORET R. et FRAISSINIER-AMIOT V., *Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail*, LPA 2009, n° 46, p. 102.

191. Rendre admissibles des restrictions apportées tant à la liberté contractuelle, qu'au pouvoir de direction de l'employeur dans la gestion de son entreprise donne une portée certaine à la prohibition des discriminations. L'évolution que cela entraîne est considérable car comme le note Monsieur le Professeur LYON-CAEN « hors de toute infraction pénale, il semble d'une grande difficulté, non pas tant de faire pénétrer comme on le dit, les libertés publiques dans les rapports privés, mais d'imaginer le "transformateur" qui opérera la mutation d'une liberté contre l'Etat en liberté contre un pouvoir privé »⁵⁶⁶. Loin de se satisfaire des seules dispositions pénales existantes en la matière, la législation s'est considérablement enrichie de mesures qui vont permettre de sanctionner bon nombre de pratiques discriminatoires et qui vont conduire au morcellement du champ matériel de l'infraction de discrimination.

B) Le morcellement du champ matériel de l'infraction de discrimination

192. ***Le champ matériel des discriminations : une surenchère de dispositions légales.*** La matérialité de la notion de discrimination est l'élément central autour duquel la politique criminelle des discriminations a été construite. Chaque élément matériel peut être protégé par une ou plusieurs dispositions légales qui mettront en œuvre des voies d'action différentes⁵⁶⁷. Limité à la sanction des atteintes portées à l'encontre de la vie économique et sociale de l'individu, l'article 225-2 du Code pénal prohibe tant le refus d'embauche, le refus d'une demande de stage, la sanction, le licenciement ou la subordination d'une offre d'embauche à une condition discriminatoire, que le refus d'un bien ou d'un service ou sa subordination à une condition discriminatoire. La sanction de l'entrave à l'exercice économique d'une activité quelconque permet également de condamner certaines pratiques discriminatoires effectuées en dehors de l'existence de tout lien de subordination.

Ces dispositions pénales sont complétées par l'existence de deux infractions spéciales de discrimination sanctionnées, quant à elles, par le Code du travail. Ainsi, ont été créés des

⁵⁶⁶ LYON-CAEN G., *Les libertés publiques et l'emploi*, Paris : La Documentation française, Collection des rapports officiels, Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation, 1992, p. 153, n° 165.

⁵⁶⁷ V. pour une présentation exhaustive, l'annexe n° 3.

infractions de discrimination syndicale et sexuelle⁵⁶⁸, dont le champ matériel est défini presque aussi largement⁵⁶⁹ que celui prévu au titre de l'article 1132-1 du Code du travail⁵⁷⁰. Autrement dit, ces infractions peuvent être sanctionnées quelle que soit l'étape de la vie professionnelle du salarié au courant de laquelle celui-ci peut faire l'objet d'une discrimination. Mais contrairement aux dispositions pénales régissant l'infraction de discrimination commise par les dépositaires de l'autorité publique⁵⁷¹, celles applicables aux discriminations commises par un particulier ne souffrent pas de l'étroitesse de leur définition. En réalité, c'est davantage l'éclatement que subi ce champ matériel dans la politique criminelle qui est problématique, tant au niveau de la cohérence de ce dispositif d'ensemble, que de sa mise en œuvre. Pour l'essentiel, la construction du dispositif de lutte contre les discriminations répond à deux tendances.

193. Des dispositions éparses qui n'offrent pas de protection générale. La première porte sur l'absence de mesures légales assurant une protection générale contre les discriminations. Seules les dispositions des articles 225-1 et 2 du Code pénal et L. 1132-1 du Code du travail offrent le champ de protection le plus large en matière de discrimination. Les autres dispositions existantes ne proposent qu'une protection relative. Ainsi, la loi le Pors ne porte que sur certaines étapes de la vie professionnelle du fonctionnaire⁵⁷², tout comme les dispositions de la loi n°89-462 du 6 juill. 1989⁵⁷³ qui ne sanctionnent que les discriminations consistant en un refus de location, ou encore celles de l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique relatives au refus de soin.

⁵⁶⁸ V. *C. trav.*, L. 2141-5 pour la discrimination syndicale et L. 1142-1 pour la discrimination sexuelle.

⁵⁶⁹ Ainsi, pour la discrimination syndicale, cela couvre toutes les décisions prises par l'employeur en matière, notamment, de recrutement, de conduite et de répartition de travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail. L'adverbe « notamment » laisse supposer que d'autres formes de discrimination, non énumérées, peuvent être sanctionnées. Le champ matériel de la discrimination sexuelle est, quant à lui, tout aussi large mais il est plus ciblé sur l'avancement de carrière du salarié. Ainsi, peuvent être notamment sanctionnées, toutes mesures prises en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation. La sanction du refus d'embauche, de la mutation, de la résiliation ou du refus du renouvellement du contrat de travail est également prévue.

⁵⁷⁰ V. pour une présentation : COEURET A., *Discriminations sur le lieu du travail*, Cah. dr. entr. 2006, n° 1, p. 65.

⁵⁷¹ V. *infra* n° 207 et s.

⁵⁷² Loi n° 83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 6, modifié par la loi n° 2009-972 du 3 août 2009, art. 27, JO du 27 juill. 2005.

⁵⁷³ Loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 13 déc. 1986, art. 1^{er}, modifié par la loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002, art. 158, JO du 18 janv. 2002.

Nous pouvons observer également que certaines dispositions législatives ne reprennent pas l'intégralité des motifs énumérés par le Code pénal, alors même que l'énumération des critères discriminatoires, figurant à l'article 225-1 du Code pénal, constitue la référence en la matière. Ceci n'est pas la conséquence du fait que la protection de certains critères a été jugée inopportune dans les domaines concernés, mais davantage que la construction fragmentaire de la politique criminelle n'a pas toujours permis d'harmoniser l'ensemble de ces dispositions. Ainsi, la loi de modernisation sociale⁵⁷⁴ ne tient pas compte du critère de l'état de grossesse dans l'accès au logement car ce critère est seulement apparu à l'article 225-1 du Code pénal en 2006⁵⁷⁵. Des remarques similaires peuvent être faites s'agissant de la loi Le Pors⁵⁷⁶. Il serait souhaitable que les dispositions actuelles ou les dispositions futures - à l'exception des dispositions spéciales - utilisent comme référence l'article 225-1 du Code pénal, qui offre le champ de protection le plus complet.

194. Des dispositions qui favorisent la hiérarchisation des atteintes discriminatoires.

Nous en venons ainsi à la seconde tendance à travers laquelle s'est construite la politique criminelle de lutte contre les discriminations. Ainsi, non seulement le champ matériel est plus ou moins large selon le domaine en question mais en plus, celui-ci est susceptible de varier selon le critère en question. En effet, en analysant individuellement ces dispositions, il apparaît que, selon le domaine en question, le degré de protection est plus ou moins large et il en va ainsi quand seuls certains critères discriminatoires sont visés. Nous pouvons citer, à cet effet, la loi du 27 mai 2008 qui transpose les différentes directives européennes prises en la matière. La définition de la discrimination, que propose cette loi, a certes une portée matérielle très large, mais celle-ci varie considérablement selon le critère en question⁵⁷⁷. Ainsi, seul le critère de la race bénéficie d'une protection quel que soit le domaine en question, à savoir en matière d'emploi, de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux,

⁵⁷⁴ Loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002, *préc.*

⁵⁷⁵ Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JO du 24 mars 2006, n° 71, p. 4440. Cette situation n'est pourtant que théorique : le juge civil n'étant pas soumis au principe d'interprétation stricte, il rattacherait aisément cette discrimination au critère de la situation de famille.

⁵⁷⁶ Loi n° 83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JO du 14 juill. 1983.

⁵⁷⁷ V. annexe n° 3.

d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services⁵⁷⁸. De même, les infractions spéciales de discrimination syndicale ou sexuelle constituent un autre exemple particulièrement probant de cette variabilité du champ matériel de prohibition des discriminations.

Ces constats ne sont pas sans conséquences. Pour certains, cette disparité est contestable car elle laisse entendre qu'il existerait des décisions discriminatoires plus graves que d'autres⁵⁷⁹, autrement dit, que certains critères mériteraient d'être plus protégés que d'autres. Et pourtant, alors même que certains faits matériels se retrouvent tant au niveau de l'article 225-1 du Code pénal que de celui des articles L. 2141-5 ou L. 1142-1 du Code du travail, les sanctions pénales ne sont pas les mêmes. Ainsi, les infractions spéciales de discrimination syndicale et sexuelle encourent une moindre peine : au lieu de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, nous passons à un an d'emprisonnement et/ou 3750 euros d'amende. Il en résulte *de facto* des difficultés de mise en œuvre de ces dispositions car se pose, en effet, la question du fondement sur lequel il est possible de sanctionner la discrimination qui répondrait aux définitions de ses deux articles. En tout état de cause, selon certains, il faudrait faire application de l'adage *specialia generalibus derogant* et ne retenir que l'infraction spéciale, alors même que celle-ci prévoit des peines plus faibles⁵⁸⁰.

195. En conséquence, la spécificité de l'approche pénale ne résulte pas de la définition du champ matériel de protection des discriminations, celui-ci étant largement partagé ou repris par d'autres dispositions légales. Il est vrai que de prime abord la politique criminelle de lutte contre les discriminations offre même des perspectives beaucoup plus larges de protection contre les discriminations que celles prévues par le Code pénal, mais ce constat ne vaut que si nous adoptions une approche quantitative. En approfondissant la question, nous arrivons, au contraire à la conclusion qu'un champ matériel aussi complexe ne peut raisonnablement pas permettre d'assurer une mise en œuvre efficiente de ces dispositions. Ceci ne vaut pas néanmoins, en présence de discriminations commises par un dépositaire de

⁵⁷⁸ Loi du 27 mai 2008, art. 1^{er} et 2.

⁵⁷⁹ COEURET A., Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations in *Les droits et le Droit*, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Paris : Dalloz, 2007, p. 207.

⁵⁸⁰ CONTE Ph., *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 260, n° 448.

l'autorité publique où seule la norme pénale est intervenue afin d'offrir une protection contre les discriminations qui dépassent le strict rapport du particulier au particulier.

§ 2 - L'élément matériel du délit commis par une personne exerçant une fonction publique

196. Alors qu'il aurait été possible de regrouper au sein d'une même section l'ensemble des incriminations relatives à la discrimination, le législateur a fait le choix de sanctionner celles commises par les personnes publiques dans un chapitre consacré aux atteintes à l'administration publique. Cette incrimination supplémentaire, qui figure à l'article 432-7 du Code pénal⁵⁸¹, rend compte de la particularité de certains actes discriminatoires commis par ces personnes publiques (A). Si elle s'avère donc légitime, elle n'est parallèlement pas exempte de critiques. En effet, le contentieux des discriminations fait apparaître le caractère inefficace de cette incrimination eu égard à la réalité des discriminations commises par ces personnes publiques (B).

A) La particularité des discriminations commises par la personne publique

197. Cette particularité s'exprime déjà par le choix opéré par le législateur de qualifier la discrimination commise par une personne publique en tant qu'atteinte à l'administration publique et non comme atteinte à la dignité humaine (1). Elle se caractérise également par le fait qu'il s'agit d'un domaine pour lequel les discriminations peuvent être récurrentes (2).

1) Une atteinte à l'administration publique

198. **Définition de la discrimination.** Aux termes de l'article 432-7 du Code pénal : « La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de

⁵⁸¹ Il succède aux articles 187-1 et 187-2 de l'ancien Code pénal.

service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. »

Nemo censetur ignorare legem cet adage vaut *a fortiori* s'agissant de personnes qui, de par leurs fonctions, connaissent ou appliquent régulièrement les textes législatifs et réglementaires. Ainsi, si l'infraction de discrimination commise par des particuliers est grave, celle perpétrée par des personnes exerçant une fonction publique l'est davantage. Ceci s'explique notamment par le fait que la liberté ou le pouvoir dont elles disposent, ne lui reviennent pas légitimement, comme c'est le cas pour employeur ; il s'agit uniquement de pouvoirs qui leur sont confiés. Le législateur n'a pas été insensible à la gravité de tels actes, et c'est la raison pour laquelle il a souhaité les sanctionner par le biais d'une seconde incrimination⁵⁸². Comment cette différence de gravité se justifie-telle ? A s'en tenir à l'exégèse du texte, la discrimination commise par une personne dépositaire de l'autorité publique constitue une atteinte à l'administration publique. Le renvoi opéré par cet article à l'article 225-1 du Code pénal nous amène à considérer qu'elle est nécessairement et également une atteinte à la dignité humaine.

199. La justification du recours à une incrimination spécifique applicable aux personnes publiques. Cette solution, qui consiste à scinder l'incrimination des comportements discriminatoires en deux textes situés dans deux chapitres différents, peut paraître étonnante. Au regard de l'article 432-7 du Code pénal, la discrimination est d'abord une atteinte à l'administration publique. Pour comprendre ce choix, il convient de s'abstraire quelque peu du domaine pénal. Les atteintes à l'administration publique⁵⁸³ sanctionnent deux types de comportements commis à l'encontre de l'administration, à savoir ceux des particuliers et ceux des personnes dépositaires de l'autorité publique. La raison qui justifie la

⁵⁸² Les débats parlementaires précédant l'adoption de la loi de 1972, dite Loi Pleven, ne sont pas très explicites à ce sujet.

⁵⁸³ Livre IV.

répression de certains actes commis par ces dernières n'est pas liée à leur qualité de fonctionnaire, mais uniquement à la fonction ou à la mission d'intérêt général que les dépositaires de l'autorité publique exercent⁵⁸⁴. Dans cette perspective, l'intérêt porté à l'égard de cet auteur se légitime par le fait qu'il est justement l'incarnation de cette fonction publique que l'on tend à protéger. Au regard de l'administration, la discrimination s'apparente à un abus d'autorité puisque le titulaire utilise ses prérogatives à des fins autres que celles pour lesquelles elles lui sont conférées.

Indépendamment de la qualité de l'auteur, la répression de la discrimination dans le domaine administratif se justifie à un second égard. Ainsi, l'agent administratif qui discrimine méconnaît l'obligation d'impartialité à laquelle il est tenu. Or, cette obligation, que nous retrouvons de manière générale dans l'exercice des fonctions administratives, assure l'objectivité de l'action administrative. Aussi, quand l'agent dispose d'un pouvoir décisionnaire, celui-ci ne l'autorise pas à avantager ou désavantager telle ou telle personne. Ce pouvoir décisionnaire est donc particulièrement encadré et la censure de la partialité du choix de l'agent administratif s'effectue par le biais du détournement de pouvoir ou par le contrôle de motifs de l'acte⁵⁸⁵. De telles considérations ont largement influencé la portée de l'incrimination pénale. Ainsi, si l'élément matériel de l'infraction est plus restreint, aucune cause de justification du comportement n'a été prévue en la matière. De même, s'agissant de la sanction, si l'article 225-2 du Code pénal prévoit trois d'ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, l'article 432-7 du même code prévoit, quant à lui, 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

200. Une responsabilité pénale néanmoins strictement encadrée. Afin de protéger au mieux l'exercice de l'activité administrative, la responsabilité pénale des personnes publiques est généralement entrevue de manière assez large. Détachées de tout critère fonctionnel, les incriminations concernent tant les personnes dépositaires de l'autorité

⁵⁸⁴ WAGNER M., *Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance*, RSC 2011, p. 37.

⁵⁸⁵ DEGOFFE M., *L'impartialité de la décision administrative*, RFDA 1998, p. 711.

publique que les personnes chargées d'une mission de service public⁵⁸⁶ ou enfin, celles qui sont titulaires d'un mandat électif public. En matière de discrimination, il existe néanmoins un certain nombre de restrictions.

Il en va ainsi, tout d'abord, du dépositaire de l'autorité publique, qui se définit comme la personne disposant d'un « pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, prérogatives dont elle use dans l'exercice des fonctions, permanentes ou temporaires, dont elle est investie par la délégation de la puissance publique »⁵⁸⁷. Traditionnellement la doctrine estime que ne peut être considérée comme un dépositaire de l'autorité publique, la personne titulaire d'un mandat électif public⁵⁸⁸. Comme le souligne Monsieur le Professeur DREYER, quand le législateur entend autoriser la poursuite des titulaires d'un mandat électif public, il s'y réfère directement dans le texte d'incrimination⁵⁸⁹. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale justifie donc d'exclure ces titulaires des personnes pénalement responsables du chef de discrimination.

De même, s'agissant des personnes chargées d'une mission de service public, l'incrimination requiert que la discrimination soit commise par une personne *dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions*. Aussi, puisque l'incrimination de la discrimination ne porte que sur le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi ou sur l'entrave à l'exercice d'une activité économique, encore faut-il que la personne chargée d'une mission de service public dispose d'un tel pouvoir⁵⁹⁰. Ne seront alors concernées par l'article 432-7 du Code pénal,

⁵⁸⁶ Selon la définition proposée par la doctrine, la personne chargée d'une mission de service public est celle « qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de commandement découlant de l'autorité publique, est chargée d'accomplir des actes ou d'exercer une fonction dont la finalité est de satisfaire à un intérêt général. Elle n'est investie d'aucun pouvoir d'autorité à la différence de la personne dépositaire de l'autorité publique», DELBOS V. et SENECHAL M., v° *Outrages* in Rép. pén. Dalloz, oct. 2004, n° 9.

⁵⁸⁷ DESPORTES F., v° *Discriminations par des personnes exerçant une fonction publique* in J- Cl. Pén., Fasc. 20, Art. 432-7, nov. 2004, n° 26.

⁵⁸⁸ SALOMON R., *La rigueur du droit pénal et la probité publique*, Dr. pén. 2012, n° 1, étude 2. V. également DREYER E., note sous Cass. crim., 1er sept. 2010, n° 10-80.584, JCP G 2010, n° 49, 1208.

⁵⁸⁹ *Ibid.* C'est le cas notamment en cas de prise illégale d'intérêts, infraction prévue par l'article 432-12 du code pénal.

⁵⁹⁰ Ainsi, doit être relaxé du chef de discrimination le directeur d'une agence ANPE, parce que ce dernier n'était investi d'aucune parcelle d'autorité publique même s'il exerce une mission de service public : Cass. crim., 2 févr. 1993, n° 91-80.368.

que les personnes disposant d'un réel pouvoir de décision⁵⁹¹.

201. *L'existence de nombreuses voies d'action en cas de constat d'une discrimination.*

Si le champ des personnes poursuivies est limité, il n'en va pas de même des voies d'action utilisables en cas d'infraction commise par une personne publique. L'existence d'une discrimination emporte, tout d'abord, des conséquences du point de vue de l'acte. Celui-ci pourra faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir, sur le moyen de légalité interne du détournement de pouvoir, aboutissant à son annulation totale ou partielle.

Ensuite, en ce qui concerne l'agent, la poursuite de son comportement sera possible tant au regard du droit pénal, au titre de l'infraction de discrimination, qu'au regard du droit disciplinaire. En effet, si l'action pénale vise à protéger les intérêts de la société, le droit disciplinaire a vocation à protéger les intérêts de la profession concernée. Ainsi, en supposant que le dépositaire de l'autorité publique soit poursuivi au niveau disciplinaire, l'appréciation portée par le juge pénal aura différentes subsumptions.

D'une part, quand la poursuite disciplinaire est elle-même fondée sur l'infraction pour laquelle le dépositaire est poursuivi, l'autorité disciplinaire est amenée à sursoir à statuer dans l'attente du jugement au pénal.

D'autre part, même si cette poursuite disciplinaire n'est pas directement fondée sur une qualification pénale des faits, mais strictement disciplinaire, il n'en demeure pas moins que l'autorité n'a pas la possibilité de contester la matérialité des faits tels qu'ils sont envisagés par le juge pénal⁵⁹². Ainsi, si elle n'est pas liée par la qualification juridique des faits, elle ne peut néanmoins en contester la reconnaissance de la matérialité des faits. Cette voie demeure ouverte quand l'action publique est éteinte ou n'a pas été engagée. A défaut d'action pénale ou civile, la victime conserve, ainsi, la possibilité de requérir le prononcé d'une sanction disciplinaire en portant plainte auprès du Conseil départemental de l'ordre auquel dépend la personne mise en cause.

⁵⁹¹ DESPORTES F., *fasc. 20, loc. cit.*, n° 34.

⁵⁹² V. sur les rapports existants entre le droit disciplinaire et le droit pénal : PRALUS-DUPUY J., *La répression disciplinaire de l'infraction pénale*, RSC 1992, p. 229.

Enfin, l'infraction pénale commise par la personne publique donne droit à une action en réparation au profit de la victime. S'il est traditionnellement courant que la faute commise par l'agent, particulièrement s'agissant d'une infraction volontaire, soit considérée comme une faute détachable de ses fonctions⁵⁹³, il n'en va pas toujours ainsi de la discrimination. Ainsi, il a été jugé que la discrimination commise par un agent de l'ANPE est bien une faute commise à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et donc susceptible d'engager la responsabilité de l'administration⁵⁹⁴.

2) Des pratiques discriminatoires récurrentes

202. L'administration : un cadre a priori peu propice à l'émergence de discriminations. En notant qu'« il serait abusif de présenter la fonction publique comme un haut lieu des discriminations : sa philosophie, sa structure et ses modes de régulation s'y opposent », Madame FITTE-DUVAL esquissait certainement une réalité assez juste du fonctionnement de l'administration⁵⁹⁵. La faiblesse du contentieux répressif rendu en la matière ne lui donnera pas tort. Il est sans doute plus récurrent de constater des phénomènes discriminatoires commis au sein de la fonction publique, c'est-à-dire au niveau de la gestion des ressources humaines, plutôt qu'à l'égard de l'usager. Ce propos mérite néanmoins d'être nuancé. En effet, toute la contradiction de la sanction des discriminations commises par des personnes publiques, repose sur le fait que celles qui les commettent de façon récurrente sont justement celles que les juges ne devraient *a priori* pas être en mesure de poursuivre. Autrement dit, en grande partie, les discriminations sont commises par les titulaires de mandat électif locaux, nous faisons référence particulièrement au maire ou à son conseil municipal.

203. Récurrence des pratiques discriminatoires commises par les élus locaux. En dépit du fait que les juges ne prennent pas fait et cause pour le vide juridique relatif à la responsabilité pénale des élus locaux et n'hésitent pas à les condamner en présence de

⁵⁹³ Y compris pour certains auteurs en ce qui concerne l'infraction de discrimination : VIRET J., *La responsabilité de l'administration et de ses agents à l'épreuve du droit contemporain*, AJDA 1995, p. 763.

⁵⁹⁴ Cass. crim., 30 sept. 2008, n° 07-87.734, Bull. crim. 2008, n° 199, RDT 2009. p. 109.

⁵⁹⁵ FITTE-DUVAL A., *Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale*, AJFP 2003, n°1, p. 6.

pratiques discriminatoires, cette situation n'est pas satisfaisante à plusieurs égards.

Elle ne l'est pas, tout d'abord, au regard de l'ampleur des attributions dont le maire dispose. Les formes de discrimination peuvent être nombreuses. En effet, celui-ci dispose de quatre attributions personnelles : un pouvoir de police municipale ainsi qu'une compétence dans le recrutement, la nomination ou la sanction de ses agents communaux⁵⁹⁶. Se rajoute également un pouvoir administratif⁵⁹⁷, ainsi qu'une compétence en matière d'autorisations individuelles d'urbanisme.

Ensuite, cette situation n'est pas satisfaisante à l'égard de la récurrence et de la diversité des pratiques discriminatoires existantes. En effet, ces attributions, loin d'être toujours utilisées à bon escient, aboutissent parfois à des situations conflictuelles : refus de scolarisation d'enfants d'origine étrangère⁵⁹⁸, exercice abusif du droit de préemption⁵⁹⁹, mesures disciplinaires prises à l'encontre d'un de ses agents administratifs⁶⁰⁰ ou non renouvellement de son contrat de travail⁶⁰¹, refus d'implantation de lieux de cultes⁶⁰², refus du port d'un insigne religieux lors d'une réunion de Conseil municipal⁶⁰³, octroi d'une prime de naissance sous conditions discriminatoires⁶⁰⁴, refus du choix du jour de célébration d'un mariage⁶⁰⁵, suspension de fourniture aux écoles communales⁶⁰⁶, appel au boycott de produits ayant une

⁵⁹⁶ Loi n° 84-53 du 26 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, dite Loi le Pors, art. 40, JO du 27 janv. 1984

⁵⁹⁷ Dans le domaine de l'hygiène, de l'énergie, de l'éducation, des transports, de la culture, des sports, etc.

⁵⁹⁸ CA Nancy, 10 déc. 2009, n° 09/01221, Juris-data n° 2009-020319.

⁵⁹⁹ Cass. crim., 24 mai 2005, n° 04-87.490, Bull. crim. 2005, n° 151, p. 543 ; Dr. pén. 2005, n° 9, p. 10, obs. VERON M. ; AJ Pén. 2005, p. 415, obs. LEBLOIS HAPPE J. - Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-81.666, Bull. crim. 2008, n° 148 ; Dr. pén. 2008, n° 10, p. 31, obs. VERON M. ; AJ Pén. 2008, p. 418, obs. LASSERRE CAPDEVILLE J. ; RSC 2009, p. 380, obs. MASCALA C. - Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641, Bull. crim. 2011, n° 143, RSC 2012, p. 147, obs. MASCALA C.

⁶⁰⁰ Cass. crim., 25 juin 2002, n° 01-87.240.

⁶⁰¹ Cass. soc., 25 janv. 2011, n° 09-72834, Bull. civ. 2011, V, n° 29, LPA 2011, n° 103, p. 12, note FRAISSINIER-AMIOT V.

⁶⁰² WOEHLING J.-M., *Le rapport Machelon : une utile contribution à la démythification du droit français des cultes*, JCP A 2006, n° 48, p. 1545.

⁶⁰³ Cass. crim., 1^{er} sept. 2010, n° 10-80.584, *préc.*

⁶⁰⁴ Cass. crim., 17 déc. 2002, n° 01-85.650, Bull. crim. 2002, n° 227, p. 832, RSC 2003, p. 556, note MAYAUD Y.

⁶⁰⁵ Cass. crim., 1^{er} mars 2005, n° 04-83.556, Dr. pén., 2008, n° 6, p. 12, note DETRAZ S.

⁶⁰⁶ CA Paris, 19 févr. 1997, Juris-data n° 1997-020367.

certaine provenance⁶⁰⁷. Les discriminations commises par les élus locaux ne doivent donc pas être sous-estimées.

Enfin, l'insatisfaction provoquée par une telle situation se constate à l'égard des conséquences paradoxales qu'elle produit en terme d'engagement de la responsabilité pénale des élus locaux. En effet, conscients de la fréquence de ces abus d'autorité, attentatoires à de nombreuses libertés individuelles, les juges n'hésitent pas à condamner l'auteur de discriminations, même si ce dernier est titulaire d'un mandat électif public.

Mais la position des juges ne suit pas toujours une cohérence certaine. En effet, le juge n'hésite pas à passer outre le respect du principe d'interprétation stricte de la loi pénale en condamnant le titulaire d'un mandat électif public, alors même qu'aucune disposition légale n'est prévue à cet effet. Or parallèlement, à l'occasion d'une affaire dans laquelle était en cause une discrimination consistant en la suspension de la fourniture de chauffage dans une école, la Cour de cassation a considéré que la délibération incriminée, prise par un organe collégial de la commune, ne peut être imputée à ceux des conseillers municipaux ayant exprimé un choix favorable⁶⁰⁸. Pour la Cour, la collégialité de la décision fait donc obstacle à la mise en cause de la responsabilité personnelle de chacun des membres puisque son adoption ne résulte pas d'une addition de volontés individuelles mais d'une volonté qui émane du conseil en entier en tant que personne à part entière.

204. L'existence de « pratiques discriminatoires » que le champ pénal ne permet pas de couvrir. Dans un autre ordre d'idée, la récurrence de « pratiques discriminatoires » commises par certaines personnes dépositaires de l'autorité publique, que le champ actuel d'incrimination de l'infraction de discrimination ne permet pas d'appréhender, interrogent. C'est ainsi, qu'au courant de ces dernières années, de nombreuses études sociologiques ont été menées sur les potentielles discriminations produites par le système judiciaire. Autrement dit, il s'agit simplement de savoir si certains critères tels que l'origine ethnique, la race ou la couleur de peau sont des facteurs d'influence dans le déroulement du système judiciaire.

⁶⁰⁷ Cass. crim, 28 sept. 2004, n° 03-87.450, Dr. pén. 2005 n° 1, p. 17 obs. VERON M.

⁶⁰⁸ Cass. crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653, Bull. crim. 1999, n° 93, p. 252 ; D. 2000, p. 113, obs. ROUJOU de BOUBEE ; JCP G 2000, I-207 n° 1, obs. VERON M., D. 2000, p. 194, obs. BOULOC B. ; *ibid.* p. 197, obs. MAYAUD Y.

Les études menées par le politologue Fabien JOBARD⁶⁰⁹ et par le directeur de recherche du CNRS René LEVY ont permis de mettre en avant que, du point de vue de l'activité judiciaire proprement dite, ces facteurs sont sans influence⁶¹⁰. Cette même conclusion est rendue plus délicate quand on s'intéresse aux activités policières, particulièrement dans le cadre du contrôle d'identité⁶¹¹ et des fouilles. Ainsi, dans sa dernière étude, le politologue relève qu'il existe deux facteurs d'influence dans le contrôle au faciès, c'est-à-dire l'apparence physique et l'âge. Les personnes de couleur noire auraient ainsi trois à onze fois plus de chances d'être contrôlées que les personnes de couleur blanche, contre sept fois plus pour les personnes d'origine maghrébine⁶¹². D'autres études⁶¹³ mettent également en cause certaines pratiques policières relatives aux conditions de garde à vue, à d'éventuels mauvais traitements, à des refus d'enregistrement de dépôts de plainte etc⁶¹⁴.

Ni constitutives du refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi, encore moins d'une entrave, ces pratiques, bien que scientifiquement démontrées, ne peuvent pas faire l'objet d'une condamnation pénale pour discrimination. Seule la contestation du contrôle d'identité dans un dossier pénal individuel est envisageable, bien que la question de sa preuve ne soit pas encore réglée⁶¹⁵ et qu'elle n'emporte pas, comme le démontre Monsieur le Professeur

⁶⁰⁹ Ses études visaient à mesurer l'influence de tels critères dans le travail du juge et de la police.

⁶¹⁰ JOBARD F., Police, justice et discriminations raciales in FASSIN D. et FASSIN E., *De la question sociale à la question raciale : représenter la société française*, Paris : la Découverte, Coll. Cahiers libres, 2006, p. 211.

⁶¹¹ Nous rappellerons que les contrôles d'identité sont encadrés au niveau du Code de procédure pénale par les articles 78-1 et 2 al. 2 à 5. La question des contrôles d'identité a toujours fait l'objet d'un large débat relatif à la définition de la « raison plausible » prévue par ces dispositions. La difficulté d'encadrer l'exercice de ces contrôles et la nécessité de laisser une certaine marge de manœuvre à l'activité policière avait d'ailleurs abouti à de nombreuses réformes législatives.

⁶¹² JOBARD F. et LEVY R., *Contrôle au faciès : la preuve scientifique. Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, New York : Open society Institute, 2009, p. 27-28 et p. 36. Certains demeurent néanmoins vigilants à l'égard des conclusions avancées dans cet étude. Ainsi pour DEBOVE F., le choix du lieu, avec lequel l'étude a été réalisée, biaise à différents égards les résultats de l'étude : v. FOURMENT F., *Contrôle d'identité et déontologie policière*, entretien avec DEBOVE F., Gaz. pal. 2012, n° 14, p. 29.

⁶¹³ V. à ce sujet, PELISSON E., Les discriminations au faciès : revue de littérature in PELISSON E., *L'apparence physique motif de discrimination : entre norme, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible*, Lille : Sciences po. Lille, Colloque du 16 novembre 2009 à Lille, 2012, p. 113.

⁶¹⁴ V. notamment, BODY-GENDROT S. et WIHTOL de WENDEN C., *Police et discriminations raciales, le tabou français*, Les éditions de l'atelier, 2003, p. 23 à 40. Elles notent à ce sujet, qu'en deux ans, le GELD a recueilli 797 fiches de signalement relatives à des discriminations policières.

⁶¹⁵ FOURMENT F., dans un entretien avec LEVY R., l'interrogeait ainsi sur l'administration de la preuve d'un contrôle au faciès dans le cadre d'un procès pénal. Pour ce dernier, il s'agit d'une question qui devrait être

FOURMENT la nullité des procédures incidentes⁶¹⁶. La question se règle, parallèlement, d'un point de vue déontologique. Les contrôles d'identité au faciès peuvent faire l'objet d'une dénonciation auprès du Défenseur des droits, qui regroupe depuis peu la Commission nationale de déontologie de la sécurité. Reste que cela ne règle en rien l'importance du problème que pose le contrôle d'identité au faciès, dans une société qui s'engage à garantir l'application du principe de non-discrimination. Le Conseil constitutionnel en rappelant que le « contrôle d'identité doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs », ce qui exclue *de jure* « toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes », n'a pas été en mesure d'endiguer la récurrence de cette pratique⁶¹⁷.

En définitive, si cette question ne trouve pas de place dans la sanction des discriminations, il est quelque peu contradictoire que le Code pénal rende propice, par des dispositions légales extrêmement vagues comme le démontre Monsieur le Professeur FOURMENT⁶¹⁸, un système de pratiques « discriminantes » quand parallèlement d'autres dispositions sanctionnent fortement la commission de discrimination. Une refonte des dispositions relatives aux contrôles d'identité devrait, dès lors, être envisagée⁶¹⁹.

205. Si l'existence d'une infraction particulière portant sur les discriminations commises par une personne publique est légitime eu égard à la particularité de ce type d'infractions, la récurrence des pratiques et les solutions juridiques existantes ne vont pas dans le sens de cette particularité. De surcroît, nous constatons que la définition de cette infraction s'avère inefficace en considération de la réalité qu'elle tente d'appréhender.

prochainement soulevée devant les tribunaux judiciaires, même si parallèlement on ressent des réticences, au niveau de l'activité policière, à admettre la réalité de cette pratique : FOURMENT F., *Les contrôles d'identité à l'épreuve de l'enquête sociologique*, Entretien avec LEVY R., Gaz. Pal. 2012, n° 14, p. 21.

⁶¹⁶ FOURMENT F., *Contrôles d'identité* : « Contrôlez, contrôlez, il en restera toujours quelque chose », Gaz. pal. 2012, n° 14, p. 8.

⁶¹⁷ Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, JO du 18 août 1993, n° 190, p. 11722, cons. n° 16.

⁶¹⁸ Soulevant les différentes ambiguïtés légales existantes en matière de contrôles d'identité, FOURMENT F. pose la question de savoir « quelles garanties cet ensemble juridique offre-t-il que ces zones de contrôles d'identité ne se transforment pas en zones de « non-droit », en zones de pratique de contrôles non seulement discrétionnaires, mais encore, le cas échéant, arbitraires ou discriminatoires, notamment ? Aucune qui soit tangible » : *Contrôles d'identité* : « Contrôlez, contrôlez, il en restera toujours quelque chose, loc. cit. », p. 11.

⁶¹⁹ FOURMENT F. doute que le législateur se saisisse de la question, *ibid.*, p. 12.

B) L'inefficacité de la définition de la discrimination commise par les personnes publiques

206. Au regard de la récurrence des discriminations commises par des personnes publiques, l'incrimination de la discrimination figurant à l'article 432-7 a quelque chose de décevant. En effet la définition trop restrictive du refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi (1) mais aussi de l'entrave à l'exercice d'une activité économique quelconque (2) ne permet pas d'appréhender efficacement la réalité des pratiques discriminatoires.

1) La définition restrictive du refus du bénéfice d'un droit

207. L'exemple du contentieux relatif à l'exercice abusif du droit de préemption. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale commande de ne pas condamner certaines pratiques qui juridiquement ne sont pas discriminatoires, mais qui n'en demeurent pas moins discriminantes. Cette conséquence procède du constat que l'infraction de discrimination, commise par les personnes publiques, a été envisagée de manière trop restrictive. Ce constat est conforté par les décisions des tribunaux judiciaires rendues à cet effet. Notre démonstration prendra appui sur les quelques affaires à l'occasion desquelles les pratiques de certains élus locaux, en matière d'urbanisme, avaient été mises en cause⁶²⁰. La question se pose particulièrement en ce qui concerne l'exercice abusif par le maire de son droit de préemption. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante : les différents arrêts rendus par les Cours d'appel sont tous cassés au motif que « l'exercice d'un droit de préemption, fût-il abusif, ne saurait constituer le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi au sens de l'article 432-7 du Code pénal ».

Ces décisions, rendues au visa de l'article 111-4 du Code pénal posant le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, emportent des conséquences pratiques délicates. Tout comme l'emploi, l'acquisition d'un logement, que ce soit sous forme locative ou par acquisition de propriété, participe à la construction et au développement de l'individu. Ce type de contentieux s'inscrit vraisemblablement dans la finalité protectrice des droits

⁶²⁰ Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-81.666, *préc.* - Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641, Bull. crim. 2011, n° 143 ; Juris-data n° 2011-012316 ; Gaz. Pal. 2011, n° 314, p. 11, obs. DETRAZ S. ; RSC 2012, p. 147, obs. MASCALE C. ; Gaz. Pal. 2011, n° 230, p. 11, note LASSERRE CAPDEVILLE J. et MOUREY L.

économiques et sociaux de l'individu, que poursuivent l'article 225-2 et 432-7 du Code pénal. Or, comme le souligne Monsieur LASSERRE CAPDEVILLE, interprétation stricte ne peut pas dire restrictive, d'autant plus qu'il est difficile de ne pas considérer, à s'en tenir à la *ratio legis* de l'incrimination, que le législateur n'entendait pas assurer la sanction de tels comportements⁶²¹. Pour ces raisons, il convient de s'interroger sur les difficultés juridiques que pose la définition du « refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi ». Ces difficultés sont de différents ordres.

208. *L'inadéquation de la notion de refus.* C'est en premier lieu, la notion de refus que la jurisprudence entend de manière restrictive. Ainsi, exercer abusivement un droit ne peut être assimilé à un refus. Il s'agit, au contraire, d'une entrave, qui consiste dans le fait de rendre plus difficile l'exercice d'un droit ou d'une activité⁶²², sans qu'il soit forcément nécessaire que l'activité ait été réellement empêchée. Le refus, quant à lui, aboutit à rendre l'exercice de ce droit impossible et c'est la raison pour laquelle la jurisprudence exige que ce refus ait été véritablement prononcé⁶²³. Il ne s'agit pourtant pas, à notre sens, de la principale difficulté de cette définition car dans les nombreux cas qui avaient fait l'objet de poursuites, nous étions bien en présence d'un refus.

209. *L'inadéquation de la notion de droit.* Plus énigmatique est le second élément de cette définition, c'est à dire celui relatif à *un droit accordé par la loi*. Si l'on admet classiquement que la notion de loi doit être entendue dans son sens matériel, à savoir une règle de portée générale et impersonnelle⁶²⁴, la notion de « droit » implique, quant à elle, des exigences supplémentaires. Ainsi, il ne suffit pas que le droit soit accordé par la loi, encore faut-il que la personne dispose d'un droit véritable et non hypothétique⁶²⁵. Cette condition est appliquée rigoureusement par les tribunaux judiciaires. Ainsi, si le refus d'inscription à

⁶²¹ LASSERRE-CAPDEVILLE J., comm. ss. Cass. crim. 17 juin 2008, *préc.* Cette situation fait même l'objet de critiques par le Conseil d'Etat, v. Rapport du Conseil d'Etat, *Le droit de préemption : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 6 déc. 2007*, Paris : la Documentation française, 2008, p. 29.

⁶²² V. *supra* n° 187.

⁶²³ L'avis défavorable d'attribution d'un logement rendu par une commission municipale ne saurait être assimilé à un refus : CA Grenoble, 7 oct. 1994 : Juris-data n° 1994-045141.

⁶²⁴ DESPORTES F., *fasc. 20, loc. cit.*, n° 38.

⁶²⁵ FITTE-DUVAL A., *Fonctionnaire et agent public*, Rép. Pén. Dalloz, 2003, n° 69.

l'école⁶²⁶ ou encore la privation de son temps de parole lors d'un conseil municipal⁶²⁷ s'entend d'un droit accordé par la loi, il n'en va pas de même de l'admission d'un candidat à un concours⁶²⁸. Il en va de même pour l'instauration d'une prime municipale de naissance car celle-ci ne consiste qu'en une simple offre de prestation familiale s'ajoutant aux prestations légales⁶²⁹.

L'existence d'un tel droit, selon les circonstances, peut parfois être sujet à caution. Cela peut être le cas du droit de propriété quand il appert qu'il n'y a eu aucun transfert de propriété⁶³⁰. Il est alors fort possible que le principe d'interprétation stricte puisse à nouveau faire barrage à certains types de discriminations qui ne portent pas sur des biens accordés par la loi. Tel est le cas des droits soumis à la libre appréciation de l'administration qui, pour certains auteurs, ne peuvent entrer dans les prévisions de l'article 432-7 du Code pénal⁶³¹. La jurisprudence constante existante appuie cette opinion doctrinale⁶³². Nous n'irons cependant pas dans ce sens là. En effet, qu'il s'agisse d'un droit acquis ou d'un droit porté à la libre appréciation de l'agent, celui-ci n'en demeure pas moins soumis à une obligation d'impartialité. Aussi, quel que soit le droit en cause, l'agent qui prend en compte un critère subjectif viole cette obligation et commet une discrimination. Il ne faudrait donc pas distinguer selon le droit en

⁶²⁶ CA Nancy, 10 déc. 2009, *préc.*

⁶²⁷ Cass. crim., 1^{er} sept. 2010, n° 10-80.584 *préc.*

⁶²⁸ Cass. crim., 24 mars 1998, n° 97-84.321, Bull. crim. 1998, n° 108, p. 281 ; Juris-data, n° 1998-002035. Il en va de même de l'émission d'un avis négatif à l'attribution d'un logement à un ressortissant marocain à partir du moment où cet avis est consultatif. : CA Grenoble, 7 oct. 1994, *préc.*

⁶²⁹ Cass. crim., 17 déc. 2002, n° 01-85.650, *préc.*

⁶³⁰ Ainsi, dans le cas du droit de préemption, l'existence d'un tel droit ne fait aucun doute pour certaines Cours d'appel. Ainsi, dans l'arrêt du 21 juin 2011, précité, un compromis de vente étant intervenu à l'occasion de chaque espèce, promesse de vente qui en application de l'article 1589 du Code civil, vaut vente. La Cour d'appel en avait, dès lors, conclu que les acquéreurs « avaient obtenu un droit sur un bien particulièrement établi (...) qu'ils avaient obtenu le droit d'être propriétaires ». Dans une telle situation, on admet que la promesse de vente vaut vente mais que ses effets, tels que le transfert de propriété et l'exécution de la vente sont différés ou suspendus à la survenance d'un événement incertain. V. à ce sujet BARRET O., *Promesse de vente*, Rép. dr. imm., Dalloz, janv. 2011, n° 172 et s. Tel est notamment le cas quand le bien est susceptible de faire l'objet d'une préemption de la part d'une collectivité locale. Il est donc difficile de conclure dans ces conditions, que les plaignants avaient véritablement acquis un quelconque droit de propriété ou un droit d'acquiescer une propriété.

⁶³¹ V. sur cette thèse, DESPORTES F., *fasc. 20, loc. cit.*, n° 39.

⁶³² DESPORTES F. discute cette problématique sur le terrain de la preuve. Pour lui, cette thèse de l'exclusion des droits soumis à la libre appréciation de l'administration n'est pas pertinente. La difficulté que présentent de tels droits repose sur la preuve de l'intentionnalité discriminatoire de l'auteur. Il est en effet peu évident, dans de tels cas, de rapporter la preuve qu'un critère discriminatoire a été décisif dans la non-attribution du droit : *ibid.*, n° 41.

cause, sauf enlever à l'incrimination sa portée.

210. Des considérations similaires peuvent être portées à l'égard de la définition relative à l'entrave à l'exercice d'une activité économique quelconque.

2) *La définition restrictive de l'entrave à l'exercice d'une activité économique*

211. *Interprétation stricte de l'entrave et absence d'alternatives dans la sanction de certaines pratiques discriminatoires.* Initialement l'entrave à l'exercice d'une activité économique présentait une utilité essentielle dans la sanction de mesures de boycott de produits ou marchandises adoptées pour des raisons politiques voire religieuses. L'entrave a donc *a priori* une portée limitée dans le domaine des discriminations commises par des personnes publiques. Elle présente néanmoins un intérêt en présence, non pas d'un refus mais de manœuvres tendant à l'obstruction ou au découragement d'une initiative individuelle. C'est ainsi que, dans le cas de l'exercice abusif du droit de préemption, si le comportement du maire ne pouvait s'apparenter à un refus, il n'en constituait pas moins une entrave. La question est alors de savoir si, dans une certaine mesure, l'entrave est susceptible de permettre la sanction de situations discriminatoires qui n'entrent pas dans les termes de l'article 432-7, 1° du Code pénal⁶³³.

L'incrimination ne le permet pas forcément : elle exige, en effet, que l'entrave porte sur l'exercice d'une activité économique, c'est-à-dire sur une activité concourant à la production, à la distribution ou à la consommation des richesses⁶³⁴. Ainsi, ce fondement ne permet pas, par exemple, de sanctionner l'exercice abusif du droit de préemption, puisque la vente d'un bien immobilier entre particuliers ne constitue pas une activité économique⁶³⁵. Pourtant dans cette dernière espèce, l'exercice de pressions par le vendeur sur le maire était

⁶³³ Telle était notamment la solution proposée par MONNET Y. commentant l'arrêt rendu par la Cour de cassation du 17 juin 2008 relatif à l'exercice abusif du droit de préemption. Cf. note ss Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-81.666, Gaz. Pal., 2009, n° 64, p. 18.

⁶³⁴ DESPORTES F., *fasc. 20, loc. cit.*, n° 44.

⁶³⁵ Cass. crim., 24 mai 2005, n° 04-87.490, *préc.*

bien constitutif d'une entrave⁶³⁶. Plus récemment encore, l'exclusion d'une liste électorale d'une femme de confession musulmane n'a pas pu être sanctionnée par cette incrimination parce que l'exercice d'un mandat électif ne peut être considéré comme une activité économique⁶³⁷.

Le manque d'efficacité de cette incrimination n'a pas pour origine le désintérêt des tribunaux à l'égard de cette infraction, mais résulte simplement du fait que l'infraction est définie dans des termes trop restrictifs. La Cour de cassation ne semble pas vouloir revenir sur sa jurisprudence alors qu'à l'égard de l'article 225-2 du Code pénal, elle avait veillé à ne pas adopter une conception restrictive qui aurait ôté au texte une effectivité certaine compte-tenu des difficultés préexistantes dans la poursuite et la sanction de ces discriminations⁶³⁸. Les arrêts précités mettent en avant des situations, certes non discriminatoires, mais bien discriminantes et à l'égard desquelles une intervention du législateur serait indispensable⁶³⁹.

212. Une incrimination à redéfinir. « Une science ne commence qu'avec une délimitation suffisante des problèmes susceptibles de circonscrire un terrain de recherche »⁶⁴⁰. Il est évident qu'entre la rédaction originale et la réalité actuelle et concrète des discriminations, l'article 432-7 du Code pénal n'est pas une solution suffisante pour la

⁶³⁶ *Contra* VERON M. qui estime que la Cour de cassation n'a pas été suffisamment explicite sur le fait qu'il s'agissait bel et bien d'une entrave. A notre sens, la Cour de cassation s'est simplement contentée de respecter l'esprit du texte, soit la protection de l'exercice d'une activité économique. La vente d'un bien, pour des raisons personnelles et donc non au titre d'une activité professionnelle, n'a aucun caractère économique : note sous Cass. crim. 24 mai 2005, *loc. cit.*, p. 32.

⁶³⁷ Cass. crim., 22 nov. 2011, n° 10-87.805, Juris-data n° 2011-029384, Dr. pén. 2012, n° 3, p. 33, comm. VERON M. Pour des faits similaires, il est arrivé que le plaignant invoque, dans une autre affaire, le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi mais la Cour de cassation ne fournit aucune réponse à ce sujet : Cass. crim., 29 avr. 1997, n° 96-83.365, *préc.* L'absence de requalification opérée par les juges du fond dont l'arrêt a donné lieu à la décision du 22 nov. 2011, laisse penser que le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi n'aurait pas été envisageable non plus.

⁶³⁸ Ainsi, en ce qui concerne l'embauche, la Cour de cassation avait jugé que le « refus par une société recourant aux services d'une entreprise de travail temporaire, de conclure le contrat de mise à disposition prévu par le Code du travail constituait un refus d'embauche au sens de l'article 225-2 3° dès lors qu'il fait obstacle à l'embauche, par l'entreprise de travail temporaire, du salarié visé par le contrat » : Cass. crim., 2 sept. 2003, Juris-data n° 2003-020358

⁶³⁹ Pour LASSERRE CAPDEVILLE J., certains de ces arrêts vont à contre-courant des intentions du législateur si bien qu'il est nécessaire qu'une réforme législative soit entreprise afin de pouvoir combler les carences que suscite la rédaction actuelle. LASSERRE CAPDEVILLE J. et MOUREY L., comm. ss. Cass. crim. 21 juin 2011, *loc. cit.*, p. 13.

⁶⁴⁰ PIAGET J., *Epistémologie des sciences de l'homme*, Paris : Gallimard, Coll. Idées, 1970, p. 41.

résorption des discriminations. Le refus systématique de la Cour de cassation de faire rentrer certaines situations dans les prévisions de la loi, en raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, incite à une réforme législative de ce texte. Principal texte de référence sanctionnant les dérives d'une action administrative utilisée à mauvais escient, le caractère intolérable de ces pratiques légitime la réécriture de l'article 432-7 du Code pénal.

Il serait, par exemple, possible de sanctionner les discriminations commises par un dépositaire de l'autorité publique quand elles consistent :

« 1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;

2° A entraver l'exercice d'une activité économique quelconque ;

3° A entraver l'exercice d'un droit accordé par la loi ».

213. Fragmenté, l'élément matériel de l'infraction de discrimination n'a pas de particularité propre. Nous le retrouvons plus largement dans beaucoup d'autres dispositions sanctionnant les pratiques discriminatoires. Cette redondance va même parfois jusqu'à engendrer des difficultés d'application de la notion de discrimination. Seule l'infraction figurant à l'article 432-7 du Code pénal marque la particularité du champ matériel de sanction des discriminations. Pour autant, la portée très relative d'une définition, partagée entre les vicissitudes d'une jurisprudence qui tend à l'élargir ou, au contraire, à la restreindre, ne permet pas de rendre compte correctement de cette particularité. Ces constats restent néanmoins propres à l'élément matériel de cette infraction. Il n'en va donc pas de même de l'élément moral, qui marque à lui seul la spécificité de l'approche pénale des discriminations.

Section 2 - L'élément moral de l'infraction de discrimination

214. Si nombreuses sont les normes ou les matières qui envisagent la notion de discrimination, il subsiste fort heureusement une exigence commune qui unifie l'ensemble de ces approches, à savoir le critère discriminatoire. A partir du moment où il est question

d'une différence de traitement commise à raison de ce critère⁶⁴¹, nous sommes en présence d'une discrimination. En ce sens, il convient de considérer que le critère discriminatoire est bien un élément intrinsèque de la notion de discriminatoire, qui est donc nécessairement exigé au titre de l'élément moral du délit de discrimination (§1). Pour autant, cette exigence commune ne résume pas, à elle seule, la volonté discriminatoire requise au titre du dol spécial de cette infraction. Elle se couple d'une exigence spécifique propre à la matière pénale, au nom de laquelle il ne saurait y avoir d'intention discriminatoire en l'absence d'un lien de causalité certain existant entre le critère et le comportement. Dans cette perspective, le lien de causalité est également une condition indispensable pour la caractérisation de l'élément moral (§2).

§ 1 - Le critère discriminatoire, une exigence commue de la notion de discrimination

215. Le critère discriminatoire participe à la définition de la discrimination et s'exprime, du point de vue de l'approche pénale, à travers l'intention discriminatoire. La matière pénale doit retranscrire ces critères et les placer en conformité avec les exigences qui sont les siennes. Cette démarche n'est pas sans difficulté ; une lecture attentive de l'article 225-1 du Code pénal fait apparaître certaines incohérences (A) et confusions (B) dont les conséquences sur la pratique judiciaire sont réelles.

A) L'approche pénale du critère discriminatoire: une transcription malaisée

216. Conséquente en apparence, l'article 225-1 du Code pénal fournit une énumération de critères discriminatoires qui souffre, néanmoins, d'une délimitation insuffisante (1), doublée d'une application parfois incertaine (2).

⁶⁴¹ Ce qui la distingue dès lors, comme nous l'avons vu précédemment, d'une rupture d'égalité qui ne nécessite pas, quant à elle, la présence d'un critère discriminatoire.

1) *Le critère discriminatoire et le respect de la dignité humaine : une délimitation insuffisante*

217. Les critères discriminatoires dans le dol spécial de l'infraction. Aux termes de l'article 225-1 du Code pénal, constitue une discrimination :

« Toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle⁶⁴², de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

Cette définition doit être mise en perspective avec l'article 121-3 al. 1er du Code pénal qui pose le principe selon lequel les crimes et délits sont des infractions intentionnelles. En plus du dol général que l'on retrouve pour toute infraction intentionnelle, la combinaison de ces deux textes nous amène à considérer que le délit de discrimination requiert un dol spécial, entendu comme l'intention de parvenir à un certain résultat, interdit par la loi pénale. Appliqué à l'infraction de discrimination, le dol spécial de l'infraction s'entend de la **volonté d'opérer une distinction entre les personnes à raison d'un des critères prohibés par la loi.**

218. La définition des critères discriminatoires et la recherche d'une protection effective contre les discriminations. L'intention est une notion fondamentale dans la théorie de la responsabilité pénale sans laquelle « l'acte serait posé au hasard dans la succession des événements, et non pas déterminé même en partie par la volonté de l'auteur »⁶⁴³. Elle est symptomatique de l'hostilité qu'éprouve le délinquant à l'égard des valeurs sociales pénalement protégées. Nécessairement, la définition de cette intention doit retranscrire d'une certaine manière la valeur à laquelle elle porte directement atteinte. Or, l'enjeu poursuivi reste très ambivalent en ce qui concerne la norme pénale. Il y a d'abord une volonté, clairement affirmée, de pouvoir couvrir le plus grand nombre de critères discriminatoires

⁶⁴² Ce dernier critère ayant été rajouté par la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

⁶⁴³ MOINE-DUPUIS I., *L'intention en droit pénal : une notion introuvable ?* D. 2001, p. 2144.

possible, si bien que le rajout successif de critères doit, par souci de cohérence, toucher autant les dispositions civiles que pénales.

Ensuite, il est une chose de vouloir assurer l'efficacité d'une politique mise en œuvre, il en est une autre de la décliner de manière cohérente. Or, pour ce faire, il convient de garder une certaine pertinence entre le choix du critère discriminatoire et la valeur sociale que l'on tend à protéger. En effet, si le critère discriminatoire⁶⁴⁴ constitue toute la richesse de l'infraction de discrimination, il est également la coloration éthique de cette infraction qui donne tout son sens à la notion de la dignité humaine. Nombreuses sont les caractéristiques individuelles pour lesquelles il est possible d'opérer une différence de traitement, mais il y a nécessairement un stade à partir duquel une limite s'impose dans ce qu'il est légitime de protéger.

219. Des incohérences dans le choix des critères discriminatoires. Cette logique n'a cependant pas toujours été respectée en ce qui concerne la norme pénale. Il apparaît plutôt qu'il subsiste une certaine porosité entre les dispositions civiles et pénales posant l'interdiction de discrimination : le rajout d'un critère à la première entraînant nécessairement une démarche similaire au niveau de la seconde. Or, le choix du critère discriminatoire n'a de sens qu'à l'égard de la valeur sociale concernée car le droit pénal n'a pas vocation à protéger l'individu contre toute différence de traitement. Le respect de la dignité humaine impose une énumération des critères plus restrictive que ce qu'autorise le principe d'égalité. Cette restriction n'existant pas, il y a assurément des incohérences que la doctrine n'a pas manqué de soulever.

L'énumération figurant à l'article 225-1 du Code pénal propose une structure redondante⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ Nous avons choisi de ne pas expliciter un à un les critères discriminatoires car ce travail a déjà été effectué avec beaucoup de précision par de nombreux auteurs. V. ainsi, FOULON-PIGANIOL J., *Discriminations raciale-refus d'un bien ou d'un service - Refus d'embauchage - Licenciements*, J-Cl. Pén., art. 416 ; DANTI-JUAN M., *Discriminations*, Rép. pén. Dalloz, 1996 ; DESPORTES F., *Discriminations*, J-Cl. Pén., Art. 225-1 à 225-4, Fasc. n° 20, 2006 ; LASSERRE-CAPDEVILLE J., *Discriminations*, J-Cl. Pén., Art. 225-1 à 225-4, Fasc. n° 20, 2011.

⁶⁴⁵ RASSAT M.-L. note ainsi que ce texte « garde cependant de son élaboration hachée des redondances totales ou partielles regrettables », *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 618, n° 543.

qui discrédite partiellement sa portée symbolique. Des auteurs se sont ainsi interrogés sur la pertinence d'une incrimination qui place sur le même plan des motifs d'inégale importance⁶⁴⁶ et qui « aurait donc un effet pervers consistant en une dilution de la notion, par effet d'optique tendant à placer sur un plan identique des facteurs de discrimination dont certains ne semblent pas pouvoir être légitimés »⁶⁴⁷. Du point de vue strictement théorique, il est vrai que ces critères ne recèlent pas en eux-mêmes la même gravité et ce constat peut, notamment, être conforté à l'égard de ceux qui ont été choisis à des fins d'aggravation de certaines infractions⁶⁴⁸.

220. La nécessité de ne pas élargir davantage l'énumération de l'article 225-1 du Code pénal. La redéfinition de l'incrimination ne présente plus aujourd'hui d'intérêt concret car une telle démarche serait symboliquement entendue comme le renoncement du législateur au caractère fondamental de la lutte contre les discriminations. Le propos n'a donc d'intérêt qu'en considération de l'avenir ; quand surviendront de nouvelles pressions revendicatrices d'une extension de la protection juridique contre les discriminations⁶⁴⁹. Cette pression existe d'ores et déjà en ce qui concerne certains critères, comme notamment celui relatif à l'origine. Classiquement, celui-ci ne renvoie qu'à la problématique de la provenance d'un individu. Il ne porte donc que sur des considérations strictement géographiques. Loin de s'en contenter, certains auteurs n'ont pas manqué d'en élargir la portée afin de prendre en considération la classe sociale de l'individu⁶⁵⁰. L'enjeu considérable produit par les nombreuses discriminations induites par l'argent⁶⁵¹ justifierait une extension que, d'une

⁶⁴⁶ COEURET A. et FORTIS E., *Droit pénal du travail*, 5^{ème} éd., Paris : LexisNexis, Coll. Manuels, 2012, p. 348, n° 542.

⁶⁴⁷ FITTE-DUVAL A., *Le fonctionnaire*, *loc. cit.*, p. 13.

⁶⁴⁸ A ainsi été instaurée par la loi du 3 févr. 2003 une circonstance aggravante à caractère raciste applicable à toute une série d'infractions quand celle-ci est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes, en lien avec l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, à l'article 132-76 du Code pénal. La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 a créé un article 132-77 qui prévoit une seconde circonstance aggravante relative au crime ou au délit commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime. La liste des infractions, pour lesquelles ces deux circonstances aggravantes sont applicables, a été rallongée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁶⁴⁹ Bien que le législateur a encore récemment intégré le critère de l'identité sexuelle à l'énumération de l'article 225-1 du Code pénal.

⁶⁵⁰ DANTI-JUAN M., *loc. cit.*, n° 30.

⁶⁵¹ FABRE-MAGNAN M., *Totems et tabous en matière de discrimination*, RDC 2010, p. 1433.

certaine manière, l'article 14 de la ConvEDH autoriserait⁶⁵². S'il est difficile d'admettre, au regard du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, qu'une telle extension soit opérée par le juge, il se pourrait qu'une énième intervention législative la consacre. Pourtant céder à cette tentation aurait pour conséquence directe d'amoindrir la frontière existante entre les différentes appréhensions de la notion de discrimination.

221. Le choix des critères discriminatoires ne répond donc pas toujours à une certaine cohérence. Parallèlement, ils font l'objet d'applications incertaines.

2) *Le critère discriminatoire dans le contentieux répressif : une utilisation parfois incertaine*

222. L'absence de définition de certains critères. Bien qu'elles ne soient pas unanimement approuvées, les critiques doctrinales émises à l'égard de l'article 225-1 du Code pénal ne sont pas dénuées de tout fondement si l'on s'intéresse de près à la pratique judiciaire. La complexité de la structure de l'incrimination se répercute aussi au niveau de sa mise en application. Ce constat ne vaut essentiellement qu'en matière pénale en raison de l'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Aussi, tout en assurant le respect de ce principe, il incombera au juge de clarifier certains critères que la loi n'a pas nécessairement pu définir. Pour autant, à la lecture des décisions rendues en la matière, cette définition est encore incertaine pour beaucoup.

En ce qui concerne les critères les plus aisés tels que le sexe, l'état de grossesse, l'apparence physique, le patronyme⁶⁵³, la situation de famille⁶⁵⁴, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'état de santé, le handicap⁶⁵⁵, les caractéristiques génétiques, les opinions politiques et les

⁶⁵² L'article 14 de cette Convention énumère parmi ses critères non exhaustifs celui de la richesse.

⁶⁵³ Cass. crim., 30 sept. 2008, *préc.* ; CA Aix-en-provence, 17 sept. 2007, n° 1151m2007.

⁶⁵⁴ La prise en compte du placement en foyer de l'enfant d'un candidat à la location pour refuser le bail est une discrimination à raison de la situation de famille : CA Toulouse, 2 avr. 2009, n° 09/432, Juris-data n° 2009-376378.

⁶⁵⁵ CA Poitiers, 1^{er} sept. 2005, JCP G 2006, IV-2296.

activités syndicales⁶⁵⁶, la religion⁶⁵⁷, la nation⁶⁵⁸, l'interprétation est assez similaire d'une affaire à une autre. Il n'en va pas de même pour ceux relatifs à l'origine, à l'appartenance ou la non-appartenance vraie ou supposée⁶⁵⁹ à une race, une nation ou une ethnie. Il est ainsi très fréquent que le juge se réfère, non pas à un seul et unique critère, mais à une pluralité de ceux-ci, sans chercher véritablement à les distinguer. En présence d'une discrimination raciale ou liée à l'origine, il n'est pas rare que le juge retiennent « l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou à une race » sans délimiter ce qui relève de la race, de la nation ou de l'origine⁶⁶⁰.

Il n'existe donc pas en l'état actuel de véritable définition juridique de ces critères⁶⁶¹ alors même que parallèlement, ils représentent une partie non négligeable du contentieux tant répressif que judiciaire et extra-judiciaire⁶⁶². Pour en combler les carences, la doctrine s'est chargée de les définir mais nous ne pouvons guère faire état d'un consensus puisque pour tout dire, il n'en existe pas.

223. Conséquences sur la pratique judiciaire. Cette absence de définition produit des conséquences indirectes sur la pertinence du recours à certains critères. Certains critères semblent aujourd'hui désuets⁶⁶³. Plus délicate encore, l'absence de précisions relatives à

⁶⁵⁶ Cass. crim., 6 mai 2008, n° 07-80.530, Bull. crim. 2008, n° 106 ; Dr. pén. 2008, n° 9, p. 52, obs. VERON M. ; AJ Pén. 2008, p. 375, obs. LASSERRE CAPDEVILLE J. ; RSC 2009, p. 391, note CERF-HOLLENDER A. - Cass.crim, 14 nov. 2006, n° 05-85.565.

⁶⁵⁷ CA Paris, 8 janv. 2010, n° 09/01312, Juris-data n° 2010-000310.

⁶⁵⁸ Par exemple, l'exigence d'une carte d'électeur puisqu'elle permet d'écarter d'office les personnes n'ayant pas la nationalité française : Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-83.710, Bull. crim. 2009, n° 19, D. 2009, p. 997, note DETRAZ S. ; AJ Pén., 2009, p. 180, obs. LASSERRE CAPDEVILLE J. ; RSC 2009, p. 589, obs. MAYAUD Y. Il en va, *a fortiori*, quand la nationalité française est directement requise : Cass. crim 17 déc. 2002, n° 01-85.650, *préc.*

⁶⁵⁹ La précision relative à l'appartenance supposée permet ainsi de sanctionner le délit putatif. On sanctionne l'idée que se fait le discriminant et non l'idée correspondante à une certaine réalité. Une solution inverse aurait sans doute complexifié davantage le travail des juges dans la recherche de l'élément moral.

⁶⁶⁰ Ainsi, cette tendance n'est pas propre aux juges et il n'est pas rare de voir des références à « l'origine raciale » ou « l'origine ethnique » dans d'autres instruments juridiques.

⁶⁶¹ V. pour ce constat : WILLMANN C., *Définir la « race » et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise*, Dr. soc., 2007 p. 936. Ce constat peut être généralisé à la quasi-totalité des instruments juridiques qui s'intéressent à la notion de discrimination.

⁶⁶² V. pour le détail, *infra* n° 371.

⁶⁶³ Certains critères sont totalement absents de la pratique judiciaire. Le patronyme est souvent couvert par le critère de l'origine. L'apparence physique pourrait être engloutie, selon certains auteurs, sous celui de l'état de santé : PERU PIROTTE L., *Réflexions autour du critère de l'apparence physique* in PELISSON E., *op. cit.*,

certains d'entre eux entrave la connaissance du phénomène discriminatoire et la prise de mesures adéquates⁶⁶⁴. Ainsi en va-t-il de la race⁶⁶⁵, dont le terme frappe symboliquement et dérange⁶⁶⁶ en même temps, en ce qu'il fait indirectement référence aux théories fondées sur la distinction des races⁶⁶⁷. Définir c'est permettre de mieux appréhender pour mieux combattre et si l'énumération de l'article 225-1 est flatteuse en apparence, l'efficacité commande certainement de ne pas faire l'économie de sa définition, ce particulièrement en ce qui concerne des critères qui dépassent la seule infraction de discrimination.

224. En définitive, l'énumération des critères discriminatoires de l'article 225-1 du Code pénal est plus symbolique qu'elle n'est pratique. Assurer la plus large protection possible a été le mot d'ordre principal de la politique criminelle de lutte contre les discriminations quelles qu'en soient les incidences pratiques. Parallèlement, le caractère subjectif du critère discriminatoire a également contribué à obscurcir la délimitation de l'intention requise au titre de l'infraction de discrimination.

p. 10. Le critère des mœurs se rattache en grande partie à celui de l'orientation sexuelle : V. pour une application récente, CA Agen, 15 déc. 2005, n° 437/05, Juris-data n° 2005-294481.

⁶⁶⁴ C'est notamment l'argument utilisé par certains auteurs pour lesquels il importe de mettre en place dans les années à venir les statistiques ethniques. Le succès d'une telle démarche dépend néanmoins intrinsèquement d'une définition préalable des termes « race » et « ethnie » qui permettrait de mettre en avant les critères identifiants de ces termes : WILLMANN C., *loc. cit.*, p. 937.

⁶⁶⁵ Le critère est souvent utilisé quand la discrimination a un lien avec la couleur de peau de l'individu. V. ainsi CA Paris, 27 juin 2005, n° 05/01725, Juris-data n° 2005-285984 - Cass. crim., 3 juin 2003, n° 02-86.158 - CA Paris 17 oct. 2003, n° 03-00387. Mais ce constat n'est pas toujours vrai, v. par exemple, CA Douai, 22 oct. 2009, n° 08/02613, Juris-data n° 2009-022081 qui utilise directement le critère de l'origine.

⁶⁶⁶ Cette utilisation a d'ailleurs été vivement critiquée par certains députés estimant qu'une telle utilisation était dangereuse et que la réfutation des théories raciales serait mieux exprimée à travers la suppression définitive de ce terme. V. *Compte-rendu intégral des débats des séances du jeudi 13 mars* : 1^{ère} séance du 13 mars 2003, JOAN du 14 mars 2003, n° 23, propos de LUREL L., p. 2036 et s. – V. aussi plus récemment, la proposition de loi tendant à la suppression du terme « race » dans la législation française : Proposition de loi n° 692 de Mme N. BORVO COHEN SEAT déposée au Sénat le 23 juill. 2012.

⁶⁶⁷ Nombreuses ont été les théories visant à réfuter le concept de race humaine. Les nombreuses recherches menées dans le domaine de la génétique ont largement contribué à montrer l'absence de fondement et de pertinence de toute théorie visant à classer les êtres humains par race. Parmi les plus anciennes théories, on trouve notamment celle de FIRMIN A. dans son ouvrage *De l'égalité des races humaines* où il réfute largement la théorie raciale de GOBINEAU : *De l'égalité des races humaines : (anthropologie positive)*, Paris : Géloin, 2003. En 2008, ont été publiés les résultats d'une importante étude génétique menée sur ce concept de race qui conclut à l'existence de sept groupes biologiques au sein de l'espèce humaine qui aurait évolué « au fur et à mesure du départ de petits groupes fondateurs ». Aussi, il a été démontré qu'à l'intérieur de chacun de ces groupes, la proximité génétique de ces hommes ne porte que sur un nombre très faible de nucléotides : LEWINO F., *Une seule race, mais sept groupes biologiques*, Le Point du 28 févr. 2008.

B) Une définition confuse du critère discriminatoire comme élément moral de l'infraction

225. Des approches doctrinales divergentes. L'intention est, en droit pénal, l'une des notions les plus délicates⁶⁶⁸ à appréhender, parce qu'elle fait l'objet d'interprétations divergentes, mais également parce qu'elle ne cesse d'évoluer pour mieux appréhender l'acte criminel. La subjectivisation de l'élément moral constitue un enjeu important de l'évolution du droit pénal, puisqu'elle lui permet d'appréhender certains comportements sous différents aspects. Cette évolution n'est pas sans inconvénient du point de vue de la théorie. En ce qui concerne l'élément moral de l'infraction de discrimination, les conceptions peuvent être très variées. Certains envisagent de manière très précise cet élément⁶⁶⁹, d'autres se limitent à en donner une liste détaillée sans approfondir la question⁶⁷⁰ et d'autres, enfin, rattachent à l'élément matériel ce que l'on envisage classiquement au niveau de l'élément moral⁶⁷¹.

226. Rattachement du dol spécial au mobile. Ces mêmes divergences se retrouvent quand on s'interroge sur la catégorie juridique à laquelle il convient de rattacher cet élément moral. Le critère discriminatoire étant par nature subjectif, il est tentant de le rapprocher de

⁶⁶⁸ Il suffit pour s'en rendre compte de revenir sur les divergences doctrinales entourant les définitions de dol général et de dol spécial. Une partie de la doctrine considère comme superfétatoire cette référence au dol spécial. Pour certains, le dol spécial n'amène aucune précision supplémentaire à la structure de l'infraction. Ces auteurs considèrent ainsi que l'exigence du résultat rentre de toute façon dans la définition classique du dol général. Ils aboutissent ainsi à la conclusion que le dol spécial se confondrait en réalité avec l'exigence d'un mobile qui, quand il est requis, permet de désigner une donnée psychologique particulière nécessaire à la constitution de l'infraction. En ce sens, v. MAYAUD Y., *Droit pénal général, op. cit.*, p. 235, n° 218 et s., DECOCQ A., *Droit pénal général*, Paris : A. Colin, Coll. U – Série Droit pénal et sciences criminelles, 1971, p. 217-218.

⁶⁶⁹ MERLE R. et VITU A., *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 1604, n° 1978 ; PRADEL J. et DANTI-JUAN M., *op. cit.*, p. 256, n° 380 et s.

⁶⁷⁰ VERON, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 148, n° 193 ; LARGUIER J., LARGUIER A.-M. et CONTE Ph., *op. cit.*, p. 156-157 ; CONTE Ph., *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 257, n° 440 ; GATTEGNO P., *op. cit.*, p. 136, n° 228.

⁶⁷¹ RASSAT M.-L. définit ainsi l'élément matériel de l'infraction « d'une part, par la caractéristique prise à tort en considération, d'autre part, par le bien ou le service refusé ou accordé » : *op. cit.*, p. 618, n° 543. Cet élément matériel se complète d'un élément moral qui doit être une volonté discriminatoire. Or qu'est ce qu'une volonté discriminatoire, si ce n'est une volonté prise en considération de certains motifs expressément prohibés. Une volonté discriminatoire n'est pas une volonté de différenciation puisque toute différenciation n'est pas prohibée. Donc une volonté discriminatoire est nécessairement en lien avec des motifs expressément prohibés. Cette présentation est complexe et ne sera d'ailleurs pas retenue.

la notion de mobile. Le mobile⁶⁷² est classiquement entendu comme la raison ou la cause ayant conduit le délinquant à commettre son forfait⁶⁷³. Classiquement indifférent⁶⁷⁴ dans la théorie de la responsabilité pénale⁶⁷⁵, la doctrine observe, néanmoins, depuis quelques années une intégration progressive du mobile dans l'incrimination pénale. Cette intégration se réalise de double manière : le mobile est parfois utilisé comme élément constitutif d'une infraction pénale ou alors il peut en devenir la circonstance aggravante. Ainsi, certaines infractions sont classiquement présentées comme intégrant un mobile au sein de leur élément intentionnel⁶⁷⁶. Certains auteurs vont même jusqu'à prétendre que ce que nous appelons dol spécial ne serait rien d'autre que le mobile de l'infraction⁶⁷⁷. Au soutien de cette théorie, ils différencient le dol spécial d'un mobile plus lointain qui, lui, doit rester indifférent à l'infraction⁶⁷⁸.

⁶⁷² Sur cette notion, v. MIMIN P., L'intention et le mobile in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice PATIN, Paris : Cujas, 1966, p. 113. YOTOPOULOS-MARANGOPOLOUS A., *Les mobiles du délit, Etude de criminologie et de droit pénal*, Thèse : Genève, Paris : L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, T. 17, 1974. TAHON R., *Le mobile en droit pénal belge*, RD pén. crim. 1948-1949, p. 101. TROUSSE P., *Le mobile justificatif*, RD pén. crim 1962, p. 418.

⁶⁷³ DREYER E., *Droit pénal général*, Paris : Litec, Coll. Manuels, 2010, p. 533, n° 836 ; LARGUIER J., CONTE Ph., MAISTRE du CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Armand Colin, Coll. U Droit, 2004, p. 219 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général, op. cit.*, p. 335, n° 286 ; BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis – Droit privé, 2011, p. 245 et s.

⁶⁷⁴ Du moins, en a-t-il au contraire dans l'individualisation de la peine.

⁶⁷⁵ Cass.crim., 18 juill. 1975, Gaz. Pal. 1975, II, p. 661 ; Cass. crim., 12 mars 1970, D.1970, p. 385 ; Cass. crim 19 mai 1983, R.S.C. 1984, p. 314.

⁶⁷⁶ Par exemple, l'article 227-12, al. 2 du Code pénal qui concerne l'entremise *dans un but lucratif* entre deux personnes, l'une désireuse d'adopter un enfant et l'autre d'abandonner son enfant ou encore l'article 421-1 du Code pénal s'agissant de l'infraction de terrorisme qui doit avoir pour *but de troubler gravement l'ordre public* par la terreur. Il en va de même pour le crime contre l'humanité qui doit être commis pour des *motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux*. Enfin, le délit d'organisation de sa propre insolvabilité (C. pén., art. 314-7) requiert que l'agent doit avoir eu en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation pécuniaire.

⁶⁷⁷ MIMIN P., *loc. cit.*, p. 119, CONTE Ph. et MAISTRE du CHAMBON P. s'accordent sur l'existence d'infractions requérant la recherche d'un but bien particulier qu'ils qualifient de dol spécial tout en semblant le confondre avec le mobile : *op. cit.*, p. 219, n° 383 et s. Ils ne considèrent donc pas, comme une majorité de la doctrine, le dol spécial comme l'intention d'un résultat déterminé. Ils distinguent, par contre, deux types d'intention, à savoir la volonté du résultat et la volonté d'un résultat délictueux. La volonté du résultat n'est pas, selon eux, constitutive d'un dol spécial : *ibid.*, p. 217-218 ; v. aussi PRADEL J., *Droit pénal général*, p. 404, n° 503 et s.

⁶⁷⁸ MIMIN P., *ibid.*, p. 119. Mais de l'aveu même de l'auteur, il devient difficile de distinguer le mobile que l'on peut prendre en compte de celui qui doit être indifférent. Pour solutionner cette difficulté, il propose de rapprocher la notion de mobile à celle de cause dans les actions de justice et de distinguer entre la *causa proxima actionis* et la *causae remota*. Il y aurait un mobile proche ainsi que des mobiles éloignés. Cette théorie permet de ne prendre en compte que la cause prévue par la loi et laisse de côté toutes les raisons qui ont conduit l'auteur à vouloir atteindre le résultat incriminé. V. pour une présentation plus exhaustive de cette théorie, WAGNER E., *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, Thèse dactyl., Clermont-Ferrand, 1976, p. 242-243.

L'infraction de discrimination, en ce qu'elle porte directement sur l'état d'esprit du délinquant peut expliquer l'assimilation du motif discriminatoire au mobile⁶⁷⁹. En effet, l'article 225-1 du Code pénal requiert que la distinction prohibée soit commise *à raison* de l'un des critères énumérés. L'assimilation peut donc être *a priori* pertinente. Ainsi pour Madame CERF-HOLLENDER, le motif discriminatoire est nécessairement la cause de l'infraction et non son but. En effet, elle estime que si le but se rapporte au résultat de l'infraction, la cause, quant à elle, ne peut être autre que son mobile. Le motif discriminatoire n'étant pas le simple résultat de l'infraction, elle en conclut qu'il s'agit nécessairement de son véritable mobile⁶⁸⁰.

227. L'importance de distinguer le motif du mobile. Ces théories tendent, pourtant, à confondre les notions de dol spécial et de mobile et nous n'y souscrivons pas. Cette confusion est d'ailleurs critiquée par un courant doctrinal contraire⁶⁸¹, qui refuse, quant à lui, d'admettre que le mobile puisse être l'élément constitutif d'une infraction⁶⁸². Cette doctrine oppose, pour ce faire, le dol spécial ou le dol plus spécial au mobile⁶⁸³. Ainsi, pour Madame le Professeur RASSAT, il convient de distinguer entre le dol spécial, le but particulier et le mobile : « le but particulier visé par la loi est quelque chose d'objectif commun à tous les délinquants qui se livrent à l'infraction en cause⁶⁸⁴. (...). Au contraire le mobile est une

⁶⁷⁹ DREYER E., *Droit pénal spécial*, Paris : Ellipses, Coll. Cours magistral, 2012, p. 328, n° 732. PRADEL J. et DANTI-JUAN M., *op. cit.*, p. 265, n° 381 ; BRILL J.-P., *La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'article 416 du Code pénal*, RSC 1977, p. 35.

⁶⁸⁰ CERF-HOLLENDER A., L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations in *Le champ pénal : mélanges en l'honneur du professeur Reynald OTTENHOF*, Paris : Dalloz, 2006, p. 367.

⁶⁸¹ RASSAT M.-L. dénonce également cette confusion pourtant largement présente dans la pensée doctrinale : elle souligne ainsi l'opinion contraire de DECOCQ A., STEFANI G., LEVASSEUR G. et BOULOC B. et de PUECH M. : RASSAT M.-L., *op. cit.*, p. 339, n° 289.

⁶⁸² « Le mobile n'est jamais un élément constitutif de l'infraction. Même lorsque parmi différentes fins auxquelles un acte peut être ordonné, le législateur en a retenu une particulière pour en faire l'élément psychologique de l'infraction, cette fin est encore distincte du mobile » : TROUSSE P., *loc. cit.*, p. 418. L'auteur note que la plupart du temps les notions d'intention et de mobile sont confondues alors que le mobile est une donnée personnelle de l'auteur, ce que n'est pas l'intention.

⁶⁸³ Telle est l'expression utilisée par TROUSSE P., *ibid.*, p. 419.

⁶⁸⁴ DREYER E. note quant à lui que ce qui va différencier le mobile du dol spécial est le fait que le mobile n'est pas révélé par l'acte lui-même. Mais, dans la continuité de son raisonnement, il donne un certain nombre d'exemples d'incriminations au sein desquelles figurent un but particulier et non véritablement un mobile : *Droit pénal général, op. cit.*, p. 533, n° 837.

notion subjective propre à chacun d'eux⁶⁸⁵ » Cette distinction se retrouve également dans la thèse de Monsieur le Professeur WAGNER qui partage une opinion similaire⁶⁸⁶. Ainsi, précise-t-il, ce que l'on entend en tant que mobile n'est en réalité qu'un résultat-but, qui peut-être exprimé soit par une précision matérielle du résultat, soit par une détermination psychologique⁶⁸⁷.

228. Le motif discriminatoire, un dol plus spécial. Nous souscrivons pleinement à cette opinion doctrinale. Comme le rappelait lui-même SALEILLES, « à moins d'être animé d'une véritable passion malade, on ne tue pas pour tuer »⁶⁸⁸. On ne discrimine pas non plus quelqu'un à raison de son sexe ou de sa situation de famille simplement pour discriminer. Il n'y a pas là un acte purement gratuit, sans finalité aucun et c'est la raison pour laquelle il nous semble délicat de rapporter le motif discriminatoire à la notion de mobile⁶⁸⁹. Concevoir de telle manière le motif discriminatoire aboutit à méconnaître le long processus de l'activité criminelle intellectuelle qui amène le délinquant à commettre son forfait. Or, nous aurions du mal à croire que l'envie de discriminer apparaisse telle une révélation dans l'esprit du délinquant. Il convient donc, à notre sens, d'entendre le motif discriminatoire comme un élément de précision du dol spécial, indispensable au respect du principe de légalité. Il n'aurait, en effet, pas été concevable de réprimer toute distinction en faisant abstraction des motifs qui la sous-tende. Il constitue une donnée psychologique particulière du dol spécial, un *dol plus spécial* pour reprendre les termes de Monsieur le Procureur TROUSSE⁶⁹⁰, mais non à proprement parler un mobile⁶⁹¹. Il subsiste toujours derrière le comportement une autre

⁶⁸⁵ Ce qui amène TROUSSE P. à considérer que « dès que l'intention est retenue comme élément constitutif d'une infraction, elle cesse d'être personnelle à l'agent et par conséquent d'être un mobile », *loc. cit.*, p. 419.

⁶⁸⁶ En réponse aux critiques de la doctrine classique voyant dans la notion de dol spécial une intégration des mobiles de l'individu et par conséquent, un élément dangereux dans la répression pénale.

⁶⁸⁷ WAGNER E. : « on comprend bien alors la différence avec le mobile, car celui qui agit pour... dans un but de... peut le faire pour toutes sortes de raisons personnelles indifférentes » : *op. cit.*, p. 241-242.

⁶⁸⁸ SALEILLES R., *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 2^{ème} éd., Paris : F. Alcan, Coll. Bibliothèque générale des sciences sociales, 1909, p. 217.

⁶⁸⁹ DESPORTES F. et LASSERRE CAPDEVILLE J. font d'ailleurs une nette distinction entre ce qui relève du motif et du mobile pour montrer la portée de la répression pénale de l'infraction, *Discriminations*, *loc. cit.*, n° 17.

⁶⁹⁰ TROUSSE P., *loc. cit.*, p. 419.

⁶⁹¹ DESPORTES F. et LE GUNHEC F. rappellent d'ailleurs que le mobile est parfois un résultat plus lointain que celui prévu par la loi. Il semble qu'il faille aller dans ce sens là. Le mobile d'un comportement discriminatoire est un résultat autre et plus lointain que le fait de simplement distinguer les personnes à raison de l'un des critères prohibés : *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Paris : Economica, Coll. Corpus – Droit privé,

motivation, plus profonde, qui peut être de l'ordre de l'animosité, du profit, de la crainte et qui aboutira au comportement prohibé. Cette autre motivation est constitutive de ce que nous entendons par le terme mobile, plus lointain et indifférent à la mise en œuvre de la répression⁶⁹².

Cette distinction est d'ordre théorique et n'a pas d'incidence pratique. Par contre, la prise en compte de l'état d'esprit du délinquant dans les éléments constitutifs d'une infraction a, quant à elle, des conséquences non négligeables. Il faut concevoir que, de manière générale, plus on subjectivise l'élément intentionnel⁶⁹³ et plus l'appréciation de celui-ci s'avère difficile. En effet, quand l'infraction requiert classiquement un dol général ou/et un dol spécial, l'intention s'apprécie de manière objective. La pratique judiciaire utilise, alors, un procédé déductif pour tirer des faits l'intentionnalité de l'auteur de l'infraction. La recherche de l'intentionnalité ne pose, par conséquent, pas de problème évident d'un point de vue probatoire. Ce procédé déductif est beaucoup plus difficile à mettre en œuvre quand l'élément intentionnel requiert de cerner avec précision l'état d'esprit du délinquant. Seule sa matérialisation à travers des faits, des propos ou des contradictions rendra la déduction possible. Appliquée à l'infraction de discrimination, cette affirmation nous conduit à considérer que la preuve ne peut se satisfaire d'une simple apparence ou d'un simple constat.

229. Si nous ne saurions faire référence à une quelconque discrimination en l'absence de critère discriminatoire, celui-ci ne suffit pourtant pas du point de vue de la norme pénale. Il est de surcroît indispensable que le comportement adopté résulte de la prise en compte du motif prohibé, c'est toute la question du lien de causalité.

2009, p. 443, n° 478. CERF-HOLLENDER A. semble d'ailleurs douter de la certitude de cette qualification de mobile puisqu'elle admet à ce sujet que la frontière entre dol spécial et mobile n'est véritablement pas aisée : *loc. cit.*, p. 373.

⁶⁹² Dans le même sens, LASSERRE CAPDEVILLE J., *Fasc 20, loc. cit.*, n° 18.

⁶⁹³ BENILLOUCHE M., *La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité*, RSC 2005, p. 529. L'auteur note que cette tendance s'observe tant du point de vue de la présence du mobile dans les éléments constitutifs de l'infraction, qu'en matière de délits non-intentionnels dans l'appréciation de la faute pénale.

§ 2 - Le lien de causalité, une exigence spécifique du droit pénal

230. S'il ne saurait y avoir de discrimination sans constat de l'existence d'un lien de causalité entre le motif et le comportement, cette condition n'est propre qu'à l'infraction de discrimination. C'est ainsi que doit être compris le rôle du lien de causalité à l'égard de cette infraction (A). S'il marque donc la spécificité de l'approche pénale, il s'agit également de l'exigence qui pose le plus grand nombre de difficultés dans le contentieux des discriminations (B).

A) Le rôle du lien de causalité dans l'infraction de discrimination

231. Le lien de causalité, en tant qu'élément à part entière de l'infraction de discrimination présente un double intérêt. D'une part, il permet de définir la notion de discrimination et de ce fait de marquer la différence existante entre la notion pénale et la notion civile de discrimination (1). D'autre part, il permet de distinguer la discrimination d'autres infractions que l'on a parfois tenté d'assimiler à cette première (2).

1) Le lien de causalité comme élément de définition

232. La notion de discrimination et l'existence de différents degrés d'intention. Seul le droit pénal exige formellement pour la caractérisation de l'infraction que le comportement en cause ait été animé d'une intention discriminatoire. Cette intention peut être relevée à partir du moment où il existe un lien de causalité entre le critère et le comportement en question. Cette conception diffère donc des autres approches de la notion de discrimination à tel point qu'il est possible de classer la discrimination selon le degré d'intention requis. Plus le degré est élevé et moins les perspectives de sanction du comportement sont larges. En effet, plus nous montons dans le degré d'intention et plus la charge probatoire s'alourdit puisqu'il faut à chaque fois sonder, de manière précise, la conscience individuelle. Quatre manières d'appréhender l'intentionnalité peuvent être relevées :

- Le premier degré est celui où l'intentionnalité est la plus forte. Il s'agit de l'hypothèse où le délinquant est animé d'une animosité particulièrement grave à l'encontre de la victime. C'est l'hypothèse type de l'acte racial, xénophobe, antisémite ou encore sexiste.
- Le second degré est celui où l'intentionnalité est intermédiaire. Il n'y a pas forcément d'animosité ou de rejet de la personne, mais on constate que le choix opéré procède d'une appréciation purement subjective. Les préjugés y ont souvent une influence considérable.
- Le troisième degré est celui où l'intentionnalité est indifférente, c'est-à-dire qu'elle est juridiquement indifférente. Qu'il y ait intention discriminatoire ou non, cette variable ne rentre pas dans l'appréciation du comportement discriminatoire. Il suffit, par exemple, de constater qu'une femme a fait l'objet d'une différence de traitement en terme d'évolution de carrière pour sanctionner la discrimination. Peu importe que cette différence procède directement de la prise en compte du sexe de la personne.
- Le quatrième degré est similaire au troisième, à la différence près qu'il n'est relatif qu'à la notion de discrimination indirecte. Il s'agit du degré où *a priori* l'intention n'existe pas. Ainsi, en permettant, par le biais de la notion de discrimination indirecte, de sanctionner une pratique neutre dont les conséquences sont jugées discriminatoires, on part du postulat que le phénomène discriminatoire est indirect, incident. Il ne procède donc pas, en principe, de la volonté du mis en cause. Il convient, cependant, d'être vigilant avec cette dernière hypothèse. La pratique ou la mesure neutre peut très bien procéder d'une intentionnalité déguisée. Dans ce dernier cas, elle se situe entre le second et le troisième degré.

233. Le lien de causalité dissocie les notions civile et pénale de la discrimination. Le contentieux civil et pénal est scindé en fonction de ces différents degrés. Le droit pénal n'intervient qu'au niveau des premier et second degrés, c'est-à-dire à des niveaux où nous sommes sûrs que le délinquant méprise considérablement (second degré) ou dangereusement (premier degré) la valeur sociale. Dans les troisième et quatrième degrés, il n'intervient plus. A l'inverse, le contentieux civil est susceptible d'intervenir à tous les degrés. Mais notons, qu'au troisième et quatrième degré, il n'est plus question de protection de la dignité humaine, mais davantage de sanction des ruptures d'égalité arbitraires. L'intention étant

indifférente, la discrimination sera prouvée par l'utilisation d'une approche comparative, quand celle-ci est possible⁶⁹⁴. **Ainsi, plus l'intentionnalité est déterminante du comportement et plus le comportement discriminatoire tendra à violer la valeur sociale.** En réalité, si la frontière semble aisément distinguable présentée de cette manière, dans la pratique, elles se confondent bien souvent, ce qui rend le traitement de ce type de comportement parfois fastidieux.

234. Élément de définition de l'infraction, le lien de causalité trouve également une seconde fonction : il permet de distinguer ce qui relève de la discrimination de ce qui relève d'autres infractions dont la proximité n'est, certes, qu'apparente, mais tout de même trompeuse.

2) *Le lien de causalité comme élément de distinction*

235. Discrimination et harcèlement, une tendance à l'assimilation. L'utilisation de certains critères discriminatoires dans d'autres infractions pénales conduit parfois à leur assimilation à l'infraction de discrimination. Il en va ainsi du harcèlement, que le droit de l'Union européenne assimile à une discrimination sexuelle portant directement atteinte à la dignité de la personne⁶⁹⁵. En dépit de l'absence de proximité matérielle existante au niveau de l'élément matériel de ces deux infractions, l'idée que le harcèlement constitue bien une différence de traitement justifie, aux yeux du droit de l'Union européenne, cette assimilation.

Celle-ci ressort notamment du fait que les directives européennes distinguent le harcèlement

⁶⁹⁴ En effet dans certaines situations la méthode comparative ne présente pas de grande pertinence. Si l'employeur licencie un salarié à raison de son état de santé, nous n'allons pas commencer à comparer sa situation à la situation de tous les autres salariés qui ont été licenciés. Par contre, elle représente un intérêt particulier pour une grande quantité de comportements discriminatoires, notamment systémiques. Voir, *infra* n° 483.

⁶⁹⁵ La directive n° 2002/73/CE du 23 sept. 2002 modifiant la directive n°76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail rappelle en son §3 de l'article 2 que « le harcèlement et le harcèlement sexuel au sens de la présente directive sont considérés comme une discrimination fondée sur le sexe » : JOCE n° L 269 du 5 oct. 2002.

stricto sensu du harcèlement sexuel⁶⁹⁶, ce qui permet ainsi de sanctionner deux sortes de pratiques. Il en va ainsi, tout d'abord, de celles visant à obtenir des faveurs de nature sexuelle et ensuite de celles, qui en considération du sexe de la personne, la placent dans une situation dégradante, offensante, humiliante distincte de celle des autres salariés. Le droit français, par une sorte de compromis bancal⁶⁹⁷ qui lui coûta récemment l'abrogation des dispositions relatives au harcèlement sexuel⁶⁹⁸, fit preuve d'une certaine ambiguïté à ce sujet. Ce n'est, tout d'abord, que de manière résiduelle que le harcèlement peut être considéré comme une atteinte à la dignité⁶⁹⁹, le Code pénal ayant pris fait et cause pour une infraction permettant de sanctionner des agissements à caractère sexuel et non sexiste⁷⁰⁰. Mais la confusion avait été parallèlement entretenue par l'application systématique des mesures adoptées en vue d'améliorer la situation de la victime de discrimination aux cas de harcèlement⁷⁰¹.

⁶⁹⁶ Elle distingue ainsi en son article 2§2 le harcèlement et le harcèlement sexuel. Le harcèlement est « la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant » alors que le harcèlement sexuel est « la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

⁶⁹⁷ V. pour une critique faisant état des incohérences et des carences du harcèlement sexuel : ROY-LOUSTAUNAU C., *Le droit du harcèlement sexuel : un puzzle législatif et des choix novateurs*, Dr. soc. 1995, p. 545.

⁶⁹⁸ Dans sa décision n° 2012-240 QPC du 04 mai 2012, le Conseil constitutionnel, considérant que l'article 222-33 du Code pénal « permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis », estime qu'il méconnaît ainsi le principe de légalité des délits et des peines et est donc contraire à la Constitution. L'article est ainsi abrogé depuis le 5 mai 2012.

⁶⁹⁹ VIOTOLLO A. souligne ainsi la spécificité de la conception française relative au harcèlement selon laquelle il s'agissait davantage de protéger l'emploi de l'individu plutôt que sa propre dignité. : *Le harcèlement sexuel dans les relations de travail. La spécificité française confrontée au droit communautaire*, JCP E, 2003, 1202. MOREAU M.-A. va même plus loin en considérant que « le législateur n'entend pas réprimer l'atteinte réelle à la dignité de la personne (...). Il ne s'attache qu'au détournement de pouvoir de l'employeur ». Le harcèlement est pour elle sanctionné au titre de l'abus d'autorité : *A propos de l'abus d'autorité en matière sexuelle*, Dr. soc. 1993, p. 115.

⁷⁰⁰ L'ancien article 222-33 avait donc été rangé dans la section 3 relative aux agressions sexuelles du chapitre 2, Titre 2, Livre 2 du Code pénal. Il définissait le harcèlement comme « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle ».

⁷⁰¹ Ainsi, l'article L. 1153-2 du Code du travail relatif à la sanction des mesures de rétorsion prises à l'encontre d'un salarié ou d'un candidat à l'emploi s'applique tant en ce qui concerne les cas de discrimination que de harcèlement sexuel. Il en va de même en ce qui concerne les témoins de tels agissements (article L. 1153-3 du Code du travail) et en ce qui concerne le régime favorable mis en place dans les cas de discrimination en matière de charge de la preuve (article L. 1154-1 du Code du travail). Notons que de nombreux pays avaient, quant à eux, adhéré à cette conception européenne en assimilant le harcèlement à la discrimination : V. à ce sujet : Sénat, *Les définitions du harcèlement sexuel*, Etudes de législation comparée du Sénat, n° 225, juin 2012.

236. Le rôle du lien de causalité dans la dissociation des infractions de harcèlement et de discrimination. Ce rapprochement a été en apparence réitéré récemment⁷⁰² par la création d'un nouvel article 225-1-1 au sein du Code pénal⁷⁰³ qui consacre la notion de « harcèlement discriminatoire », autrement dit d'une discrimination qui résulte d'une situation de harcèlement. Ce faisant, la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel⁷⁰⁴ a instauré une frontière entre ces notions, qui s'oppose à l'assimilation du harcèlement à la discrimination telle que constatée en droit de l'Union européenne. Il est tout d'abord clairement admis que la conception européenne n'a pas vocation à s'imposer en matière pénale en ce qui concerne cette question⁷⁰⁵. Mais surtout, l'importance allouée au lien de causalité dans les cas de discrimination s'oppose théoriquement à cette assimilation. Il est certes difficilement contestable qu'en réalité les infractions de harcèlement et de discrimination entretiennent certains liens. La discrimination peut être un moyen⁷⁰⁶ voire le résultat⁷⁰⁷ de pratiques de harcèlement, mais la poursuite du harcèlement « discriminatoire » se suffit du constat de la seule différence de traitement, si bien que le critère discriminatoire

⁷⁰² Rappelons ainsi que 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 assimile en son article 1^{er} les faits de harcèlement à connotation sexuelle ou en lien avec un autre motif à une discrimination.

⁷⁰³ Cet article dispose « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés ». V. à ce sujet : MOUREY L., *Les délits de harcèlement sexuel et de discrimination: retour sur une difficile association (à propos de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel)*, LPA 2012, n° 191, p. 6.

⁷⁰⁴ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012, JO du 7 août 2012, n°0182, p. 12921.

⁷⁰⁵ C'est ainsi que le rapport parlementaire rappelle que l'existence d'une infraction réprimant le harcèlement sexuel n'étant pas imposée par l'Union européenne, le droit pénal peut s'inspirer de cette conception mais néanmoins pas s'en satisfaire au risque de retenir alors une définition qui ne serait pas suffisamment claire et précise : CROZON P., *Rapport sur le projet de loi relatif au harcèlement sexuel*, Paris : Assemblée nationale, Rapport n° 86 fait au nom de la commission des lois, enregistré à l'Assemblée nationale le 18 juill. 2012, p. 21 et s.

⁷⁰⁶ « La discrimination peut être la manifestation d'un harcèlement par une des formes de son expression visible qui peut être sanctionnée », le délit pénal de discrimination deviendrait alors un moyen de harcèlement : HANOT D., *Les sanctions du harcèlement au travail dans les secteurs privés et publics: les sanctions pénales*, Paris : l'Harmattan, 2008, p. 105.

⁷⁰⁷ C'est d'ailleurs en ce sens là qu'avait été interprétée l'ancienne définition du harcèlement sexuel avant l'intervention de la loi du 17 janv. 2002. Pour certains, « la menace de répercussion sur l'emploi constitue un élément essentiel de la définition du harcèlement sexuel (...) le dispositif protecteur ne prévoit que la protection contre les menaces (sanctions, licenciements, discriminations) affectant l'emploi ou la carrière de celui-ci » : ROY-LOUSTAUNAU C., *Le harcèlement sexuel « à la française »*, *Commentaire de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992* : JCP E 1993, I-237. La création du nouvel article 225-1-1 remet cette conception au goût du jour.

n'est pas une exigence propre à la qualification⁷⁰⁸. En effet, la relation existante entre le comportement et le critère est dépourvue de lien de causalité. Comme le soulève un auteur « la discrimination repose sur une conception abstraite du sexe, comme appartenance à une catégorie, à un groupe » tout en rappelant que la victime peut très bien être harcelée « en raison de son aspect physique, de son *sex-appeal*, voire de qualités morales et/ou intellectuelles »⁷⁰⁹. A l'heure actuelle, la notion de « chantage sexuel » est au coeur de la définition du harcèlement sexuel sans que celui-ci ne s'apparente forcément à des considérations sexistes et catégorielles telles que sanctionnées par la discrimination. La discrimination face au harcèlement sexuel s'entend donc comme une conséquence et non comme une assimilation.

237. Le lien de causalité permet, en conséquence, de délimiter le comportement qui relève de l'infraction de discrimination de celui qui ne pourra recevoir aucune qualification pénale ou faire l'objet d'une autre qualification pénale. La notion pénale de discrimination est donc essentiellement construite autour de cette exigence de causalité. Néanmoins l'appréciation pratique de ce lien de causalité ne se fait pas toujours sans difficulté.

B) L'appréciation du lien de causalité dans le contentieux des discriminations

238. Élément central de l'infraction de discrimination, l'exigence d'un lien de causalité induit le rejet de la condamnation de certaines pratiques qui ne sont qu'en apparence discriminatoires. La jurisprudence tend parfois, par une appréciation extensive (2), à s'en écarter afin de favoriser l'efficacité répressive de la sanction des discriminations (1).

1) Une appréciation souple au service de l'efficacité répressive

239. Le lien de causalité implique le rejet de la discrimination apparente. L'exigence

⁷⁰⁸ VIOTOLLO A., *loc. cit.*, n° 13.

⁷⁰⁹ DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ? (A propos de l'article 222-23 du nouveau Code pénal et de la loi n. 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle)*, JCP E 1993, 3662.

de ce lien de causalité, rappelée ponctuellement par la jurisprudence⁷¹⁰, est exprimée dans la rédaction de l'incrimination : « toute distinction opérée à raison de »⁷¹¹ l'un des critères énumérés. Cette exigence revêt une importance considérable car c'est à partir de ce lien de causalité que peut être définie la frontière entre ce qui, au sens de la norme pénale, est discriminatoire et ce qui ne l'est pas. La question que pose le lien de causalité est de savoir à partir de quel seuil il est possible de considérer que le délit de discrimination est constitué. Faut-il que le lien causal existant entre le critère et le comportement soit apparent, vraisemblable ou réel ? La prise en compte du critère doit-elle être unique ou peut-elle être multiple ? Autrement dit, l'infraction est-elle constituée à partir du moment où la seule existence d'un critère discriminatoire est constatée ? Au contraire, suppose-t-elle un lien causal absolu en vertu duquel le critère discriminatoire est le seul et unique critère à l'origine de la décision discriminatoire ? Ces questions ne sont pas sans intérêt théorique ou pratique car elles permettent de démontrer que l'intention peut être appréciée à des degrés différents, étant entendu que plus le degré requis est élevé et plus la charge de la preuve sera conséquente.

La doctrine propose différentes interprétations à ce sujet. Il est tout d'abord communément admis que l'on ne saurait simplement se contenter d'une apparence de discrimination. En effet, il ne suffit pas de constater que la personne s'estimant victime de discrimination, présente l'une des caractéristiques visées par l'article 225-1⁷¹² pour conclure que le choix opéré par le prévenu soit discriminatoire⁷¹³. Il doit y avoir un lien de causalité entre le critère visé par l'article 225-1 du Code pénal et le comportement. Ainsi, il existe des situations dans lesquelles il est tout à fait possible de constater l'existence d'un refus opposé à une personne présentant un des critères visés par l'article 225-1⁷¹⁴, alors qu'une étude précise des circonstances de l'infraction peut pourtant démontrer que la décision repose sur des éléments

⁷¹⁰ CA Rennes, 18 déc. 2008, n° 2118/2008 ; Cass.crim, 16 févr. 2010, n° 09-80.663.

⁷¹¹ Nous soulignons.

⁷¹² Précisons que dans l'hypothèse où le critère discriminatoire n'entre pas dans les prévisions de la loi, cela n'équivaut pas à un défaut d'élément moral. Dans ce type de situation, c'est au contraire l'élément légal qui fait défaut, même si du point de vue des poursuites, cela emporte les mêmes conséquences.

⁷¹³ RASSAT M.-L., *ibid.*, p. 620, n° 545.

⁷¹⁴ Comme le souligne LASSERRE CAPDEVILLE J., dans certains cas les preuves réunies laissent supposer fortement l'existence d'un comportement discriminatoire, si bien qu'il incombe, en effet, à la défense de prouver l'absence de motivation discriminatoire : *loc. cit.*, n° 74.

parfaitement objectifs⁷¹⁵.

240. Une causalité certaine et déterminante. L'élément moral de l'infraction doit s'apprécier d'une part, dans la volonté du résultat - la différence de traitement - et d'autre part, dans l'existence d'un motif discriminatoire qui doit être la cause certaine et déterminante de cette volonté. Il convient donc de toujours apprécier le lien de causalité existant entre ces deux éléments. Cet aspect, fondamental dans l'incrimination pénale de l'infraction de discrimination, explique dans une large mesure l'opposition existante entre la conception pénale et civile de la notion de discrimination. Dans l'approche civile, nous nous contentons d'exiger la présence d'un motif discriminatoire et d'un comportement⁷¹⁶. On ne recherche pas d'intentionnalité particulière ; le lien de causalité existant entre ces deux éléments n'importe pas. C'est ce qui aboutira à des démarches, en termes probatoires, tout à fait différentes⁷¹⁷.

Monsieur le Conseiller DESPORTES en conclut, dès lors, que l'élément moral ne peut faire défaut que dans une seule hypothèse⁷¹⁸, à savoir quand il n'existe pas de lien de causalité entre le critère en présence et le comportement adopté⁷¹⁹. Cela suppose, selon l'auteur, que le

⁷¹⁵ Tel le refus opposé à des personnes d'origine étrangère à l'entrée d'un établissement de nuit en raison d'un risque de troubles que laissent craindre l'existence de précédentes altercations : Cass. crim., 3 juin 2003, n° 02-86.158. De même, est aussi apparemment discriminatoire le refus d'accès à un établissement de nuit opposé à une personne en situation de handicap justifié par une trop grande affluence, quand par la suite une trentaine de personnes sont acceptées. Il subsiste un doute quant à l'existence d'un lien de causalité puisque le portier justifie ce refus par l'énerverment du plaignant et l'état d'ébriété de l'accompagnant : CA Douai, 16 sept. 2008, n° 08/1145, Juris-data n° 2008-006522.

⁷¹⁶ Nous noterons que cette double conception de la notion de discrimination est particulièrement importante pour lutter efficacement contre la discrimination. Ainsi, dans l'étude menée par KRIEGER HAMILTON L., celle-ci souligne l'enjeu inhérent à l'absence de prise en compte d'un lien causal exprès entre le comportement et le critère discriminatoire. S'appuyant sur des recherches menées dans le domaine de la psychologie sociale, celle-ci démontre l'importance particulière des stéréotypes dans le processus discriminatoire : « une proportion élevée des cas de discrimination, y compris directe, résulte d'erreurs de jugement non intentionnelles liées à des catégorisations sociales normalement présentes dans le fonctionnement cognitif des individus (...) Cette forme de discrimination ne procède guère de motivation ou d'intentions racistes, sexistes, etc., et peut se rencontrer chez des acteurs sociaux parfaitement bien intentionnés, qui, en conscience, refusent toute légitimité aux catégories raciales, ethniques ou autres et rejettent les croyances et les stéréotypes qui y sont attachés. » : *Un problème de catégories : Stéréotypes et lutte contre les discriminations*, avr. 2008, consultable sur : www.frenchamerican.org/.../krieger_socialstereotypes_report_fr.pdf, p. 7.

⁷¹⁷ V. *infra* n° 483.

⁷¹⁸ DESPORTES F., *Fasc. 20, loc. cit.*, n° 70 et s.

⁷¹⁹ V. pour des applications : CA Aix-en-Provence, 17 févr. 2003, n° 2964/2003, Juris-data n° 2003-243745 : le refus d'un tenancier de laisser entrer une personne atteinte de cécité accompagnée de son chien, un soir de

motif évoqué soit réel⁷²⁰, exclusif⁷²¹ et légitime⁷²². Il va donc falloir que le prévenu présente des éléments objectifs démontrant l'absence d'intentionnalité discriminatoire⁷²³, qui justifieront sa relaxe. La discrimination n'est, dans ce type d'hypothèse, qu'apparente, c'est-à-dire qu'elle offre tous les indices d'un comportement discriminatoire alors que la réalité est autre.

Parallèlement, l'appréciation du motif objectif s'effectue de façon particulièrement restrictive par les juges du fond. Comme le note Monsieur DETRAZ, « il faut comprendre les critères discriminatoires – et, partant, les mobiles qui en empruntent les contours – comme englobant les inconvénients qui leur sont inhérents »⁷²⁴. Ainsi, le désagrément causé, par exemple, par les absences répétitives d'un délégué syndical est un motif qui se rattache inéluctablement au critère discriminatoire⁷²⁵. Les mobiles annexes considérés par la défense comme justificatifs du comportement sont donc inopérants dans la qualification de

grande affluence, alors que la présence de son chien aurait pu être dangereuse et donc contraire aux règles de sécurité, ne caractérise pas l'intention discriminatoire.

⁷²⁰ Doit être condamné pour discrimination en raison de la situation de famille, le propriétaire qui se rétracte pour la signature du bail après avoir appris qu'un des enfants du candidat est placé en foyer. L'argument tiré du fait que la locataire n'a pas réuni tous les documents nécessaires à la location n'a pas été retenu : CA Toulouse, 2 avr. 2009, n° 09/432, Juris-data n° 2009-376378.

⁷²¹ Le refus d'accès à un restaurant-bar opposé à une personne atteinte de cécité n'est pas discriminatoire, celui-ci ayant été uniquement motivé par la présence du chien et pour des raisons de sécurité : CA Aix-en-Provence, 17 févr. 2003, *préc.*

⁷²² N'a pas été retenu comme motif légitime, la nécessité pour un dépositaire de l'autorité publique de refuser le droit à la parole à une personne portant une croix lors d'une réunion du Conseil municipal. Comme le soulève la Cour, rien ne laisse penser qu'effectivement le port de ce signe soit de nature à troubler les travaux du Conseil, Cass. crim., 1^{er} sept. 2010, *préc.* N'est également pas légitime le refus d'embauche opposé à un syndiqué en raison des absences répétées qu'est susceptible de générer son statut, Cass. crim. 2 sept. 2003, n° 02-86.048, Bull. crim. 2003, n° 148 ; Juris-data n° 2003-020358 ; RSC 2004, p. 363, obs. CERF-HOLLENDER A.

⁷²³ Doit être confirmée la relaxe d'un employeur accusé de discrimination syndicale pour avoir licencié un salarié faisant preuve d'un comportement équivoque à l'égard des enfants : Cass. crim., 24 janv. 2007, n° 06-84.083. Doit être relaxée la tenancière d'un bar refusant de servir un client ayant précédemment fait un malaise. Sa méconnaissance de la maladie du client implique nécessairement que celle-ci ne pouvait pas avoir eu l'intention de le discriminer à raison de son état de santé : CA Rouen, 21 juin 2004, n° 767, Juris-data n° 2004-258089. Enfin, s'agissant des dépositaires de l'autorité publique, n'est pas constitutif d'une discrimination, le refus d'élèves portant « le foulard islamique », dès lors que la mesure est motivée par le comportement prosélyte des élèves et par leur intention de perturber les cours, CA Douai, 3 avr. 1991, Juris-data n° 1991-045321.

⁷²⁴ DETRAZ S., note ss. Cass. crim., 1^{er} sept. 2010, n° 10-80.584, D. 2010, p. 2624.

⁷²⁵ Les juges sont particulièrement stricts à cet égard et c'est ainsi que l'argument selon lequel l'employeur justifie le licenciement d'un défenseur syndical au motif d'une absence fautive, en raison du non-respect d'un délai de prévenance, a été rejeté par les juges qui se sont contentés de retenir le motif discriminatoire comme cause directe du licenciement : Cass. crim., 6 mai 2008, *préc.*

l'infraction⁷²⁶. Peu importe que le délinquant n'éprouve aucune animosité particulière à l'égard de la victime et que, par conséquent, il n'aie pas de mobile raciste⁷²⁷, homophobe, sexiste ou autre⁷²⁸. De même, les arguments, tirés de la nécessité de ménager les tiers qu'ils soient clients⁷²⁹ ou salariés d'une entreprise⁷³⁰ n'importent aucunement. L'incrimination n'a pas vocation à excuser les partisans de la politique du moindre effort. Peu importe donc la légitimité du mobile invoqué par l'auteur⁷³¹, il n'en demeure pas moins coupable de discrimination.

2) *Une appréciation extensive*

241. Le critère discriminatoire et l'absence de lien de causalité. Si l'appréhension de l'élément moral s'avère simple en théorie, il n'en va pas toujours de même dans la pratique. Nous citerons un des arrêts illustrant le mieux l'importance du lien causal. Dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes du 18 décembre 2008, était en cause une pratique discriminatoire qui avait abouti à écarter un certain nombre d'enfants de salariés de l'entreprise du processus de sélection pour des emplois saisonniers. Les parties civiles estimaient, alors, avoir été victimes de discrimination à raison de la situation de famille. Il n'en était rien, ce qui a inéluctablement conduit la Cour à relaxer le prévenu.

Le raisonnement de la Cour est opéré en deux temps. Elle soulève en premier lieu que le processus de sélection ne permettait que l'embauche des enfants des salariés de l'entreprise. Il s'agit, par conséquent, non pas d'un critère discriminant mais d'un critère attribuant⁷³². En

⁷²⁶ Cette indifférence du mobile dans la consommation de l'infraction de discrimination est d'ailleurs explicitement rappelée par l'arrêt de la CA de Rennes du 31 mai 2007, n° 071975, Juris-data n° 2007-339276.

⁷²⁷ TGI Strasbourg, 25 juin 1974, 2^{ème} espèce, D. 1975, p. 492 ; CA Paris, 12 nov. 1974, D. 1975, p. 471.

⁷²⁸ LASSERRE CAPDEVILLE J., *Fasc 20, loc. cit.*, n° 18.

⁷²⁹ TGI Nantes, 1^{er} mars 1990, Juris-data n° 1990-048749.

⁷³⁰ CA Paris, 20 mars 1997, Juris-data n° 1997-020640.

⁷³¹ Citons ainsi, dans le cadre des poursuites menées à l'encontre des personnes dépositaires de l'autorité publique, l'exemple du maire qui, pour avertir les autorités de tutelle quant au trop grand nombre d'enfants inscrits à l'école, refuse d'inscrire ceux d'origine étrangère. CA Paris, 12 mars 1992, Juris-data n° 1992-02072.

⁷³² Nous noterons que ce type de pratiques, visant à privilégier les enfants du personnel de l'entreprise, n'est plus accepté à l'heure actuelle. La HALDE s'est d'ailleurs fermement positionnée sur la question : Délib. n° 2005-50 du 17 oct. 2005, Délib. n° 2011-03 du 31 janv. 2011. Précédemment, elle avait estimé par deux délibérations – Délib. n° 2009-355 et n° 2009-356 – que le fait de réserver des emplois saisonniers aux enfants du personnel était constitutif de l'infraction de discrimination : JCP S 2009, act. 656. Il s'agit, en effet, d'une

effet, le critère de la situation de famille est bien celui qui est à l'œuvre dans le processus de sélection. La comparaison ne s'effectue donc pas entre un candidat extérieur et un candidat ayant un lien de parenté avec un salarié de l'entreprise, mais entre plusieurs candidats ayant tous un lien de parenté avec un salarié de l'entreprise. Il ne peut être, par conséquent, le critère de discrimination.

Dans un deuxième temps, elle constate que le rattachement des parents-salariés à une association de solidarité et de défense des agents actifs de l'entreprise ne peut pas être légalement le critère discriminatoire. En effet, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale s'oppose à intégrer cette pratique associative sous le critère « appartenance à une activité syndicale » ou sous celui relatif aux opinions politiques. Elle en conclut à l'absence de pratique discriminatoire⁷³³.

242. Le critère non discriminatoire et l'existence d'un lien de causalité. Si l'espèce porte sur une situation où le critère, bien que juridiquement discriminatoire, est inutilisable, nombreuses sont les situations où les apparences peuvent être particulièrement trompeuses. Ainsi, il arrive aussi, qu'à l'inverse, le critère ne soit pas juridiquement discriminatoire mais néanmoins utilisable au titre de la recherche de l'intention discriminatoire. Cela dénote de la volonté du juge de ne pas adopter une conception restrictive de la discrimination en allant chercher, au-delà des critères discriminatoires limitativement énumérés, des critères qui *de facto* aboutissent aux mêmes conséquences discriminatoires. L'affaire en question portait sur une offre d'emploi qui exigeait des candidats à l'emploi la détention d'une carte d'électeur⁷³⁴. La Cour, en s'appuyant sur le fait que le prévenu avait « manifesté la conscience qu'il avait du caractère discriminatoire de la nationalité »⁷³⁵, sanctionne une

discrimination à raison de la situation de famille. Cette question n'est pas étudiée par la Cour d'appel puisque le processus de sélection n'avait pas abouti à discriminer une personne extérieure de l'entreprise. Elle n'a donc pas été saisie directement de cette question.

⁷³³ Nous noterons enfin que l'existence d'une volonté discriminatoire délibérée portait à caution dans cette affaire, compte-tenu des arguments avancés qui laissaient supposer que le refus procédait de considérations tierces, notamment le fait que ces enfants avaient déjà bénéficié d'un emploi saisonnier antérieurement.

⁷³⁴ V. pour un précédent : CA Paris, 9 juin 1988, n° 88/5678 – Cass. crim., 1^{er} déc. 1992, n° 89-82.689, Bull. crim. 1992, n° 398, p. 1131.

⁷³⁵ Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-83.710, Bull. crim. 2009, n° 19, Juris-data n° 2009-046828 ; D. 2009, p. 997, note DETRAZ S. ; RSC 2009, p. 589, obs. MAYAUD Y. ; AJ Pén. 2009, p. 180, obs. LASSERRE CAPDEVILLE J.

discrimination déguisée⁷³⁶ qui, au regard des circonstances, n'est autre qu'une discrimination indirecte⁷³⁷. Ici, le juge n'a pas raisonné directement à partir du critère discriminatoire mais par rapport au lien de causalité qui existait entre le comportement adopté et le critère suspect⁷³⁸.

Or, si l'on admet classiquement que la notion de discrimination indirecte n'a pas vocation à s'appliquer en droit pénal, cet arrêt nous convainc du contraire, sous réserve qu'elle soit intentionnelle. Si cette intention n'est pas exigée dans la définition classique de la discrimination indirecte, cela ne veut pas dire que toutes les discriminations indirectes sont exemptes d'intentionnalité. En conséquence, ce type de discrimination peut être aussi démontré à partir du moment où il est prouvé que le prévenu a volontairement déguisé la discrimination dont il est l'auteur. Cette jurisprudence permettra non seulement de couvrir une notion que l'on pensait inapplicable en droit pénal, mais aussi d'en élargir le champ étant entendu que la discrimination indirecte pourra être appréhendée à partir de tous les critères énumérés par l'article 225-1 du Code pénal.

243. Ce lien de causalité s'apprécie donc de manière plus ou moins variable par les tribunaux répressifs. Classiquement, ces derniers ont tendance à ne condamner le prévenu que dans les situations où l'existence d'une intention discriminatoire ne peut être contestée. Cette appréciation stricte du lien de causalité⁷³⁹ aboutit souvent à des relaxes au bénéfice du doute⁷⁴⁰. Mais, parallèlement, d'autres arrêts permettent de voir un assouplissement dans l'appréciation de l'intentionnalité discriminatoire et laissent alors ouverte la voie de la sanction de comportement que le droit pénal ne pouvait *a priori* pas appréhender. Enfin, même constituée dans l'ensemble de ces éléments, l'infraction peut, dans certaines

⁷³⁶ Dans l'arrêt de 1992, la Cour d'appel avait refusé de considérer que les éléments constitutifs de l'infraction étaient réunis aux motifs que, compte tenu des exigences impératives imposées par le marché de Défense nationale, la volonté infractionnelle n'était pas exclusive de toute intention discriminatoire.

⁷³⁷ DETRAZ S., note ss. Cass. crim., 20 janv. 2009, *loc. cit.*, p. 997.

⁷³⁸ La Cour n'a d'ailleurs pas été très exigeante à cet égard puisque, comme le note DETRAZ S., quand bien même le prévenu avait reconnu le caractère discriminatoire de la nationalité, « cet élément, tel qu'il est relaté, tend à démontrer non pas que l'individu était effectivement animé par le critère de la nationalité mais simplement qu'il savait que, en droit, ce critère est illicite », *ibid.*, p. 998.

⁷³⁹ Pour un exemple : Cass. crim., 22 janv. 2002, n° 01-84.030.

⁷⁴⁰ V. par exemple, CA Grenoble, 7 janv. 2005, n° 33, Juris-data n° 2005-276893 ; CA Douai, 12 oct. 2004, n° 996, Juris-data n° 2004-255313.

hypothèses, ne pas aboutir à une condamnation pénale. Il en sera ainsi quand cette infraction se justifie légalement.

Section 3 - La justification de la discrimination

244. La justification est un critère d'appréciation particulièrement important dans la notion de discrimination car quelle que soit la norme envisagée, il n'existe *a priori* aucun comportement discriminatoire qu'il n'est pas possible, d'une manière ou d'une autre, de relativiser (§1). Le Code pénal prévoit ainsi un certain nombre de faits justificatifs en vertu desquels il n'existe pas d'interdiction absolue de discrimination. Mais la justification est parfois indépendante de l'existence de faits justificatifs. Il arrive ainsi que certains comportements discriminatoires ne fassent pas l'objet de condamnations pénales, ce en dépit de la prise en compte d'une justification légale. La discrimination est, dans cette perspective, légitimée si bien que la sanction pénale perd tout intérêt (§2).

§ 1 - La relativité de la notion de discrimination et la discrimination justifiée

245. Il est quelque peu paradoxal de constater la relativité d'un phénomène que nous avons tant cherché à endiguer par une augmentation conséquente de ses normes protectrices. Pourtant, la relativité de la notion de discrimination apparaît quelle que soit la matière envisagée, seules les conséquences engendrées varient. Il y a d'abord l'idée que l'interdiction des discriminations, certes nécessaire au respect de certaines libertés, n'en est pas moins une restriction à d'autres⁷⁴¹. La conflictualité qui en résulte impose de ne pas admettre abruptement l'atteinte en question, mais de l'apprécier sous l'angle de la proportionnalité (A). Le droit pénal n'y fût pas insensible et c'est ainsi que la relativité de la notion de discrimination est progressivement apparue dans l'appréhension de ses faits (B).

⁷⁴¹ Notamment la liberté contractuelle, ainsi que la liberté de direction et de sanction dont dispose l'employeur : cf. *supra* n° 185 et s.

A) Relativité et proportionnalité de l'atteinte en question

246. Le contrôle de proportionnalité du juge. Pour apprécier l'existence de certaines atteintes, le juge opère un contrôle de proportionnalité. Classiquement utilisé en tant que technique d'appréciation des atteintes portées aux droits fondamentaux, le contrôle de proportionnalité est nécessairement plus usité en droit public, qu'il ne l'est en droit privé⁷⁴². La raison en est simple : l'utilisation de ce contrôle en matière de relations privées recèle une part de dangerosité plus importante qui justifie son admission que dans des hypothèses strictement limitées⁷⁴³. La proportionnalité implique un dosage, « un rapport qualitatif, harmonieux, et parfois d'espèce, à tirer de la confrontation de deux ou plusieurs éléments, soit entre eux, soit parfois, et plus largement, au sein d'un "tout" dans lequel ils s'insèrent »⁷⁴⁴. Mais, la définition de ces éléments est souvent très incertaine en ce qui concerne les rapports privés si bien que le rapport de proportionnalité peut varier entre l'obligation de l'un et celle de l'autre.

C'est ainsi qu'en dehors des cas où ce contrôle résulte de la loi ou de la ConvEDH, celui-ci ne s'impose que très relativement. La proportionnalité présente un intérêt certain en présence de conciliation de droits et libertés qui, quand elles sont de valeurs égales, présentent une certaine conflictualité ou concurrence. Nous avons classiquement tendance à prendre pour exemple l'hypothèse de la liberté d'expression et du nécessaire respect de la vie privée, tous deux protégés par la ConvEDH.

247. Le recours généralisé à la notion de proportionnalité dans la définition de la notion de discrimination. Le droit à la non-discrimination n'échappe à cette exigence de proportionnalité et subit donc des limitations variables selon l'époque et la matière juridique en question. C'est ainsi que la Cour européenne admet classiquement qu'une distinction est

⁷⁴² V. à ce sujet : BEHAR-TOUCHAIS M., *Rapport introductif*, LPA 1998, n° 117, p. 3.

⁷⁴³ SEUBE J.-B., *Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale*, LPA 2009, n° 46, p. 86. Dans le même sens, MOLFESSIS N., *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, LPA 1998, n° 117, p. 21.

⁷⁴⁴ GRIDEL J.-P., *Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français*, LPA 2009, n° 46, p. 113.

discriminatoire si elle manque de justifications objectives et raisonnables⁷⁴⁵, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé⁷⁴⁶.

Cette même exigence figure dans les différentes directives européennes qui ont défini la notion de discrimination directe et indirecte. La loi du 27 mai 2008, en achevant la transposition de ces directives, fait apparaître plusieurs types de justifications applicables en la matière. Ainsi, la discrimination directe, commise en raison du sexe, de l'appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle, peut être justifiée si elle répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée⁷⁴⁷. De même, les discriminations directe et indirecte ne peuvent encourir de sanction, en cas de prise en compte du critère du sexe dans le cadre de la fourniture ou de l'accès à des biens et des services si ces dernières sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés.

La loi du 27 mai 2008 a considérablement renforcé la relativité de la notion de discrimination en consacrant expressément la justification relative à la proportionnalité de l'atteinte causée. Cette justification ne passe pas par la présence de cas limitativement énumérés⁷⁴⁸, mais bien par l'existence de critères flous tels que « l'exigence professionnelle

⁷⁴⁵ Comme le note un auteur, le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le juge européen est systématique à partir du moment où il est fait référence soit au critère de la nécessité, soit à celui du caractère raisonnable. En ce qui concerne la discrimination, seul ce dernier critère est central : BERGER V., *Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme*, LPA 2009, n° 46, p. 40.

⁷⁴⁶ CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, Rec. des arrêts et des décisions 1999-III, § 91. Le préambule du Protocole n° 12 de la ConvEDH prévoit, quant à lui, la possibilité pour les Etats membres « de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable ».

⁷⁴⁷ Loi du 27 mai 2008, *préc.*, art. 2 transposant les art. 4 de la directive n° 2000/43 et n° 2000/78 et l'art. 14, 2° de la directive n° 2006/54. Notons que cette justification n'est applicable qu'en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris ses avantages, d'accès à l'emploi, de formation professionnelle, de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi qu'en matière de conditions de travail ou de promotion professionnelle. Cette justification figure à l'heure actuelle à l'article L. 1133-1 du Code du travail. La justification s'applique également en ce qui concerne l'infraction spéciale de discrimination sexuelle, conformément à l'article L. 1142-2 du Code du travail.

⁷⁴⁸ Parmi ces dérogations limitativement énumérées figurent notamment la possibilité de prendre en compte le critère du sexe dans le calcul des primes et dans l'attribution des prestations d'assurances, dans les conditions de l'article. L. 111-7 du Code des assurances, ou dans l'organisation d'enseignements par regroupement des

essentielle et déterminante » ou la « poursuite d'un but légitime » qui, avant toute contestation sur le fond, relèvent de l'appréciation du potentiel discriminant. Cette évolution n'a pourtant pas emporté de fortes critiques puisque certains facteurs en justifient la légitimité.

248. Généralisation de l'exigence de proportionnalité. Qu'on le regrette ou non, que l'on soit en adéquation ou non avec les conséquences emportées par l'adoption de la loi du 27 mai 2008, cette redirection était difficilement évitable. Il est vrai que nombreuses étaient les situations où la sanction d'un comportement discriminatoire avait pu paraître excessive. Il en était ainsi dans le domaine de l'emploi où la seule exception relative au critère du sexe, dans des cas limitativement énumérés, semblait poser problème notamment dans certaines professions, comme notamment le mannequinat. La récente réforme législative opérée par la loi du 27 mai 2008 fait preuve d'un certain pragmatisme à ce sujet. *Mutatis mutandis*, elle a élargi l'exigence essentielle et déterminante à tous les motifs et a permis de clore ce premier débat. Ainsi, l'article L. 1133-1 du Code du travail prévoit, depuis 2008, une clause de rachat général : les différences de traitement sont possibles quand elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pourvu que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée⁷⁴⁹. Cette clause concerne donc l'ensemble des motifs mais aussi l'ensemble du champ matériel d'application de l'article L. 1132-1 du Code du travail. La législation pénale reste donc la seule législation qui appréhende encore de manière restrictive les causes de justification des comportements discriminatoires.

249. En limitant considérablement l'exercice de certains pouvoirs, la notion de discrimination n'échappe pourtant pas à toute exigence de proportionnalité. Cette exigence, qui s'est largement généralisée, se retrouve également en matière pénale.

élèves en fonction de leur sexe. Ces dérogations sont prévues par l'article 2 de la loi du 27 mai 2008, par les dispositions de l'article L. 1133-1 1° et 2° ou encore celles de l'article L. 1133-3 du Code du travail.

⁷⁴⁹ Cette clause générale est elle-même complétée par une série de dérogations particulières applicables à l'âge (*C. trav.*, L. 1133-2), à l'état de santé et au handicap en cas d'inaptitude médicalement constatée (*C. trav.*, L. 1133-3) et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées (*C. trav.*, L. 1133-4).

B) Proportionnalité et justification des discriminations en droit pénal

250. La justification est une notion à part entière en droit pénal ; elle ne s'applique que dans les situations où la loi pénale l'envisage expressément. Depuis l'apparition de l'article 225-1 et s. du Code pénal, l'infraction de discrimination connaît ainsi un certain nombre de justifications limitativement énumérées (1). Cependant, depuis la loi du 27 mai 2008, la portée de ces justifications a été considérablement élargie et cela a nettement contribué au renforcement du caractère relatif de la prohibition des discriminations (2).

1) La justification des discriminations : une portée restreinte

251. La restriction de la justification à l'existence de faits justificatifs spéciaux. En droit pénal, la justification est un processus en vertu duquel l'infraction ne peut pas faire l'objet d'une condamnation judiciaire, en dépit de la réunion apparente de ses éléments constitutifs. Le fait justificatif, ou cause objective d'irresponsabilité pénale, permet ainsi de neutraliser⁷⁵⁰ l'élément légal⁷⁵¹ de l'infraction puisque « la loi d'incrimination est paralysée, mise en échec par une autre loi qui autorise ou oblige l'agent à accomplir ce que la loi d'incrimination prohibe »⁷⁵². Puisque la justification neutralise directement l'élément légal de l'infraction⁷⁵³, elle ne s'intéresse en aucune manière aux autres éléments constitutifs que sont l'élément matériel ou moral. Elle récuse « l'idée même d'une pénalisation, en amont de toute évaluation de la responsabilité » car en réalité elle empêche l'infraction de se constituer en ses éléments⁷⁵⁴.

⁷⁵⁰ Selon les termes de MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Tome 1 : Droit pénal général, 7^{ème} éd., Paris : Cujas, 1997, p. 556, n° 431.

⁷⁵¹ Notons que cette théorie fait l'objet de vives controverses doctrinales, puisqu'une partie la doctrine considère, à l'inverse, que les faits justificatifs suppriment l'élément moral de l'infraction, ce qui conférerait de larges pouvoirs au juge dans l'appréciation de ces faits justificatifs. Cette théorie est critiquée par de nombreux auteurs : V. notamment CONTE Ph. et P. MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, p. 145, n° 241.

⁷⁵² PRADEL J., *op. cit.*, p. 260, n° 307.

⁷⁵³ Certains auteurs préfèrent parler d'élément injuste partant de l'idée que le comportement ne peut être puni s'il n'est pas injuste, c'est-à-dire si l'attitude n'est pas antisociale : V. RASSAT M.-L., *Droit pénal général, op. cit.*, p. 370.

⁷⁵⁴ LAPOINTE E., *Justifié donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces*, D. 1996, p. 247. Certains considèrent à l'inverse que le fait justificatif supprimerait la responsabilité pénale en faisant disparaître l'infraction, ce qui suppose d'une certaine manière que l'infraction a été

L'infraction de discrimination bénéficie ainsi théoriquement des faits justificatifs que sont l'état de nécessité⁷⁵⁵, l'ordre ou l'autorisation de la loi et le commandement de l'autorité légitime⁷⁵⁶. Ceci dit, ces faits justificatifs restent bien évidemment théoriques, puisque dans la pratique aucun de ces faits justificatifs n'a pour le moment été admis en jurisprudence⁷⁵⁷. Seuls l'ordre et l'autorisation, qui regroupent en réalité toutes les causes de justification existantes en droit pénal⁷⁵⁸, trouvent une application particulière en matière de discrimination. C'est ainsi que l'article 225-3 du Code pénal prévoit un certain nombre de faits justificatifs spéciaux⁷⁵⁹ qui, quand ils sont retenus, ôtent tout caractère délictuel au comportement « discriminatoire »⁷⁶⁰.

252. L'applicabilité hypothétique des causes subjectives d'irresponsabilité pénale. La justification de l'infraction doit cependant être distinguée d'autres hypothèses proches pour

préalablement considérée comme constituée : V. à ce sujet, DESPORTES F. et LEGUNEHEC F., *op. cit.*, p. 666, n° 693 ; BOULOC B., *Droit pénal général*, p. 338, n° 401.

⁷⁵⁵ *C. pén.*, art. 122-7. Pour mémoire, l'état de nécessité suppose un danger actuel ou imminent qui justifie que l'on sacrifie un intérêt de moindre valeur pour en sauvegarder un autre, de valeur supérieure.

⁷⁵⁶ L'article 122-4 du Code pénal prévoit l'irresponsabilité pénale de la personne qui « accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ».

⁷⁵⁷ Pour une application dans le domaine de la discrimination, v. l'entrave à l'exercice d'une activité économique au préjudice d'entreprises israéliennes au motif que le prévenu justifiait par la nécessité de pouvoir commercer avec les Emirats arabes. La Cour de cassation avait rejeté un tel argument considérant que l'infraction doit « seule permettre d'éviter l'événement (...) à défaut de tout autre moyen », Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 03-87.444, Bull. crim. 2004, n° 273, Juris-data n° 2004-025788, AJ Pén. 2005, p. 23, obs. ENDERLIN S. ; Dr. pén. 2005, n° 3, p. 16, obs. VERON M.; RTD com. 2005, p. 428, obs. BOULOC B. On pense notamment aux raisons de sécurité qui pourraient éventuellement rentrer dans la notion de danger. Mais, encore faut-il que ce danger soit réel et non éventuel, actuel ou imminent et alors dans ce dernier cas, il importe que ce soit à très court terme.

⁷⁵⁸ CONTE Ph. et MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, p. 147, n° 246.

⁷⁵⁹ Entendu classiquement comme un fait justificatif propre à une infraction en particulier. V. sur cette distinction : PRADEL J., *op. cit.*, p. 260, n° 307.

⁷⁶⁰ L'article 225-3 prévoit que les dispositions de l'article 225-2 ne sont pas applicables aux discriminations commises à raison l'état de santé pour ce qui concerne la couverture des risques décès, accidents et maladie, mais sans qu'il soit possible de prendre en compte les caractéristiques génétiques de l'individu au moyen de tests génétiques prédictifs. *C. pén.*, art. 225-3, 1°.

- à raison de l'état de santé ou du handicap en cas d'inaptitude constatée et aboutissant à un refus d'embauche ou à un licenciement. *C. pén.*, art. 225-3, 2°.

- à raison du sexe, de l'âge, de l'apparence physique en matière d'embauche à partir du moment où le motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. *C. pén.*, art. 225-3, 3°.

- à raison du sexe en matière d'accès aux biens et services si cela est justifié par la protection des victimes de violence à caractère sexuel, des considérations liées au respect de la vie privée ou de la décence, la promotion de l'égalité des sexes etc. *C. pén.*, art. 225-3, 4°.

- à raison de la nationalité en cas de refus d'embauche qui résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique. *C. pén.*, art. 225-3, 5°.

lesquelles la responsabilité pénale ne sera pas engagée, voire pas retenue. C'est ainsi que la responsabilité de la personne morale ne sera pas retenue en présence d'une cause subjective d'irresponsabilité pénale qui, quant à elle, « interdit d'imputer à l'agent un fait qui en lui-même reste délictueux ». Mais, leur influence sur le contentieux des discriminations reste néanmoins très hypothétique. Par exemple, l'erreur de droit ne saurait être retenue qu'à condition que l'on démontre son invincibilité⁷⁶¹ et dans les rares hypothèses où elle a été évoquée, elle n'a bien évidemment pas été admise⁷⁶². Quant à la contrainte morale, encore faudrait-il que les pressions d'origine externe soient suffisamment importantes pour ôter au prévenu son libre-arbitre⁷⁶³, une hypothèse qui ne s'appliquera d'ailleurs jamais si la personne s'est contentée de suivre un ordre illégal⁷⁶⁴.

253. L'absence de prise en compte de l'existence d'un élément objectif dans les cas de justification. La justification de l'infraction est aussi différente de la situation dans laquelle la discrimination ne sera pas retenue parce qu'il existe un motif réel, exclusif et légitime. En effet, dans ce cas, il n'y a simplement pas de lien de causalité entre le motif évoqué et le comportement discriminatoire, celui-ci procédant de considérations autres. L'infraction n'est alors tout simplement pas constituée car son élément moral fait défaut⁷⁶⁵. De surcroît cette défaillance de l'élément moral ne peut apparaître qu'après engagement de la responsabilité pénale de l'auteur et conduira *in fine* à sa relaxe.

254. La justification n'apparaît donc que dans des cas limitativement énumérés par la loi pénale et considérés comme strictement nécessaires pour la cohérence de la répression pénale. Il n'y avait donc pas lieu d'en craindre les éventuels effets pervers jusqu'à l'intervention de la loi du 27 mai 2008 qui est venu obscurcir la portée du fait justificatif.

⁷⁶¹ L'erreur de droit invincible est définie par un auteur comme la situation où le prévenu « n'a pas été en mesure d'éviter l'erreur soit en se renseignant par lui-même, soit en s'informant auprès des tiers » : LEGAL A., *L'évolution de la jurisprudence en matière d'erreur de droit*, Revue pénale suisse 1961, p. 317.

⁷⁶² V. Cass. crim., 9 nov. 2004, *préc.* – V. dans même sens, RETTERER S. qui rejette l'hypothèse en matière de discrimination commise à raison des opinions politiques en relevant que le caractère récent de la loi ne permettrait pas de passer outre l'exigence d'invincibilité : note sous TGI Toulon, 5 mai 1998, n° XTGIT050598X, D. 1999, p. 162.

⁷⁶³ Cass. crim., 29 déc. 1949, D., 1950, I, p. 419.

⁷⁶⁴ MERLE R. et VITU A., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 786, n° 624.

⁷⁶⁵ Il s'agit notamment de la conception retenue par DESPORTES F., *fasc. 20, loc. cit.*, n° 69 et s.

2) *L'élargissement progressif de la justification des discriminations*

255. L'apparition de la proportionnalité dans les faits justificatifs spéciaux de l'infraction de discrimination. Le fait justificatif n'est en principe admissible que dans des cas limitativement énumérés par la loi pénale où il apparaît que l'intérêt poursuivi par le délinquant s'avère supérieur à celui protégé par la loi⁷⁶⁶. Il répond donc à une exigence de nécessité qui, d'une certaine manière, n'a de sens que si la justification revêt elle-même une certaine proportionnalité⁷⁶⁷. Cette condition de proportionnalité apparaît ainsi, depuis la loi du 27 mai 2008, à l'article 225-3 3° du Code pénal⁷⁶⁸. Celui-ci prévoit que les dispositions de l'article 225-2 du même code ne sont pas applicables en cas de discrimination commise à raison du sexe, de l'âge, de l'apparence physique en matière d'embauche lorsque le motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. La loi du 27 mai 2008 a ainsi opéré un élargissement des justifications applicables en matière de discriminations à l'embauche qu'elle conditionne à une exigence de proportionnalité inexistante auparavant⁷⁶⁹. L'impact d'un tel revirement ne doit pas être minimisé.

256. Un élargissement relatif qui ne s'applique que relativement à la justification de l'infraction. Sur le principe, nous y voyons d'abord l'influence qu'exerce la définition de la discrimination telle qu'elle a été élaborée en droit de l'Union européenne. Le Code pénal n'avait à l'origine pas souscrit au caractère relatif de la discrimination, car les hypothèses limitativement prévues par l'incrimination ne laissaient pas place à une quelconque idée de proportionnalité. Cette influence n'en est pas moins relative car l'intégration de la

⁷⁶⁶ C'est ainsi que comme le note ROBERT J.-H.: « il y a fait justificatif quand un acte ordinairement punissable devient conforme au droit parce que son auteur a, en l'accomplissant, servi un intérêt préférable à celui que protège la loi qu'il a transgressée » : *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis – Droit, 2005, p. 251.

⁷⁶⁷ C'est la raison pour laquelle un auteur considère même que l'exigence de proportionnalité coiffe celle de nécessité en notant qu'un agissement ne pourrait être raisonnablement mesuré s'il n'était pas d'abord nécessaire : de LAMY B., *L'imprudence justifiée*, D. 2000, p. 780.

⁷⁶⁸ Modifié par l'article 7 de la loi du 27 mai 2008.

⁷⁶⁹ Dans la version antérieure de l'article 225-3, notons que le seul critère visé était le sexe. Un renvoi aux dispositions du Code du travail était effectué par le Code pénal. Ainsi l'article R. 123-1 fixait la liste des professions pour lesquelles le sexe pouvait être une exigence essentielle et déterminante. Cette exception est toujours prévue par l'article L. 1142-2 du Code du travail mais nous noterons que le Code pénal ne fait plus aucun renvoi exprès au Code du travail. Il faut, dès lors, considérer que cette liste limitative ne fait plus l'objet d'une limitation en droit pénal.

proportionnalité dans l'infraction de discrimination ne porte, en effet, que sur sa justification ; en d'autres matières, la proportionnalité participe même à sa définition. Par exemple, il serait tentant de voir dans la définition de la discrimination indirecte l'existence d'une justification légale. Ainsi, l'article 1^{er} de la loi de 2008 prévoit que la disposition, le critère ou la pratique neutre en apparence, susceptible d'entraîner un désavantage particulier, est discriminatoire à moins qu'il ou elle ne soit « objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ». Il y a certes une exigence de proportionnalité mais celle-ci n'a en rien vocation à justifier la discrimination. Elle participe uniquement à sa définition.

Ainsi, ce sera en raison de « l'incapacité pour l'auteur d'une mesure suspecte de justifier celle-ci » qu'il sera permis de considérer « qu'il a voulu masquer la discrimination, qu'il lui est interdit de pratiquer directement, derrière des mesures qui ne sont neutres qu'en apparence, mais dont il a calculé qu'elles auraient le même effet (...) ; soit qu'il n'a pas été suffisamment attentif aux conséquences de la mesure »⁷⁷⁰. Ici, la discrimination est justifiée non pas parce qu'elle existe, mais uniquement parce que la personne mise en cause doit ramener les éléments objectifs qui démontreront qu'elle n'existe pas⁷⁷¹.

257. Un élargissement néanmoins source d'incohérences. Sur l'application de ce revirement, il faut faire état des nombreuses incohérences qu'il amène. Si l'on s'en tient ainsi à l'article 225-3 du Code pénal, le fait justificatif relatif au refus d'embauche ne concerne que les critères de l'état de santé, du handicap ou de la nationalité⁷⁷². A l'inverse, au titre de

⁷⁷⁰ de SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail : Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles : Presses interuniversitaires européennes, Coll. Travail et société, 2001, p. 132.

⁷⁷¹ Dès lors cette définition peut être mise en parallèle avec les dispositions régissant l'aménagement de la charge de la preuve existant en matière de discrimination. Celles-ci prévoient que la partie défenderesse doit prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. V. à ce sujet, *infra* n° 501 et s. C'est ainsi qu'un auteur estime que la justification joue uniquement afin de permettre le rachat de la discrimination tant en ce qui concerne les mesures relatives à la charge de la preuve qu'en ce qui concerne la définition de la discrimination indirecte. L'utilisation du terme justification porte pourtant à confusion, car si nous en restons au sens pénal du terme la justification ne devrait intervenir que pour effacer le caractère délictuel d'un comportement. Or, comme le note l'auteur relativement à la justification : « le critère objectif doit par définition être étranger à toute discrimination » : MOREAU M.-A., *Les justifications des discriminations*, Dr. soc. 2002, p. 1112. Il n'y aurait donc pas dans ce cas de discrimination.

⁷⁷² L'argument de la discrimination à raison de la nationalité est souvent invoqué au niveau du contentieux administratif. Il en va ainsi s'agissant des listes de métiers fixées au plan national autorisant une demande

l'article 2 de la loi du 27 mai 2008, il est possible de justifier toute différence de traitement commise dans le domaine de l'emploi⁷⁷³ à raison du sexe, de l'appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou à une race, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle⁷⁷⁴.

Certains auteurs n'ont pas manqué de faire état de la non-conformité de cette loi aux directives qu'elle était censée transposer⁷⁷⁵. Plus inquiétant encore, faut-il considérer que l'autorisation généralisée de l'exigence professionnelle et déterminante par la législation civile doit être entrevue comme la consécration d'une permission de la loi civile qui a vocation à justifier le comportement incriminé ? Cette hypothèse doit être à notre sens écartée. En effet, si une partie de la doctrine estime que la loi civile n'a pas de légitimité à déroger à la loi pénale, d'autres pensent que cette capacité de neutralisation dépend de la loi civile en question⁷⁷⁶. Or, ces dérogations s'appliquent, comme le rappelle l'article 2, « sans préjudice des autres règles assurant le respect du principe d'égalité ». Ainsi, l'existence de faits justificatifs spéciaux permet, d'une certaine manière, de maintenir les dispositions de la loi du 27 mai 2008 en conformité avec les directives européennes.

La critique que l'on peut émettre est donc beaucoup plus générale. Les multiples renvois opérés par la loi de 2008 et la nécessité de procéder à une lecture combinée des articles pour apprécier la portée de l'interdiction font perdre une lisibilité considérable à ces

d'admission exceptionnelle au séjour, v. notamment : CAA Nancy, 10 mai 2010, n° 09NC00824 ; CAA Bordeaux, 8 mars 2010, n° 09BX01405 ; CAA Bordeaux, 19 nov. 2009, n° 09BX01412.

⁷⁷³ Nous soulignons.

⁷⁷⁴ Ce qui reste logique compte tenu du fait que la loi du 27 mai 2008 achève la transposition des différentes directives européennes de 2000 portant sur la discrimination. Notons que le champ de compétence de la clause communautaire de l'article 13 TCE ne porte que sur la race, l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle et enfin le sexe.

⁷⁷⁵ Directive n° 2000/43, *préc.*, art. 6 et directive n° 2000/78, *préc.*, art. 8. GABRIEL-CALIXTE O. note ainsi que la loi de 2008 n'est pas en conformité avec les directives communautaires car elle a abaissé le seuil de protection déjà existant, ce qui n'est pas autorisé par les directives communautaires. Elle constate que cet abaissement est visible par la généralité des justifications instaurées par le Code du travail, qui prévoit à présent une clause de rachat général : *La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, LPA 2009, n° 5, p. 3. D'autres dénoncent le fait que cette réforme aboutit à une hiérarchisation des motifs.

⁷⁷⁶ PRADEL J., *op. cit.*, p. 269-270, n° 320. Pour MERLE R. et VITU A., il semble aussi que la loi civile n'ait pas vocation à déroger à la loi pénale, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 567, n° 445.

dispositions⁷⁷⁷. De façon insidieuse, la portée de ces dérogations amène de nombreuses incertitudes. La loi du 27 mai 2008 apporte des changements qui vont au-delà de ce qui est légitime au regard de la relativité de la notion de discrimination. Elle étonne par son refus d'apporter certains changements portant sur des inégalités quasiment pérennisées. Nous pensons ainsi à l'ensemble des discriminations commises en raison de la nationalité dans les emplois statutaires de la fonction publique que la loi de 2008 vient expressément légitimer⁷⁷⁸. Plus grave encore est le recul considérable qu'elle instaure dans la protection contre les discriminations. Le dispositif n'est ainsi pas exempt de faille car si la loi pénale devrait, en principe, neutraliser la loi civile, il subsistera toujours des dérogations admises en faveur du critère de l'apparence physique en ce qui concerne les exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Or, ce critère présente un lien certain avec de nombreux autres critères discriminatoires que sont l'origine, l'état de santé, l'état de grossesse et pourquoi pas les convictions religieuses. Cette imprécision des critères⁷⁷⁹ se couple d'une imprécision des notions auxquelles l'article 225-3 du Code pénal fait référence. C'est notamment le cas de

⁷⁷⁷ MINE M., *Discriminations : une transposition laborieuse...Loi n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, RDT 2008, p. 532. Or, l'efficacité du dispositif est étroitement lié à la possibilité qu'ont les acteurs intervenant en la matière de le comprendre aisément. La loi de 2008 ne facilite pas la tâche ; elle nous fait craindre un découragement du législateur dans la mise en œuvre de cette politique criminelle.

⁷⁷⁸ Ces dérogations sont d'ailleurs largement critiquées. Certains auteurs se sont interrogés sur la conformité de telles dérogations aux engagements internationaux pris par la France : v. LOCHAK D., *Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ?*, Dr. soc. 1990, p. 76. De même, en 2009, la HALDE avait ainsi recommandé au gouvernement de supprimer les conditions de nationalité pour l'accès à la fonction publique, à l'exception des emplois relevant de la souveraineté nationale et de l'exercice de prérogatives de puissance publique : HALDE, Délib. du 15 avr. 2009. Cette réaction fait suite à un précédent rapport publié par le GELD faisant l'état des lieux des différents emplois fermés aux étrangers. Estimant que cela contrarie fortement le processus d'intégration, le GELD recommande de limiter ces emplois fermés qu'à ceux liés avec l'exercice de la souveraineté nationale ou de prérogatives de puissance publique : GELD, *Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers*, Paris : GELD, note n° 1, mars 2000.

⁷⁷⁹ Il subsiste toujours une interrogation en ce qui concerne les dérogations liées à l'état de santé ou au handicap. Le juge pénal exigera-t-il que l'état de santé ou le handicap soit médicalement constaté. LASSERRE CAPDEVILLE J. note à ce sujet l'incertitude qui résulte de la décision de la CA de Pau du 20 oct. 2001, Juris-Data n° 2001-157789. Dans cette affaire, l'employeur, qui avait demandé le remplacement d'une aide ménagère pour raison de santé, n'avait pas été condamné pour discrimination. Les juges s'étaient contentés de noter l'impossibilité pour la femme de se baisser ou de monter sur un escabeau, rendant difficile l'accomplissement de son travail : LASSERRE CAPDEVILLE J., *Fasc. 20, loc. cit.*, n° 62. Un arrêt postérieur de la CA de Paris a néanmoins condamné un employeur pour avoir licencié pour inaptitude physique un salarié et en se contentant de la décision de la COTOREP. L'inaptitude physique n'ayant pourtant pas été constatée, la Cour en avait conclu qu'il y avait bien discrimination à raison du handicap : CA Paris, 28 sept. 2004, Juris-Data n° 2004-271929. Il est donc peu probable que les juges se contentent de la simple appréciation de l'employeur quant à l'aptitude ou l'inaptitude de son salarié pour le licencier. Notons que si les dispositions du Code du travail imposent une telle exigence, l'article 225-3 ne fait référence qu'à une « inaptitude constatée ».

l'exigence professionnelle essentielle et déterminante⁷⁸⁰. Il est assez difficile, par exemple, d'entrevoir quelle pourrait être l'exigence professionnelle essentielle et déterminante justifiant une discrimination à raison de l'origine⁷⁸¹. Quelle peut-être la pertinence d'une justification autorisant la prise en compte d'un critère, si souvent confondu avec celui de la race, alors même que ce dernier est classiquement considéré comme insusceptible de faire l'objet d'une quelconque dérogation.

258. Incontournable dans l'appréhension de la notion de discrimination, l'exigence de proportionnalité a légitimé l'élargissement de la justification de certaines pratiques dites discriminatoires. Les incohérences qui en résultent peuvent mettre à mal la lisibilité mais aussi la crédibilité du dispositif légal de lutte contre les discriminations. Il appartiendra donc aux juges de rester vigilant dans l'appréciation de ces causes justificatives⁷⁸². Ce constat vaut d'autant plus en matière pénale où il arrive encore que certaines pratiques discriminatoires ne donnent lieu à aucune condamnation, en dépit de la réunion des éléments constitutifs et de

⁷⁸⁰ Ceci est d'autant plus problématique qu'aucun texte ne donne de précision quant « à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Précisons néanmoins qu'en ce qui concerne le critère du sexe, cette condition déterminante a été limitée aux emplois prévus par l'article R. 1142-1 du Code du travail.

⁷⁸¹ Nous citons un exemple tiré de la jurisprudence anglaise : la cour avait ainsi accepté le refus d'embauche d'un homme blanc au poste de puériculteur dès lors que cet emploi justifiait que dans l'intérêt de la crèche le poste soit pourvu par une personne d'origine afro-antillaise. Visiblement, la maîtrise du dialecte et la capacité de la personne à tresser les cheveux des afro-antillais justifiaient, entre autre, ce choix discriminatoire : SAID K., *La loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ; vers l'admission d'une justification des discriminations ?* RDT 2008, p. 389. Si cela paraît compréhensible, difficile de considérer que de telles solutions soient acceptables. Cela risque d'aboutir à un traitement au cas par cas des justifications potentielles et faire du principe de non-discrimination un principe d'une très grande relativité. Rappelons que du point de vue de la jurisprudence française, la cour d'appel de Nîmes avait condamné une association qui avait exigé, comme condition de recrutement d'un animateur, la nécessité que celui-ci appartienne à une famille issue de l'immigration. Le prévenu avait tenté de justifier ce choix par le fait qu'il était plus judicieux que l'animateur partage la même communauté de culture et de langue, compte tenu de la fréquentation du quartier et ce, afin de faciliter les contacts et le dialogue. Cette justification n'a pas été acceptée par la Cour d'appel : CA Nîmes, 22 nov. 2002, n°1239/02, Juris-data n° 2002-203355. L'exposé de la directive verticale propose néanmoins deux situations où cette discrimination est légitimée, à savoir le choix de la personne pour un spectacle afin de maintenir son caractère d'authenticité ou la fourniture d'un service social à des personnes d'un groupe ethnique particulier pour des raisons d'efficacité. Si l'on en croit le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, qui est le centre compétent dans le domaine des discriminations en Belgique, il doit s'agir d'une caractéristique indispensable pour l'exercice de la fonction et essentielle en raison de la nature de l'activité professionnelle. La légitimité des objectifs poursuivis sont généralement en lien avec la protection des droits fondamentaux ou l'existence d'une exigence de sécurité.

⁷⁸² Selon un auteur, les juges du fond n'opèrent pas un contrôle strict en la matière. L'exigence de proportionnalité requise pour justifier l'infraction n'est pas, en droit social, véritablement respectée dans le contrôle opéré par les juges du fond. SAID K., *La justification des mesures discriminatoires : un contrôle limité par les juges du fond ?*, RDT 2012, p. 364.

l'absence de faits justificatifs spéciaux applicables à l'espèce. La discrimination est dite alors légitimée.

§ 2 - La relativité de la notion de discrimination et la discrimination légitimée

259. La discrimination légitimée renvoie initialement à la question du motif légitime, qui, sous l'empire de l'article 416 de l'ancien Code pénal, permettait d'assurer l'impunité de certaines discriminations (A). La survie partielle de cette discrimination légitimée peut être néanmoins constatée dans des cas où l'innocuité du comportement justifie que l'on n'entre pas en voie de condamnation de certains faits discriminatoires. Aussi, en dépit de l'absence actuelle de disposition légale autorisant le motif légitime, celui-ci reste ponctuellement pris en compte par les tribunaux répressifs (B).

A) La discrimination légitimée sous l'empire de l'article 416 de l'ancien Code pénal

260. Pour appréhender la notion de « discrimination légitimée », il importe de définir la notion de motif légitime tant à l'égard des textes qui le régissent (1) que de la jurisprudence rendue en la matière (2).

1) Le motif légitime d'un point de vue textuel

261. *Le motif légitime, une cause de justification des discriminations.* Dans sa rédaction initiale, sous l'empire de l'article 416 de l'ancien Code pénal, l'infraction de discrimination comportait un fait justificatif qui autorisait à ne pas entrer en voie de condamnation quand le délinquant invoquait un motif légitime. L'absence de définition textuelle de cette disposition laissait son appréciation au bon vouloir des tribunaux, sans que tout risque d'arbitraire ne puisse être écarté. Mais, la lutte contre le racisme devait s'exprimer par une volonté ferme et effective de sanctionner ce type de comportements antisociaux. C'est la raison pour laquelle les exceptions générales devinrent de plus en plus particulières, dénotant alors de la volonté sans faille du législateur quant à la nécessité de

condamner les discriminations. Ainsi, les possibilités d'évoquer le motif légitime ont été restreintes progressivement, si bien que la suppression définitive de cette exception, ainsi que le recours à des causes limitativement énumérées ont été favorablement accueillis.

262. Une justification incertaine en raison de l'absence de définition du motif légitime. Le motif légitime est une notion difficile à cerner car elle renvoie, d'une certaine manière, à une subjectivité qui ne trouve pas sa place dans la catégorie des faits justificatifs. Appelée également mobile légitime, une partie de la doctrine s'est appuyée sur la subjectivité de cette notion pour légitimer le fondement subjectif de la théorie des faits justificatifs. Dans cette perspective, le motif légitime permettrait ainsi de justifier une infraction à partir du moment où le mobile qui a inspiré l'agent est en lui-même légitime⁷⁸³. La référence au motif légitime suppose alors de procéder à une appréciation particulièrement subjective de l'infraction qui n'est pas sans inconvénient⁷⁸⁴. Cette théorie n'a donc pas retenu l'adhésion de l'ensemble de la doctrine et c'est ainsi que pour d'autres, le motif légitime renvoie à l'hypothèse de l'absence d'intention délictuelle⁷⁸⁵.

Cette divergence d'opinions n'est pas sans conséquence sur la question qui nous concerne, c'est-à-dire celle de savoir si, en dehors de la justification, il subsisterait d'autres hypothèses où certaines discriminations pourraient être légitimées. Si l'on retient la théorie de la justification, alors il faudrait admettre qu'il n'est dorénavant plus possible de justifier des discriminations légitimes. Si nous considérons, à l'inverse, que cela se résout au niveau de l'élément moral, alors le motif légitime se confondrait avec l'hypothèse où il existerait un motif réel, légitime et exclusif, si bien qu'il serait toujours possible de le prendre en compte.

⁷⁸³ GAGNIEUR J.-P., *Du motif légitime comme fait justificatif*, Thèse dactyl. Paris, 1941, p. 100. V. spécifiquement en ce qui concerne la question des discriminations : BRILL. J.-P., *loc.cit.*, p. 52.

⁷⁸⁴ C'est pour cela qu'une autre partie de la doctrine critique cette position en rappelant qu'elle est fautive dans son principe, arguant alors que « ce sont les circonstances de l'infraction et non, le mobile de l'agent qui entraînent l'inutilité de la répression » : PRADEL J., *op. cit.*, p. 260, n° 307.

⁷⁸⁵ Ainsi, comme le rappelle CONTE Ph. et MAISTRE du CHAMBON P., il est possible de fonder la théorie des faits justificatifs soit d'un point de vue objectif soit subjectif. Dans cette dernière analyse, certains auteurs ont noté que la prise en compte d'un mobile légitime n'avait pas simplement comme conséquence de justifier l'infraction. Elle doit être simplement considérée comme n'ayant pas été commise, à défaut d'élément intentionnel. Le mobile légitime serait alors pour ces auteurs une cause de non culpabilité : CONTE Ph. et MAISTRE du CHAMBON P., *op. cit.*, p. 161, n° 282-283. Pour une critique de cette théorie, v. MERLE R. et VITU A., *op. cit.*, p. 561, n° 436.

Seule l'étude de la jurisprudence rendue en la matière est susceptible de répondre à cette question.

2) *Le motif légitime dans la jurisprudence des tribunaux répressifs*

263. Le motif légitime, une question se rapportant à l'élément moral de l'infraction.

Etudiant la question du motif légitime relativement à l'infraction de discrimination, un auteur le définit comme une « cause objective de justification indépendante de la psychologie de l'auteur de l'acte »⁷⁸⁶. Dans cette perspective, pour Monsieur DETRAZ, le motif légitime permet simplement de démontrer l'apparence du mobile discriminatoire, sans être pour autant la justification d'un acte réellement discriminatoire⁷⁸⁷. Les décisions judiciaires soutenant une telle proposition ne sont pas nombreuses, car rares sont les hypothèses où le motif légitime a pu être retenu⁷⁸⁸. Dans une grande partie des cas, le motif légitime a été retenu en présence de pratiques discriminatoires légitimées par des considérations liées à la sécurité des personnes. Les décisions rendues à cet effet démontrent clairement que le motif légitime se résout bien souvent au niveau de l'élément moral.

264. Illustrations jurisprudentielles. Ainsi, dans une affaire la Cour d'appel avait retenu l'exigence de sécurité comme motif légitime de la pratique discriminatoire justifiant, en conséquence, la relaxe du prévenu au motif que l'infraction de discrimination n'était pas constituée, faute d'élément intentionnel⁷⁸⁹. Or, la Cour aurait dû ne pas retenir l'infraction et

⁷⁸⁶ BRILL J.-P., *loc. cit.*, p. 51.

⁷⁸⁷ DETRAZ S., note ss Cass. crim., 1^{er} sept. 2010, n° 10-80.584, *loc. cit.*, p. 998.

⁷⁸⁸ On peut citer, par exemple, l'invocation d'un motif légitime tiré de la loi sur la presse qui a ainsi pu justifier la non-publication d'un faire-part de naissance dans lequel ne figurait pas le nom du père : CA Dijon, 27 avr. 1988, n° 1061/1987.

⁷⁸⁹ Tel était le cas d'une exigence de sécurité justifiant que le recrutement soit réservé à des candidats masculins en raison du port de charges trop lourdes : Cass. crim., 25 mai 1983, Bull. crim. 1983, n° 154 ; Jurisdata n° 1983-701700 ; D. 1983, p. 575, note SOUSI-ROUBI B. Dans le même état d'esprit, nous évoquerons un arrêt concluant que l'offre d'emploi qui mentionne l'exigence d'une carte d'électeur, et donc une condition de nationalité, est non-discriminatoire. La recherche d'une main d'œuvre, répondant aux conditions impératives d'un marché de la Défense nationale concernant le nettoyage, avait conduit les juges à considérer qu'il n'y avait pas de volonté discriminatoire. Cass. crim., 14 oct. 1986, n° 85-96.369. Mais à l'inverse, l'argument reposant sur l'attitude hostile du personnel ne saurait être admis au titre de motif légitime puisque cela relève du mobile. Il s'agit toujours de considérations subjectives ne pouvant entrer dans les prévisions des dispositions relatives à la justification.

simplement relever sa justification en raison du motif légitime invoqué⁷⁹⁰. De même, dans une affaire relative à un refus d'embarquement opposé à une personne en situation de handicap, la Cour relève « qu'il est évident que si cette interdiction sur ce type d'avion avait été justifiée par des impératifs de sécurité comme il est prétendu, elle ne se serait pas appliquée sur cette période de un mois ; le fait qu'elle ait été levée après les protestations de M. (...) démontre qu'elle n'était pas justifiée par un motif légitime »⁷⁹¹. Les circonstances de l'espèce devaient forcément conduire la Cour à rejeter la raison de sécurité, compte-tenu de la mauvaise foi du prévenu. L'interprétation *a contrario* de cette solution va au soutien des affirmations de Monsieur DETRAZ, à savoir que le motif légitime n'intervient, en effet, non pas pour justifier la discrimination, mais pour écarter la discrimination apparente. Dans ces circonstances, il faut donc en admettre sa survivance actuelle, en dépit de l'absence de référence à la question du motif légitime dans les nouvelles dispositions légales régissant la discrimination.

B) La survivance indirecte de la discrimination légitimée

265. Les juges répressifs restent influencés par l'existence d'un motif légitime dans certains cas de discrimination pour lesquels ils n'entreront pas en voie de condamnation en retenant l'absence d'élément intentionnel (1). L'absence d'encadrement légal de ce type d'hypothèses nous conduit nécessairement à nous demander dans quelle mesure la prise en compte de ce motif légitime est juridiquement admissible (2).

1) L'influence du motif légitime dans l'appréciation de l'élément intentionnel

266. Illustrations jurisprudentielles. Aujourd'hui, le motif légitime survit clairement à

⁷⁹⁰ Nous retrouvons cette même solution dans l'arrêt de la Cour d'appel de Limoges qui relaxe le prévenu en raison de l'absence d'élément intentionnel. La cour considère que le refus opposé à un enfant autiste d'accéder à un manège n'est pas discriminatoire : des raisons de sécurité légitimaient un tel refus d'autant plus que l'enfant pouvait continuer à recevoir des leçons particulières. CA Limoges, 14 mai 1991, Juris-data n° 1991-046824.

⁷⁹¹ CA Paris, 19 sept. 1994, JCP G n° 42, II-22511, comm. MOINE I. En l'espèce, la compagnie aérienne justifiait ce refus par une circulaire l'autorisant à refuser l'embarquement de personnes en situation de handicap pour raisons de sécurité. La cour constatait, néanmoins, que cette circulaire avait été appliquée uniquement pendant une période d'un mois, ce qui rendait l'excuse fallacieuse.

travers des hypothèses où l'infraction n'est pas constituée car son élément moral ne peut être retenu. Certains arrêts postérieurs, présentant une proximité de faits avec ceux dont nous avons fait état antérieurement, vont au soutien de cette affirmation. Nous retrouvons ainsi d'autres décisions où la discrimination a été écartée en présence d'une raison de sécurité. Il est intéressant de mettre en parallèle les circonstances et le raisonnement adopté par les juges avec les solutions dont nous avons fait précédemment état.

Dans une première affaire, il s'agissait d'un couple de malvoyant, accompagné de leur nouveau-né, qui s'était vu refuser la délivrance de leurs billets d'avion à l'occasion d'un voyage qu'il avait organisé. La compagnie aérienne était bien couverte par une réglementation imposant l'accompagnement par une tierce personne des passagers en situation de handicap. Mais cette condition n'avait pas été remplie par les passagers dans cette espèce. La Cour en était alors arrivée à la conclusion qu'« il ne résult[ait] pas des pièces de la procédure que la compagnie AIR FRANCE ait eu d'autres mobiles que celui d'assurer la sécurité du vol et des parties civiles »⁷⁹². Cette même solution avait déjà été adoptée antérieurement par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 31 mars 2005 et dont la motivation avait été tout à fait similaire⁷⁹³. Dans ces deux espèces, pour les juges, il n'y avait pas d'intention discriminatoire.

Prenons maintenant d'autres exemples, tirés cette fois-ci du domaine de l'emploi. A été considéré comme non discriminatoire, le licenciement d'une gardienne au motif que l'état de santé de son employeur s'étant nettement aggravé, celui-ci nécessitait la présence d'un couple et particulièrement d'un homme. La Cour d'appel en avait alors conclu que seule l'aggravation de l'état de santé de l'employeur constituait la cause objective du licenciement⁷⁹⁴. Dans le même état d'esprit, nous évoquerons un arrêt concluant que l'offre d'emploi mentionnant l'exigence d'une carte d'électeur, et donc une condition de nationalité, était non-discriminatoire, la nécessité d'assurer la protection du secret-défense justifiait de telles exigences. Enfin, dernier exemple : la chambre sociale de la Cour de cassation admet

⁷⁹² TGI Nice, 17 sept. 2007, n° 3263/07.

⁷⁹³ Cass. crim, 19 sept. 2006, n° 05-83.540 : le handicap du passager avait fait craindre à la compagnie des risques pour sa propre sécurité ainsi que celles des passagers.

⁷⁹⁴ CA Aix-en-provence, 9 juin 2008, n° 779/M/2008, Juris-data n° 2008-004419.

classiquement le licenciement d'une personne motivé par la situation objective de l'entreprise, qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement de ce salarié dont l'absence répétée nuit au bon fonctionnement de l'entreprise⁷⁹⁵.

267. *Appréciation critique.* Pour conclure à l'absence de dol spécial, les Cours ont nécessairement admis que la raison invoquée était réelle, exclusive et légitime. Pour autant, dans les espèces précédentes, l'exclusivité du motif n'allait pas de soi. Hypothétiquement, quand le motif est réel, exclusif et légitime, il ne devrait y avoir aucun lien avec un quelconque motif discriminatoire. Dans ces espèces, il est difficile de considérer que ce lien n'existe pas. La compagnie aérienne a bien entendu opéré une distinction entre les passagers, en prenant en compte la situation de handicap du passager, même s'il n'est pas question de remettre en cause la légitimité de la raison de sécurité évoquée. L'employeur qui licencie son employé aux motifs que son état de santé nécessite une présence masculine, opère bien une distinction entre les hommes et les femmes, sans à nouveau remettre en cause la légitimité des motifs qu'il invoque. La recherche d'employés pour le nettoyage des locaux de gendarmerie nationale nécessite, sans doute, que la sélection soit soumise à des conditions rigoureuses. Mais, concrètement, le recruteur opère bien une différenciation entre les personnes en fonction de leur nationalité.

Faut-il véritablement en conclure que, dans chacune de ces hypothèses, l'élément intentionnel de l'infraction fait défaut ? L'ensemble des arguments présentés par les parties ne se rattachaient-ils pas davantage au mobile de l'infraction, qui lui doit rester indifférent ?⁷⁹⁶. Nous le pensons. Il convient, dès lors, d'admettre que le motif légitime survit bien, en dépit de toute référence textuelle, ce par une habile appréciation de l'élément moral. Il importe néanmoins de trouver par quel fondement, cette digression peut être considérée comme admissible.

⁷⁹⁵ V. *supra* n° 190.

⁷⁹⁶ C'était d'ailleurs les arguments du moyen du pourvoi dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 septembre 2006.

2) L'admissibilité de la prise en compte du motif légitime

268. La survivance du motif légitime dans certaines affaires de discrimination. D'un point de vue textuel, il n'y a plus lieu d'évoquer la notion de motif légitime⁷⁹⁷. Seuls les cas limitativement énumérés, prévus par l'article 225-3 du Code pénal, ont vocation à justifier le comportement infractionnel⁷⁹⁸. Certains auteurs s'interrogent tout de même sur la survivance de ce motif légitime⁷⁹⁹ en s'appuyant sur l'idée que certains comportements doivent bien, d'un point de vue légal, être considérés comme discriminatoires mais que, pour autant, leur légitimité exclut qu'ils soient pénalement sanctionnés. Ils sont ainsi, d'une certaine manière, discriminatoires puisqu'indirectement en lien avec un critère discriminatoire. Mais le lien très indirect avec ce critère discriminatoire, de même que l'innocuité du comportement justifient de ne pas condamner de telles situations discriminatoires, dans les cas où la justification ne permet pas de les effacer. C'est la raison pour laquelle, Monsieur DETRAZ ne doute pas de l'influence qu'exerce encore ce motif légitime, relativement à certains critères, dans des hypothèses où, selon lui, le critère n'est qu'apparent⁸⁰⁰.

269. La recherche d'un fondement juridique autorisant l'absence de sanction de la discrimination légitimée. Il reste qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun fondement légal qui permette d'écarter en toute légitimité ce type de discrimination. Aussi, faire jouer le motif légitime par une appréciation extensive de l'élément moral est certes inventif, tout en restant périlleux. En effet, à partir du moment où la discrimination légitimée est admise par les juges, la caractérisation des éléments constitutifs peut devenir très variable d'une juridiction à une autre. Dans cette perspective, un auteur propose, comme nouveau critère possible du motif légitime, la légitimité du but poursuivi et la proportionnalité des moyens employés⁸⁰¹. Cette proposition reste délicate à mettre en œuvre pour de nombreuses raisons. En effet, ce

⁷⁹⁷ Certains auteurs font encore référence à cette notion de motif légitime, il apparaît pourtant que cela concerne bien souvent l'hypothèse dans laquelle il n'y a pas d'élément moral, et non de celle dans laquelle l'infraction est justifiée. V. à ce sujet, PAGNERRE Y., comm. ss. Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109, JCP S 2009, n°45, 1502.

⁷⁹⁸ V. *supra* n° 251.

⁷⁹⁹ DESPORTES F., *fasc. 20, loc. cit.*, n° 67.

⁸⁰⁰ Il note ainsi en ce qui concerne le motif légitime que cette disposition peut être entendue non pas comme la justification d'un acte réellement discriminatoire (quoique socialement admissible), mais comme le moyen de démontrer que le mobile discriminatoire n'était qu'apparent : DETRAZ S., note ss. Cass. crim., 1 sept. 2010, *loc. cit.*, p. 998.

⁸⁰¹ DESPORTES F., *fasc. 20, loc. cit.*, n° 77.

critère figure déjà parmi les faits justificatifs spéciaux applicables à l'infraction de discrimination. Le généraliser reviendrait à l'intégrer dans la définition même de l'infraction⁸⁰², comme c'est le cas dans la notion civile de discrimination. Or, l'utilisation de ce critère restreindrait considérablement l'efficacité de la norme pénale régissant les discriminations. Il semble donc peu opportun d'utiliser de telles conditions au niveau du droit pénal afin de légitimer une infraction constituée, tant le recours à un tel critère semble peu compatible avec le principe de légalité.

270. La ratio legis de l'incrimination et la justification de la discrimination légitimée.

En conclusion, en l'absence de toute référence légale au motif légitime, il n'existe pas véritablement de fondement légal autorisant l'absence de sanction prononcée à l'égard d'une discrimination légitime. L'absence de sanction de la discrimination légitime résulte donc d'une subtile appréciation du lien de causalité au niveau de l'élément moral du délit. Ce constat montre à quel point le dol spécial peut être un élément difficile à appréhender et les arrêts que nous venons de citer sont symptomatiques de cette difficulté. Il est important de toujours faire la part des choses entre les motifs qui ont directement conduit le prévenu à commettre son forfait, des raisons qu'il invoque pour justifier ou légitimer son comportement. L'un tient au dol spécial, l'autre au mobile de l'infraction. Cette frontière n'est pas seulement théorique, elle a une véritable incidence sur la qualification des faits. Mais, il est vrai que cette frontière est parfois si ténue qu'il est difficile de ne pas confondre ces deux notions. Nous venons d'en voir quelques illustrations. La lutte contre les discriminations est toujours un compromis entre le droit à l'indifférence et la liberté de choix ou la liberté contractuelle dont dispose tout un chacun. Il subsiste toujours la question de savoir où se situe la juste limite entre ce qui reste légitime et ce qui ne l'est plus ?

⁸⁰² Rappelons ainsi que ce critère est couramment utilisé par la jurisprudence de la CEDH en matière de discrimination. Ainsi, dans l'affaire linguistique belge, la Cour précise que la distinction est discriminatoire quand elle manque de justification objective et raisonnable, c'est à dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. CEDH, *Affaire linguistique belge*, préc. Le raisonnement est pourtant difficilement transposable. Dans l'interprétation de l'article 14 de la CEDH, la distinction est discriminatoire quand elle manque de justification objective et raisonnable. Or, c'est cette justification qui va permettre de tracer la frontière entre la distinction légitime et la distinction arbitraire, c'est-à-dire la discrimination. Elle n'est donc pas une justification *stricto sensu*, mais un élément d'appréciation sur lequel porte son contrôle.

Cette confusion a été favorisée par la complexité des affaires que nous avons étudiées. Dans chacun de ces cas, il semblait délicat de condamner l'auteur des faits au titre de l'infraction de discrimination. C'est ainsi, au regard de la *ratio legis* de l'incrimination, que l'absence de condamnation de ce type de comportement s'imposait. En effet, si l'incrimination vise à sanctionner le comportement attentatoire à la dignité humaine, le droit pénal n'a pas vocation à aller au-delà des limites qui fondent sa compétence. L'absence d'anti-socialité des prévenus conduit inévitablement à les relaxer, même parfois au prix d'un fondement juridique quelque peu hasardeux⁸⁰³. Il y a, en effet, « des actes qui peuvent, dans certaines circonstances, ne pas avoir un contenu d'immoralité suffisant pour justifier intrinsèquement l'intervention d'une sanction pénale »⁸⁰⁴. Il n'est pas possible d'envisager toutes les situations qui seront couvertes par une incrimination pénale. Dans certains cas, il arrive que celle-ci rencontre ses propres limites. L'élément moral de l'infraction fait partie de ces limites.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER:

271. La politique de lutte contre les discriminations : une approche binaire des discriminations. Une étude approfondie de la politique de lutte contre les discriminations nous permet de constater que le dispositif est plus complexe qu'il n'y paraît. La politique criminelle offre deux approches complètement différentes de la discrimination. Il y a, tout d'abord, l'approche civile qui se suffit de la présence d'un critère discriminatoire, mais qui a tenté, parallèlement, d'appréhender la notion de discrimination à travers un champ matériel considérablement large. Cependant, dans cette approche, la discrimination a un caractère très relatif, c'est-à-dire que le comportement est discriminatoire que s'il dépasse, du point de vue de sa justification, le respect d'une certaine proportionnalité. Cette relativité apparaît dans une moindre mesure dans l'appréhension pénale des discriminations, puisqu'en réalité il ne

⁸⁰³ D'abord, il appert que ce comportement n'est pas anti-social : il ne consiste ni en une indifférence, ni en une hostilité à la valeur sociale protégée. Ensuite, le lien avec le motif discriminatoire reste très indirect ; le comportement peut être justifié au niveau du lien de causalité devant exister entre le comportement et le motif. Enfin, ce comportement semble répondre à un devoir, qui est celui d'assurer la sécurité de la personne ou celle d'autrui.

⁸⁰⁴ TAHON R., *loc. cit.*, p. 108.

saurait y avoir de discrimination que si le comportement a atteint un certain seuil de gravité. Il en va ainsi en présence d'une intention discriminatoire. Cet élément est central dans la définition des discriminations et cette affirmation peut notamment être appuyée par le constat que loin d'être figée à la seule infraction de discrimination, la sanction de cet état d'esprit discriminatoire existe également dans la prohibition d'autres infractions.

Chapitre second :

La redéfinition du champ de la politique criminelle de lutte contre les discriminations

272. L'état d'esprit discriminatoire se retrouve nécessairement de manière bien plus large dans le champ de la politique criminelle de lutte contre les discriminations pour deux raisons évidentes. D'une part, si l'on peut concevoir que la voie répressive n'est raisonnablement pas un mode de sanction suffisant en ce qui concerne la discrimination, l'utilisation de voies médianes qui lui sont favorables est, à l'inverse, insuffisante s'agissant de comportements qui présentent une gravité supérieure. Nous retrouvons ici l'idée que seul le droit pénal a vocation à défendre l'intérêt général. D'autre part, si l'infraction de discrimination n'est apparue qu'en 1972, le concept de discrimination s'est construit progressivement au regard de la spécificité et de la gravité de certaines exactions racistes et xénophobes perpétrées lors de la seconde guerre mondiale.

273. Ce que nous appelons la discrimination *largo sensu* permet de justifier la sanction de tous les comportements attentatoires à l'idée d'égalité que le Doyen CORNU exprimait ainsi: « si l'on peut dire que tous les hommes sont égaux, à l'inverse, tous les égaux sont des hommes car si un homme refuse à un autre la qualité d'égal (...) il lui refuse la qualité d'homme »⁸⁰⁵. Cette égale dignité est une invitation au respect du caractère singulier de tout homme mais aussi à l'existence d'une diversité culturelle fondamentale à l'humanité. C'est à partir de là que s'est construite toute une politique criminelle visant à protéger tant le groupe d'appartenance de l'individu (Section 1), que l'individu en tant que représentant du groupe (Section 2).

⁸⁰⁵ CORNU G., Rapport de synthèse in 4^{ème} journées René Savatier, *op. cit.*, p. 219.

Section 1 - La protection directe du groupe d'appartenance

274. L'égalité de dignité s'intéresse en premier lieu à la protection de l'individu dans sa pluralité car le paroxysme de l'état d'esprit discriminatoire ou xénophobe s'exprime indéniablement en présence d'atteintes commises à l'égard du groupe. Nous définirons d'abord les rapports qui se tissent entre l'individu et le groupe pour cerner la notion de « groupe » (§ 1), avant d'envisager les atteintes perpétrées à son encontre (§ 2).

§ 1 - Les rapports entre l'individu et son groupe

275. Le droit pénal s'est classiquement toujours intéressé à l'individu avant de porter une attention au groupe. Mais aujourd'hui, la tendance s'est inversée et le groupe apparaît sous différentes formes (A). L'existence d'un lien indivisible entre l'individu et le groupe nous amène nécessairement à nous interroger sur la teneur des exigences requises pour la protection de l'un et de l'autre et sur leurs éventuelles similitudes (B).

A) Les différentes formes d'appréhension du groupe en droit pénal

276. Le groupe peut être envisagé de double manière à savoir, soit en tant que catégorie pénale (1), soit en tant que sujet du droit pénal (2).

1) Le groupe en tant que catégorie pénale

277. ***Le groupe du point de vue de la criminalité.*** Classiquement, le groupe est davantage envisagé du point de vue de la criminalité plutôt que de celui de la victime. Mais la prise en compte de la notion de groupe au niveau de la criminalité s'oppose directement au principe selon lequel « nul n'est punissable que de son propre fait »⁸⁰⁶. La Cour de cassation n'a d'ailleurs pas manqué de rappeler, à ce sujet, qu'il n'existe pas de responsabilité

⁸⁰⁶ C. pén., art. 121-1.

collective permettant de sanctionner tous les membres d'un groupe en cas d'infraction commise par l'un de ses membres⁸⁰⁷.

Pour autant, l'action infractionnelle du groupe a pu être matérialisée par le biais de certaines techniques d'incrimination. On la retrouve d'abord du point de vue de la théorie de la coaction, utilisée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans le cadre de la responsabilité pour fait collectif⁸⁰⁸. Mais, le groupe est également présent en tant qu'élément constitutif de certaines infractions, comme le délit d'attroupement⁸⁰⁹, le délit d'appartenance à une association de malfaiteurs⁸¹⁰ ou de participation à une bande violente⁸¹¹. On le retrouve aussi de manière non négligeable à travers la circonstance aggravante de réunion ou de bande organisée. Aujourd'hui le groupe est une notion centrale de la criminalité collective car cette dernière est à la fois la plus menaçante et la plus difficile à appréhender d'un point de vue répressif⁸¹².

278. Le groupe du point de vue de la victimologie. Différente est la prise en compte du groupe quand celui-ci est victime d'une infraction pénale. On retrouve d'abord cette notion de groupe en victimologie en ce qu'elle définit la victime, soit de manière individuelle, soit de manière collective⁸¹³. Mais cette formulation reste imprécise car ce caractère collectif comprend à la fois la notion de victimes collectives mais aussi celle de victimes de masse. Ainsi du point de vue du préjudice, le préjudice collectif s'entend de la « violation d'un intérêt qui est commun à chaque membre du groupe mais qui transcende l'intérêt individuel

⁸⁰⁷ Cass. crim., 8 oct. 1997, n° 95-85.365 ; Cass. crim., 22 juin 1999, n° 98-85735.

⁸⁰⁸ V. à ce sujet, ROUSSEAU F., *De quelques réflexions sur la responsabilité collective. Aspects de droit civil et de droit pénal*, D. 2011, p. 1983.

⁸⁰⁹ C. pén., art. 431-3.

⁸¹⁰ C. pén., art. 450-1.

⁸¹¹ Ainsi, la loi du 2 mars 2010 a créé un article 222-14-2 qui punit « le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens » : Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, JO du 3 mars 2010, n° 0052, p. 4305.

⁸¹² V. à ce sujet, PARDO F., *Le groupe en droit pénal*, Thèse dactyl. Nice, 2004.

⁸¹³ Résolution 40/34 du 29 nov. 1985 de l'Assemblée Générale des Nations Unies, portant Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir. Pour CARIO R. qui définit la victime comme toute personne en souffrance, il importe que cette souffrance soit personnelle que la victimisation soit individuelle ou collective : CARIO R., *Victimologie : de l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, 1^{ère} éd., Paris : L'Harmattan, Coll. Traité de sciences criminelles, 2000, p. 29 et s. Notons que l'aspect collectif est pourtant loin d'apparaître dans beaucoup de définitions portant sur la notion de victime.

de chacun »⁸¹⁴, alors que le préjudice de masse est un ensemble d'atteintes touchant un grand nombre de personnes à l'occasion d'un fait dommageable unique. Ces éléments intéressent donc particulièrement ce que l'on appelle les catastrophes collectives, phénomènes plus récents et intimement liés au développement des technologies et à l'industrialisation massive que connaissent nos sociétés actuelles.

2) *Le groupe en tant que sujet du droit pénal*

279. *Le groupe et l'humanité.* On a classiquement tendance à partir de l'individu pour envisager le groupe et pourtant, il faudrait à l'inverse plutôt partir de l'humanité pour envisager le groupe. Telle est la démarche entreprise historiquement par le droit pénal. Ainsi, c'est au sortir de la première guerre mondiale qu'est apparue la nécessité d'élaborer un ensemble de normes protégeant non plus simplement l'homme mais bien l'humanité, entendue comme communauté des hommes. Mais, il est une chose d'en admettre la nécessité et il en est une autre de se rendre compte de l'ampleur et des difficultés de la tâche. Ainsi n'existait-il pas pendant longtemps de fondement juridique permettant d'assurer la protection de cette humanité⁸¹⁵, exception faite des lois de l'humanité élaborées dans le cadre du *jus in bello*⁸¹⁶. L'apparition de la notion de crime contre l'humanité mettra fin à ces difficultés⁸¹⁷.

Pourtant, l'idée selon laquelle il existe bien une entité particulière qu'est l'humanité ne date pas de la première guerre mondiale. Ainsi, l'élaboration d'un droit des gens par l'école du droit naturel avait déjà conduit ses penseurs à constater que « le genre humain bien qu'il soit divisé en nations et royaumes différents a cependant une unité. Chacun, dans ces communautés, est aussi, d'une certaine manière, membre de cet ensemble qui est le genre

⁸¹⁴ DREVEAU C., *Réflexions sur le préjudice collectif*, RTD civ. 2011, p. 249.

⁸¹⁵ L'absence de fondement relatif à la protection de l'humanité posa d'ailleurs un certain nombre de difficultés au lendemain de la seconde guerre mondiale, puisque le droit français ne comportait pas de dispositions pénales permettant la poursuite de responsables du chef de crime contre l'humanité. C'est donc en reconnaissant de manière implicite la forme coutumière de cette infraction que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pu poursuivre ces responsables dans sa décision du 6 octobre 1983 : ROULOT J.-F., *La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France : une répression nationale d'un crime international*, RSC 1999, p. 545.

⁸¹⁶ Entendu comme le droit des conflits armés.

⁸¹⁷ GARIBIAN S., *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Thèse Genève, Bruxelles : Bruylant, Coll. Genevoise, 2009, p. 60 et s.

humain »⁸¹⁸. En effet, qu'est-ce-que l'humanité si ce n'est une identité commune des hommes qui transcende, tout en les respectant, les différentes spécificités des hommes et des groupes identitaires ? Ainsi, comme le note la Cour pénale internationale pour l'ex-Yougoslavie : « les crimes contre l'humanité transcendent l'individu puisque, en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque la spécificité du crime contre l'humanité »⁸¹⁹.

Cette identité commune, cette humanité, en tant qu'élément fondateur de l'égale dignité de tous les êtres humains, justifie qu'au-delà de l'individu ou de son groupe, c'est bien l'humanité en tant que sujet qu'il importe de protéger. L'accent ne porte plus sur la victime individuelle mais bien sur une collectivité de victimes⁸²⁰ : une population de civils ayant subi des violences généralisées et systématiques. Le crime contre l'humanité touche donc, comme le rappellent les juges Mc DONALD et VOHRAH, « tous les membres de l'humanité, indépendamment de leur nationalité ou de leur appartenance ethnique et de l'endroit où ils se trouvent »⁸²¹. Le crime contre l'humanité méconnaît donc les questions identitaires puisqu'il viole directement l'identité supérieure et transcendantale qu'est l'humanité. Ceci n'efface en rien l'idée que certains actes profondément racistes et xénophobes, constitutifs de crime contre l'humanité, mettent directement en cause cette coexistence de groupes identitaires différents mais composant tous indistinctement l'humanité. Il importe donc que soit assurée parallèlement la protection spécifique des groupes d'appartenance et identitaires⁸²², mais cela suppose alors de bien cibler ce que nous devons entendre par l'utilisation du qualificatif « groupe ».

280. Le groupe et l'individu. Si l'homme est un atome de l'humanité, cette humanité ne

⁸¹⁸ VITORIA, *De postestate civili*, cité par GRAVEN J., *Le crime contre l'humanité*, Rec. Cours de La Haye 1950, T. 76, p. 427.

⁸¹⁹ TPIY, 29 nov. 1996, *Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, Aff. n° IT-96-22-T, § 28.

⁸²⁰ C'est ainsi que GRAVEN J. considère que le crime contre l'humanité est constitué d'un dol spécial qui est une intention de « faire une victime collective à travers la victime individuelle » : *loc. cit.*, p. 547.

⁸²¹ TPIY, *Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, *préc.* Opinion individuelle présentée conjointement par Mme le Juge Mc DONALD et Mr. le Juge VOHRAH du 7 oct. 1997, § 21.

⁸²² Ainsi, comme le note VERNY E., « L'humanité est donc pour chaque personne un intérêt commun qu'il est en droit d'invoquer car tout homme peut être atteint non seulement pour lui-même, mais aussi pour son appartenance à une communauté humaine. L'humanité n'est donc pas un intérêt protégé ordinaire puisqu'elle ne se dissocie pas de ses membres qui sont eux les sujets de droit par excellence » : *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2002, p. 22.

présente pas d'uniformité mais se compose d'une diversité de groupements humains. L'homme est un être par nature libre mais sa survie ne peut être assurée par son simple rattachement à la communauté des hommes. Ainsi « l'individu est en lui-même singularité dans la pluralité »⁸²³ et il n'est donc jamais en tant que tel un élément indépendant, il s'envisage à bien des égards à travers cette pluralité. Cette pluralité trouve une application à travers la notion de groupe en tant que berceau d'appartenance de tout individu. Nous avons envisagé précédemment le processus de construction de l'homme en tant que sujet, c'est-à-dire le passage d'un état naturel de vulnérabilité à l'acquisition d'une autonomie⁸²⁴. Ce processus repose en grande partie sur l'existence d'un lien de rattachement entre l'individu et son groupe d'appartenance. La construction identitaire⁸²⁵ de l'individu suppose un rapport interactionnel entre l'individu et le groupe, puisqu'entre les deux se tisse un lien de reconnaissance et d'acceptation mutuelle.

Le groupe fait l'objet d'une application très diversifiée puisqu'on peut parler de groupe professionnel, familial, ethnique, culturel, etc⁸²⁶. Il prend donc une dimension très variable⁸²⁷ et se trouve de manière plus ou moins présente au sein d'une société. Mais quels que soient sa forme et son degré, l'appartenance au groupe est un élément de valorisation, d'existence et d'affirmation de soi, particulièrement en terme de visibilité sociale⁸²⁸. A l'inverse, le groupe est aussi un élément de cristallisation des inégalités. D'une part, la composition quantitative de certains groupes identitaires aboutit parfois à la confrontation de groupes

⁸²³ NORDMANN S., *Du singulier à l'universel : essai sur la philosophie religieuse de Hermann Cohen*, Paris : J. Vrin, Coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 2007, p. 154.

⁸²⁴ V. *supra* n° 146 et s.

⁸²⁵ Pour FREUD S., la structuration de la personnalité est rendue possible par un jeu d'identification à différents groupes car à travers cette identification le passage de l'individuel au collectif est rendu possible. V. à ce sujet : ROUCHY J.-Cl., *Le groupe « chaînon manquant »*, Revue de psychothérapie psychanalytique de groupe 2005/2, n° 45, p. 51.

⁸²⁶ Le village ou simplement l'entreprise peuvent également constituer des groupes.

⁸²⁷ Ainsi en psychologie sociale, le groupe se définit comme « deux personnes ou plus qui vont, pendant un certain temps, interagir, s'influencer mutuellement et se percevoir comme un « nous ». COOLEY C.-H. distingue le groupe primaire, composé de personnes entretenant des relations régulières, du groupe secondaire, réunissant un nombre de personnes plus important mais poursuivant un but commun : BOUCHET J., CHANTON O., KREEL V., et al., *Psychologie sociale*, T. 1 : L'individu et le groupe, 1^{ère} éd., Paris : Bréal, Coll. Lexifac - Psychologie, 1996, p. 34

⁸²⁸ HALPERN C. et RUANO-BORBALAN J.-Cl., *Identité(s). L'individu. Le groupe. La société*. Auxerre : Sciences Humaines, 2004, p. 25 et s.

majoritaires aux autres groupes minoritaires⁸²⁹ ou, quand cette question ne se pose pas, peuvent apparaître des croyances tirées de l'imaginaire social prêtant à certains groupes des vocations sociales ou professionnelles plus évoluées que pour d'autres⁸³⁰. D'autre part, l'appartenance à un groupe est rarement le produit d'un choix personnel et neutre. Le rattachement est guidé, à bien des égards, par des questions de lien du sang, de culture voire de déterminisme social⁸³¹.

281. La coexistence sociale des groupes et leur protection pénale. Au cœur de la réflexion menée autour de la notion de groupe se pose la question du lien social, que nous ne saurions envisager sans faire référence aux travaux d'Emile DURKHEIM. Dans son ouvrage *De la division du travail social*, ce dernier a tenté de déterminer ce qui caractérise le lien social qui existe entre l'individu, le groupe ou la société. Pour Emile DURKHEIM, le lien social se caractérise comme un lien moral qui régit les relations des hommes au sein d'une société et qui peut prendre des formes différentes. Il distingue alors deux formes de société : une société à *solidarité mécanique*, caractérisée par une conscience collective forte où les individus partagent les mêmes croyances et valeurs et une société à *solidarité organique*, composée de sous-groupes individuels mais faisant davantage place à l'autonomie individuelle.

La société se compose ainsi de différents groupes qui vont tous participer à la socialisation de l'individu et qui vont interagir entre eux. Dans une société où le lien social est distendu, il va de soi que les rapports entre les groupes peuvent être pacifiques ou conflictuels. Il s'agit donc d'un domaine où la science pénale a vocation à intervenir pour imposer des limites aux conflits susceptibles d'apparaître car comme le soulignait lui-même Emile DURKHEIM,

⁸²⁹ Ainsi parle-t-on classiquement de minorités que l'on peut définir comme « un groupe de citoyens d'un Etat, en minorité numérique et en position non-dominante dans cet Etat, dotés de caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques différentes de celles de la majorité de la population, solidaires les uns des autres, animés, fût-ce implicitement, d'une volonté collective de survie et visant à l'égalité en fait et en droit avec la majorité » : DESCHENES J., *Proposition concernant une définition du terme 'minorité'*, Document des Nations unies, E/CN.4/sub.2/1985/31, §181.

⁸³⁰ Il en va ainsi particulièrement s'agissant des groupes ethniques, voire religieux.

⁸³¹ C'est d'ailleurs la question de la théorie de l'*habitus* développée par BOURDIEU P. en sociologie.

« c'est cette solidarité qu'exprime le droit répressif, du moins dans ce qu'elle a de vital »⁸³².

Puisque nous ne pouvons dissocier l'individu de son groupe, le droit pénal les envisage dans leur globalité. D'une part, il y a l'idée que certaines atteintes individuelles portées à l'encontre de l'homme doivent être considérées comme une atteinte au groupe par extension. Il en va ainsi quand la victime est choisie en tant que cible directe parce qu'elle est représentative de son groupe. D'autre part, il existe parallèlement des crimes qui atteignent directement le groupe et dans ce cas l'aspect collectif des victimes atteintes constitue l'un des critères d'expression de l'atteinte portée à ce groupe⁸³³. En effet, « la personne se projette dans un groupe et à travers ce groupe dans l'humanité. Une relation, non seulement philosophique ou sociologique mais aussi juridique, s'établit entre le membre et son groupe »⁸³⁴. Si le groupe peut donc être envisagé à bien des égards, nous ne l'envisagerons en ce qui concerne notre sujet que sous l'angle de la discrimination.

B) La problématique de la discrimination dans la protection du groupe

282. La question des discriminations dans la protection du groupe trouve son point d'ancrage dans le droit humanitaire dont une majeure partie des incriminations a fait l'objet d'une transposition en droit pénal interne. Elle se caractérise par la présence d'un élément fondamental, celui de l'exigence *a minima* d'une intention discriminatoire (1) que l'on aurait tendance à confondre avec le mobile discriminatoire (2).

1) L'exigence de motifs discriminatoires

283. Importance du motif discriminatoire comme élément de définition du groupe. C'est bien la nécessité de lutter contre les formes de discriminations les plus graves qui a

⁸³² DURKHEIM E., *De la division du travail social*, 7^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Quadrige – Grands textes, 2007, p. 74.

⁸³³ VERNY E. avait différencié ces deux grands axes dans sa thèse. Pour lui, l'homme exerce une primauté naturelle sur le groupe auquel il appartient et c'est la raison pour laquelle, il est possible de considérer que tout atteinte à l'homme est également une atteinte au groupe ou plus généralement à l'humanité : *op. cit.*, p. 128.

⁸³⁴ *Ibid*, p. 39.

justifié l'apparition de la notion de groupe au sein d'un ensemble d'incriminations pénales. Son utilisation permet de rendre compte de l'ampleur de certaines infractions qui, à la différence de l'infraction de discrimination, ne portent pas uniquement sur une ou quelques personnes, mais bien sur un ensemble de victimes persécutées en raison de leur qualité commune⁸³⁵. Indépendamment de la multiplicité de victimes, le groupe est utilisé comme élément de référence et de rattachement des individus qui le composent et qu'il convient de protéger. Il est une référence identitaire, un état des personnes. Il ne relève plus simplement d'une catégorie pénale mais devient en outre bénéficiaire des mesures de lutte contre les discriminations. L'atteinte à l'individu, en raison de son appartenance à un groupe, ne se réduit plus à l'atteinte d'un individu mais bien au groupe en entier. Cette dimension s'exprime particulièrement en ce qui concerne le génocide où « la victime de l'acte est donc un membre du groupe, choisi en tant que tel, ce qui signifie en définitive que la victime du crime de génocide, est, par-delà la personne qui en est victime, le groupe lui-même »⁸³⁶.

Il importe pourtant de définir le groupe au sein des infractions dans lesquelles il apparaît et c'est par référence aux critères de l'article 225-1 du Code pénal qu'il est possible de concevoir ce qu'il convient d'entendre par le terme « groupe ». Pour autant, si l'article 225-1 du Code pénal comprend dix-huit critères, le groupe n'est défini qu'à partir de critères restreints mais d'importance capitale. Ainsi, la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide protège le groupe au regard de quatre critères que sont la nationalité, l'ethnie, la race ou la religion⁸³⁷. Le droit pénal national offre cependant des perspectives de protection plus large puisque son incrimination couvre aussi la protection « d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire ». A l'inverse, plus restrictive est la Convention sur l'apartheid qui ne vise que le critère de la race⁸³⁸.

⁸³⁵ Ainsi LEMKIN R. note cette même subtilité : « L'expression " meurtre de masse " rendrait-elle le concept précis de ce phénomène ? Nous sommes d'avis que non, puisqu'elle n'inclut pas le motif du crime, plus spécialement encore lorsque le but final du crime repose sur des considérations raciales, nationales et religieuses » : *Le crime de génocide*, RDISDP 1964, Vol. 24, p. 213.

⁸³⁶ TPIR, Chambre de première instance, 6 déc. 1999, *le Procureur c/ Georges Anderson Derubumwe Rutaganda*, Aff. n° ICTR-96-3-T, § 60.

⁸³⁷ Article 2 de la Convention. V. pour un commentaire article par article, SCHABAS W. A., *Convention for the prevention and punishment of the Crime of Genocide*, United Nations Audiovisual Library of International Law 2008, consultable sur : untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/.../cpcpg_e.pdf.

⁸³⁸ Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973, art. 1.

284. Insuffisance du motif discriminatoire comme élément intentionnel des crimes contre l'humanité. Quand le groupe est défini par le biais de motifs dits discriminatoires, on considère alors que l'intention requiert, comme pour l'infraction de discrimination, un dol spécial, c'est-à-dire une intention discriminatoire. Cette affirmation reste pourtant délicate en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, autres que ceux que nous venons d'envisager. Ainsi, aux termes de l'article 212-1 du Code pénal, sont réprimés les actes « commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique ».

Classiquement, l'intention discriminatoire permet de hiérarchiser les différents crimes internationaux. Ainsi, l'exigence d'un élément intentionnel discriminatoire permet, entre autre, de distinguer le crime de guerre du crime contre l'humanité et le génocide⁸³⁹. Dans l'affaire *Nikolic*⁸⁴⁰, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁸⁴¹ exigeait l'identification de la population civile en tant que groupe. Sa jurisprudence était ainsi en conformité avec les dispositions du statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda⁸⁴², définissant le crime contre l'humanité comme « une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse »⁸⁴³. L'arrêt *Tadic* apporte cependant une solution contraire. En effet, sans rejeter l'exigence d'une intention discriminatoire, il rappelle que : « l'objectif et le but de l'article 5 seraient *a fortiori* pervertis si l'on devait insinuer que les raisons discriminatoires requises devaient se limiter aux cinq raisons exposées (...). Pareille interprétation de l'article 5 créerait d'importants vides juridiques »⁸⁴⁴. Ainsi, le crime contre l'humanité, en restant intrinsèquement discriminatoire, a vocation à couvrir une

⁸³⁹ MAISON R., Les frontières entre les crimes in TAVERNIER P., RENAULT C. (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruxelles : Bruylant, Coll. du CREDHO, actes du colloque organisé le 24 octobre 2003 par l'Université d'Évry-Val d'Essone et le CREDHO, 2004, p. 7.

⁸⁴⁰ TPIY, Chambre de première instance II, 18 déc. 2003, *Le Procureur c/ Dragan Nikolic*, Aff. n° IT-94-2-R61.

⁸⁴¹ Mentionné par l'abréviation « TPIY ».

⁸⁴² Mentionné par l'abréviation « TPIR ».

⁸⁴³ Article 3 du Statut actuel du TPIR du 30 janv. 2010. A l'inverse le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ne mentionne aucun critère discriminatoire mais se réfère uniquement à une attaque généralisée et systématique « dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit : Statut actualisé du TPIY du 29 sept. 2008, art. 5.

⁸⁴⁴ TPIY, Chambre d'appel, 15 juill. 1999, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, Aff. n° IT-91-1-A, § 285.

importante partie des critères énumérés par l'article 225-1 du Code pénal.

L'état d'esprit discriminatoire s'exprime donc en premier lieu par la délimitation du groupe à l'encontre duquel sont commis les différents crimes contre l'humanité. Les motifs discriminatoires retenus sont bien évidemment ceux qui présentent le plus grand degré d'arbitraire et de dangerosité dans l'état d'esprit du discriminant. Mais l'existence d'un motif discriminatoire comme élément d'encadrement du groupe est insuffisant car elle ne dénote d'aucune intentionnalité particulière. Elle permet tout au plus de constater que tel groupe présentant telle caractéristique a été atteint⁸⁴⁵, ce qui ne permet pas d'exprimer suffisamment la particularité discriminatoire de certains crimes contre l'humanité. Pour certains auteurs, cette première caractéristique se couple donc d'une seconde, à savoir que certains crimes nécessitent, de surcroît, un mobile discriminatoire.

2) *L'existence d'un mobile discriminatoire ?*

285. *L'exigence d'un mobile pour la sanction des crimes contre l'humanité...* L'étude de l'élément moral de l'infraction de discrimination nous avait conduit à admettre que la discrimination exige l'existence de motifs discriminatoires mais non d'un mobile⁸⁴⁶. L'infraction est constituée lorsqu'il existe un lien de causalité entre le motif discriminatoire et l'acte discriminatoire. Mais il ne constitue pas le mobile de l'action qui peut constituer en des raisons d'ordre économique, d'intolérance, de profit ou autre. Le mobile est donc multiple mais pas nécessairement et intrinsèquement discriminatoire. Ceci a l'avantage de ne pas complexifier la poursuite de tels comportements qui exigerait, de fait, une preuve difficile à rapporter.

Les différentes incriminations qui protègent le groupe et qui s'intègrent toutes sous la

⁸⁴⁵ Ainsi, comme le note JUROVICS Y.: « il se peut que des victimes appartenant toutes au même groupe ne soient en réalité pas victimes d'un mobile discriminatoire, comme cela est parfois le cas dans certains conflits armés où un ensemble de nationaux est visé sans que cette nationalité soit le déterminant du crime ; et il se peut encore que la persécution de certaines victimes, bien que celles-ci ne soient apparemment pas liées au groupe visé, soit malgré tout fondée sur le mobile discriminatoire » : *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit international et communautaire, T. 116, 2002, p. 154.

⁸⁴⁶ V. *supra* n° 226.

qualification de « crimes contre l'humanité »⁸⁴⁷ prennent en compte cet état d'esprit discriminatoire de façon quelque peu différente. Pour une partie de la doctrine, la discrimination n'est pas simplement un motif, c'est-à-dire l'identifiant qui permet de choisir la victime, elle est aussi le mobile du crime⁸⁴⁸. Ainsi, selon Monsieur JUROVICS, l'élément intentionnel du génocide se confond avec le mobile car « le mobile est consacré comme un élément déterminant : le crime doit avoir été commis contre des individus identifiés et spécifiquement pour cette raison »⁸⁴⁹. Mais, note-t-il cette exigence est généralisable à l'ensemble des crimes contre l'humanité⁸⁵⁰ si bien que « pour constituer un crime contre l'humanité, le choix de la victime doit être non seulement guidé par son appartenance raciale ou religieuse ou son obédience politique, mais encore, inspiré par une intolérance fondée sur ce simple caractère »⁸⁵¹.

286. ...une théorie source de confusions. Nous ne partageons pas cette analyse pour deux raisons. D'abord, en ce qui concerne le mobile, il nous semble que si certaines infractions requièrent un dol spécial bien particulier, celui-ci ne consiste pas en un mobile. De manière générale, il arrive que certaines Cours pénales internationales rappellent même qu'il convient de ne pas confondre ce dol spécial avec le mobile qu'elles considèrent comme indifférent. Ainsi, le TPIY, à l'occasion de son arrêt *Dusko Tadic*, souligne que le mobile ne peut entrer en considération dans la constitution des crimes contre l'humanité, faute de quoi nous aboutirions à des résultats absurdes⁸⁵². De même, dans son arrêt *Goran Jelisic*,

⁸⁴⁷ On notera ainsi que la Cour de cassation a rappelé à maintes occasions que « les crimes contre l'humanité sont des crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs particuliers précisés dans le texte qui les définit » : Cass. crim., 6 févr. 1975, n° 74-91.949, Bull. crim. 1975, n° 42, p. 113 ; D. 1975, p. 386 – Cass. crim., 31 janv. 1991, n° 90-87.177, n° 90-87.178, Bull. crim. 1991, n° 54, p. 132 ; D. 1991, p. 258. La spécificité du crime contre l'humanité n'est donc pas tant l'acte, qui n'est en tant que tel qu'une infraction de droit commun, mais bien la motivation sous-jacente.

⁸⁴⁸ JUROVICS Y., *op. cit.*, p. 143 et s.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 157.

⁸⁵⁰ Notons que l'état d'esprit discriminatoire n'est pas une condition nécessaire à la répression des crimes de guerre, prévue par les quatre Conventions de Genève de 1949 ainsi que leurs protocoles additionnels, exception faite de l'apartheid et des pratiques inhumaines et dégradantes fondées sur la discrimination raciale qui sont considérées comme crime de guerre par l'article 85.4 du premier protocole additionnel aux conventions.

⁸⁵¹ JUROVICS Y., *Le crime contre l'humanité*, J.-Cl. Droit international, Fasc. 410, 2011, p. 25, n° 59

⁸⁵² « Imaginons un SS de haut rang qui prétend qu'il a participé au génocide des Juifs et des Gitans uniquement pour raison "purement personnelle" qu'il leur nourrissait une haine profonde et souhaitait leur extermination. En dépit de l'état d'esprit intrinsèquement génocidaire de cet accusé, il faudrait le déclarer non coupable de crimes contre l'humanité simplement au motif que ses mobiles étaient d'ordre "purement personnels" » : TPIY, *Le procureur c/Dusko Tadic*, Arrêt du 15 juill. 1999, *préc.*, § 269. Nous retrouvons d'ailleurs une position

différencie-t-elle à nouveau le mobile personnel, qui doit rester indifférent, de l'intention génocidaire qu'elle qualifie d'*intention spécifique*⁸⁵³. A notre sens, il convient en effet de parler d'intention discriminatoire mais non de mobile discriminatoire. Requérir un mobile discriminatoire reviendrait à exiger que l'auteur n'ait d'autre raison à la perpétration de son crime que d'assouvir sa haine raciale. Or, le discriminant peut être amené pour de nombreuses raisons, que ce soit d'ordre politique, économique ou autres, à la commission de ses exactions⁸⁵⁴.

Ensuite, cette intention spéciale ne peut être généralisée à l'ensemble des crimes contre l'humanité. La notion de crime contre l'humanité a évolué et ne répond plus nécessairement dans son intégralité à la conception que l'on s'en était faite au sortir de la seconde guerre mondiale⁸⁵⁵. L'actuel Statut de la Cour pénale internationale⁸⁵⁶, mais aussi la jurisprudence des juridictions *ad hoc*⁸⁵⁷, rendent compte de la variété des éléments psychologiques qui composent le crime contre l'humanité⁸⁵⁸. Si nous nous référons à la définition du crime contre l'humanité telle qu'elle figure à l'article 7 du Statut de Rome, elle se contente d'exiger la volonté et la connaissance d'une attaque généralisée et systématique portant sur la population civile⁸⁵⁹. Mais, certains crimes contre l'humanité exigent quant à eux un dol

similaire dans l'arrêt du 24 mars 2000 : TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Z. Aleksovski*, Aff. n° IT-95-1-14/1, § 23 et s.

⁸⁵³ TPIY, Chambre d'appel, 5 juill. 2001, *Le Procureur c/ Goran Jelusic*, Aff. n° IT-95-10-A, § 45.

⁸⁵⁴ TPIY, *Le Procureur c/ Goran Jelusic*, § 49.

⁸⁵⁵ Ainsi, il est vrai que l'intention discriminatoire ressort clairement de la conception que s'en fait la Cour de cassation dans l'affaire Barbie : « constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique » : Cass. crim., 20 déc. 1985, n° 85-95166, *préc.*

⁸⁵⁶ Citée par la suite sous la dénomination « CPI ».

⁸⁵⁷ Voir ainsi TPIR, Chambre d'appel, 1er juin 2001, *Le Procureur c/ Akayesu*, Aff. n° ICTR-96-4-A : « L'article 3 du Statut n'exige aucunement que tous les crimes contre l'humanité (...) soient commis avec une intention discriminatoire », § 449 et s. Dans le même sens, TPIR, Chambre de première instance III, 15 mai 2003, *Le Procureur c/ Laurent Semanza*, Aff. n° ICTR-97-20-T, § 332.

⁸⁵⁸ Dans le même sens, voir CURRAT P., *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Thèse Genève, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, , Coll. Genevoise, 2006, p. 75.

⁸⁵⁹ Cour pénale internationale, *Eléments des crimes*, 2011, Art. 7. De même et bien que YUROVICS Y. avait conclu au caractère isolé de cette arrêt, le TPIY dans son arrêt *Tadic* estime que « c'est donc à juste titre que l'Accusation a fait valoir que la Chambre de première instance avait eu tort de conclure qu'une condition d'intention discriminatoire s'attachait à tous les crimes contre l'humanité. Pareille intention ne constitue un élément constitutif indispensable que pour les infractions pour lesquelles elle est expressément stipulée ». Arrêt *Tadic*, *préc.*, § 303-305.

spécial plus particulier. Il en va ainsi, outre le génocide que nous venons d'envisager, de la persécution ou de l'apartheid⁸⁶⁰. Ainsi en ce qui concerne la persécution⁸⁶¹, l'auteur doit avoir pris pour cible des personnes en raison de leur appartenance à un groupe avec l'intention d'« exclure ces individus de la société dans laquelle ils cohabitaient avec les auteurs de l'acte, voire de l'humanité elle-même »⁸⁶².

287. Variabilité de l'intention requise au titre des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité. L'intentionnalité dans les crimes contre l'humanité présente donc une variabilité différente. Le TPIY rappelle lui-même cette variabilité, à l'occasion de l'affaire *Kupreskic et consorts*, que « l'élément moral requis pour la persécution est beaucoup plus strict que pour les crimes contre l'humanité habituels, tout en demeurant en deçà de celui requis pour le génocide »⁸⁶³. Il convient donc de différencier la prise en compte du concept de discrimination selon les infractions en question. De cette différenciation, va ressortir trois degrés d'intentionnalité discriminatoire:

- le degré le plus élevé est celui pour lequel un **double dol spécial** est requis. C'est le cas d'infractions comme le génocide qui requiert non seulement que l'auteur ait été animé de la volonté de discriminer le groupe mais aussi de la volonté de détruire ce dernier.

- le degré intermédiaire se compose d'infractions qui exigent **uniquement une intention discriminatoire unique**. Ce sera ainsi le cas de la persécution⁸⁶⁴ qui doit être opérée à l'encontre de « toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique etc. » ou, si l'on se réfère au Statut de Rome, à l'encontre de « tout groupe ou de toute collectivité

⁸⁶⁰ Cour pénale internationale, *Elément des crimes, préc.*, art. 7 § 1 (j) et (h).

⁸⁶¹ *Ibid.*, art. 7 § 1 (h), éléments n° 3 et 4.

⁸⁶² TPIY, Chambre de première instance III, 26 fév. 2001, *Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez*, Aff. n° IT-95-14/2, § 220.

⁸⁶³ TPIY, Chambre de première instance II, 14 janv. 2000, *Le procureur c/ Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovi, Dragan Papi, Vladimir Anti, alias Vlado*, Aff. n° IT-95-16-T, § 636.

⁸⁶⁴ Il convient de rappeler qu'à l'occasion de l'affaire *Kordic et Cerkez*, le TPIY avait conclu, en ce qui concerne l'élément moral de la persécution, qu'« afin de satisfaire à l'élément moral plus strict requis pour constituer le crime de persécution, l'accusé doit avoir fait siens les objectifs visés par la politique discriminatoire mise en place : exclure ces individus de la société dans laquelle ils cohabitaient avec les auteurs des actes, voire de l'humanité elle-même ».

identifiable inspirée⁸⁶⁵ par des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux, ou sexiste, ou sur d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international »⁸⁶⁶. Comme le note Monsieur le Professeur MASSE : « il est assez artificiel que les mots utilisés dans un cas pour qualifier le groupe victime le soient dans l'autre pour spécifier les motifs des auteurs »⁸⁶⁷.

- enfin le troisième degré comporte des infractions qui ne **sont pas par essence discriminatoires, mais qui animées d'une certaine intentionnalité peuvent le devenir**. On ajoute alors à l'incrimination une intention discriminatoire qui figure de manière résiduelle. On citera, à titre d'exemple, la torture, sanctionnée par la Convention des Nations unies du 10 décembre 1984⁸⁶⁸. La torture est « un acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne » et qui poursuit différentes fins telles que l'intimidation, la punition ou l'exercice de pression. Il s'avère que parmi les différentes finalités énumérées figure notamment ce que certains⁸⁶⁹ appellent la « torture-discrimination »⁸⁷⁰.

288. C'est donc par le biais de la prise en compte de ces différents degrés d'apparition de l'intention discriminatoire, que la norme pénale appréhende, aussi bien en droit national qu'en droit international, une grande variété d'atteintes discriminatoires. Toutes étant liées à ce concept de discrimination, elles rentrent nécessairement dans le champ de la politique criminelle de lutte contre les discriminations. Leur diversité témoigne des différents degrés pour lesquels l'intention discriminatoire peut intervenir.

⁸⁶⁵ Nous soulignons.

⁸⁶⁶ Article 7 § 1, h) du Statut de la Cour pénale internationale, que nous retrouvons dans une forme assez similaire à l'article 5 h) du Statut du TPIY, à l'article 3 h) du TPIR et pour le droit français à l'article 212-1 8° du Code pénal.

⁸⁶⁷ MASSE M., *loc. cit.*, p. 378.

⁸⁶⁸ Convention des Nations unies du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁸⁶⁹ HUET A. et KOERING-JOULIN R., *Droit pénal international*, 2^{ème} ed., Paris : PUF, Coll. Thémis - Droit privé, 2001, p. 95.

⁸⁷⁰ L'article 1.1 précise en effet « ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit ».

§ 2 - Diversité des atteintes discriminatoires commises à l'encontre du groupe

289. Parmi, les infractions par essence discriminatoires commises à l'encontre du groupe, nous envisagerons successivement l'apartheid (A), la persécution (B) et enfin le génocide (C).

A) *L'apartheid*⁸⁷¹

290. *Le passé.* C'est en 1973 qu'est signée la Convention internationale sur la suppression et la répression du crime d'apartheid. Cette répression sera réaffirmée par la suite à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale. Pourtant, le régime séparatiste que fut l'apartheid en Afrique du Sud couvrira la période de 1948 à 1994 et aujourd'hui encore certaines politiques interrogent quant à la proximité de leurs mesures avec celles existantes sous le régime de l'apartheid⁸⁷². L'apartheid est en premier lieu une politique raciste prônant le développement séparé des races et qui, de ce fait, a une vocation inéluctable à la discrimination sous ses formes les plus multiples.

La naissance de cette politique trouve deux sources majeures : d'une part, l'existence d'un régime colonial reposant sur la suprématie de la race blanche sur la race noire⁸⁷³ instauré dès le début du 20^{ème} siècle ; d'autre part, l'influence des doctrines nazies considérées par une

⁸⁷¹ L'apartheid est « une évidente discrimination pour des raisons de race qui rabaisse les quatre cinquièmes de la population à un niveau d'infériorité injurieuse qui porte atteinte à la dignité humaine et rend impossible ou très difficile le plein développement de la personnalité ». Nations Unies, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour l'étude de la situation raciale dans l'Union sud-africaine*, New-York : Nations-Unies, 1953.

⁸⁷² Ainsi, un auteur s'interroge sur la proximité du régime séparatiste instauré en Afrique du Sud par rapport à celui existant à l'heure actuelle entre l'Israël et la Palestine particulièrement en ce qui concerne la gestion de l'espace public et la situation des Arabes israéliens : GIRAUT F., *Apartheid et Israël/Palestine, analogie et contresens*, Outre-Terre, 2004/4, n° 9, p. 145.

⁸⁷³ Le *Population Registration Act n° 30* de 1950 adopté sous le régime de l'Apartheid classifia et définissa les différents groupes raciaux existants. Le Bantu (le Noir) est défini comme « a person who is, or generally accepted as, a member of any aboriginal race or tribe of Africa » ; « une personne qui est considérée, ou qui est généralement acceptée, comme appartenant à une race aborigène ou à une tribu africaine ».

partie de la classe politique africaine⁸⁷⁴ comme un modèle sur lequel l’Afrique devait s’inspirer⁸⁷⁵. Définie comme une série « d’actes inhumains commis dans le but d’établir et de perpétuer la domination d’un groupe racial sur un autre et de se livrer à une oppression systématique », la politique de l’apartheid va de la simple gestion de l’espace⁸⁷⁶, des restrictions des droits de l’homme jusqu’aux atteintes à l’intégrité physique de l’homme. Ces actes prennent tous une coloration discriminatoire du fait de la motivation intrinsèque à chacun d’entre eux qui n’est autre que la haine raciale.

C’est donc en quatre groupes ethniques⁸⁷⁷ que la population sud-africaine fut scindée ce qui justifia la distribution inégalitaire des droits : droit de vote réservé aux Blancs⁸⁷⁸, liberté de circulation soumise à un laisser-passer, droit de résidence amoindri, restriction dans l’accessibilité à l’emploi⁸⁷⁹, séparation au sein des établissements scolaires⁸⁸⁰ ainsi que dans l’espace public⁸⁸¹ etc. Mais au-delà de la reconnaissance inégalitaire des droits, l’importance et la gravité des atteintes à la vie de l’homme caractérisent encore plus le régime de soumission instauré. Au total, le rapport de la Commission Vérité et Conciliation, instaurée à

⁸⁷⁴ En particulier la Ligue des frères afrikaners, plus communément appelée Broederbond, qui est une organisation secrète qui appuiera la montée du nationalisme en Afrique, la victoire du parti National ainsi que la propagation d’idées racistes qui serviront de fondement à la politique de l’apartheid.

⁸⁷⁵ Ainsi, LEE JEMISON E. conclut « The leaders of South Africa after 1948 no longer epoused Nazism as they had during World War II, but they had come to their political and intellectual maturity under the shadow of Nazi Germany and had devoted years of their lives to the furtherance of its ideology » ; « Après 1948, les dirigeants sud-africains ne se sont plus confortés dans la doctrine nazie comme ils l’avaient fait durant la deuxième guerre mondiale, mais sont arrivés à une maturité politique et intellectuelle située dans l’ombre de l’Allemagne nazie et ont dévoué plusieurs années de leur vie à la poursuite de cette idéologie » : *The nazi influence in the formation of apartheid in South Africa*, The Concord Review, p. 75.

⁸⁷⁶ La loi sur les zones réservées ou *Group Areas Act* fixa ainsi un certain nombre de zones géographiques dans lesquelles un groupe racial avait le droit de résider, d’acquérir la propriété ou d’exercer une activité économique.

⁸⁷⁷ Respectivement les Blancs, les Noirs (Bantous), les Métises et les Asiatiques. L’objectif était de forcer la dissociation physique entre les différents groupes raciaux peuplant le territoire.

⁸⁷⁸ Separate Representation of Voters Act, Act n° 46 de 1951.

⁸⁷⁹ Native Building Workers Act, Act n° 27 de 1951.

⁸⁸⁰ *Bantu education Act*, Act n° 47 de 1953 : l’objectif de cette loi était d’empêcher les Africains de recevoir une éducation qui leur permettrait d’aspirer à des positions sociales leur étant interdites.

⁸⁸¹ *Reservation of Separation Amenities Act*, Act n° 49 de 1953 : L’objectif était d’éliminer tout contact entre les différents groupes raciaux que ce soit dans les établissements ou dans les transports publics. Des signalisations étaient donc apposées aux fins de limiter leur accès à certains groupes raciaux. De même une restriction au niveau des zones de travail avait été mise en place par le *Bantu Building Workers Act*, Act n° 27 de 1951.

la fin du régime d'Apartheid pour rendre compte des exactions commises, réconcilier⁸⁸² et éduquer la nation⁸⁸³, décompte sur les 21 296 déclarations qu'elle a recueillies, 28 750 victimes pour 46 696 violations flagrantes et 36 935 violations des droits de l'homme⁸⁸⁴. Parmi ces violations sont dénoncées un nombre considérable de victimes de meurtres par armes à feu ou de poing, brûlées, torturées par suffocation, coups, chocs électriques ou manipulation mentale⁸⁸⁵ ou encore victimes de séquestrations et de détentions arbitraires⁸⁸⁶ pour lesquelles la contribution non négligeable et exponentielle des autorités policières⁸⁸⁷ ne fait aucun secret.

291. *Actualité de la question.* Aujourd'hui, l'apartheid reste l'expression bien spécifique du régime instauré en Afrique du Sud. L'apartheid a été qualifié de crime contre l'humanité⁸⁸⁸ tout comme de crime de guerre⁸⁸⁹ mais il ne permet pas forcément de prendre en compte d'autres politiques qui partagent une certaine proximité. Cette insuffisance porte en premier lieu sur la restriction existante du point de vue du motif à une politique généralisée de domination raciale. Le groupe racial doit être entendu de manière large et il faut pour cela s'en référer à la définition posée par la CERD qui permet de couvrir des

⁸⁸² On soulignera l'importance de cette commission pour l'Afrique du Sud qui a choisi d'amnistier et donc de ne pas procéder aux poursuites pénales des responsables de cette politique de ségrégation. La commission joue donc un rôle essentiel dans la reconstruction et la réconciliation du pays. Bien qu'il existe différents sens à donner à la notion de réconciliation, il semble que l'objectif de réconciliation attribué à cette commission poursuit deux axes principaux : d'une part, cela permet dans une certaine mesure de rendre une justice que certain qualifiait de « post réparatrice » : LEMAN-LANGLOIS S., *La vérité réparatrice dans la commission vérité et réconciliation d'Afrique du Sud*, Les cahiers de la justice 2006, n° 1, p. 209. D'autre part, il s'agit aussi d'amorcer un processus d'oubli aux fins de pouvoir reconstruire la cohésion sociale du pays : MOSLER D., *Reconciliation through the truth. A comparison of the Judicial Approach of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Amnesty Principle of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Malmö University, consultable sur : dSPACE.mah.se/.../C-Level%20Thesis%20Final.pdf, p. 20 et s.

⁸⁸³ V. aussi pour un bilan des activités de cette commission : ELLIS S., *Vérité sans réconciliation en Afrique du Sud*, Critique internationale 1999, n° 5, p. 125.

⁸⁸⁴ Truth and reconciliation Commission of South Africa, *Truth and reconciliation Commission of South Africa Report*, Vol. III, Cape Town : Truth and reconciliation Commission of South Africa, 1998, p. 3.

⁸⁸⁵ *Ibid*, p. 6 et s.

⁸⁸⁶ Ces détentions avaient été largement autorisées par l'adoption du *Public Safety Act*, Act n° 3 de 1953, autorisant à décréter l'état d'urgence dans le pays aux fins d'assurer la protection des personnes et le maintien de l'ordre public.

⁸⁸⁷ Le rapport n° 3 de la Commission de vérité et de conciliation porte particulièrement sur les violations commises par région, étudiées au cours des différentes périodes de l'apartheid.

⁸⁸⁸ Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, Préambule §6 et 7 et article 1^{er}; Statut de la CPI, art. 7 § 1 (j).

⁸⁸⁹ Art. 85 § 4 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève.

critères tels que l'ethnie, la race, ou encore l'origine⁸⁹⁰. Elle ne permet donc pas la prise en compte d'autres critères tels que la religion alors même qu'elle présente un potentiel similaire pour appuyer des politiques de ségrégation. De même, d'un point de vue matériel, il faut soulever l'incapacité de cette Convention à permettre la poursuite de certaines exactions telles que le viol, les violences sexuelles, la déportation ou le transfert forcé de population⁸⁹¹. L'élaboration du Statut de la CPI a permis de redresser cette erreur puisque désormais de telles exactions y sont incluses⁸⁹². Le Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est encore allé au-delà, puisque sans reprendre le terme d'apartheid, il sanctionne toute politique discriminatoire institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux.⁸⁹³ Reste qu'il est regrettable que du point de vue du droit pénal français, la retranscription de la définition tirée du Statut de la CPI fasse preuve d'autant d'imprécision. En sanctionnant « les actes de ségrégation commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial », il est difficile de savoir si, à l'instar du Statut de la CPI, ces actes de ségrégation raciale couvrent ceux énumérés par les alinéas 1 à 10 de l'article 212-1 du Code pénal⁸⁹⁴ relatif au crime contre l'humanité.

292. Dans une certaine mesure, quand la définition de l'apartheid n'autorise pas la sanction de politiques qui lui sont proches au niveau de l'état d'esprit qui les commandent, la persécution peut, dans une certaine mesure, permettre de pallier à cette difficulté.

⁸⁹⁰ « Toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique », CERD, art. 1^{er} §1.

⁸⁹¹ Notons qu'à l'inverse, le Statut de la CPI couvre des crimes non prévus par la Convention sur l'apartheid alors même qu'ils faisaient largement partie de la politique de discrimination raciale mise en place en Afrique du Sud.

⁸⁹² Art. 7 § 2 (h).

⁸⁹³ Cour pénale internationale, *Rapport sur les travaux de sa 48^{ème} session*, N.U. Doc. A/51/10, 1996; Projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, art. 18 (f).

⁸⁹⁴ Notons à l'inverse que certains auteurs estiment que l'énumération figurant à l'article 7 §1 et §2 est trop détaillée. Faut-il alors préférer la solution adoptée par la France qui se contente d'une énumération succincte sans éléments de définition particulière ? GIRAULT C. et GRAVELET B., *La Cour pénale internationale : illusion ou réalité ? A propos du Traité international adopté à Rome le 17 juillet 1998*, RSC 1999, p. 410.

B) La persécution

293. Définition de la persécution. Contrairement à l'apartheid, la persécution se définit de manière plus large puisque loin de ne concerner que la race, elle va pouvoir englober des motifs d'ordre politique, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles⁸⁹⁵. La persécution est un crime d'une assez grande complexité même si elle présente, en apparence, l'avantage de couvrir bon nombre de situations. La persécution s'entend ainsi d'un « déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet »⁸⁹⁶. En réalité, de par sa proximité avec d'autres crimes contre l'humanité, il n'est pas toujours évident de distinguer la persécution de ces derniers.

294. Éléments de différenciation de la persécution. D'un point de vue matériel, il n'est pas évident de dissocier la persécution des autres crimes contre l'humanité étant entendu que le « déni intentionnel et grave de droits fondamentaux » va couvrir les crimes de droit commun énumérés par les articles 6 et 7 du Statut de Rome ou, pour le droit français, par les articles 211-1 et 212-1 du Code pénal. Le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux peut aussi, dans une certaine mesure, porter sur des crimes non prévus par ces textes⁸⁹⁷ mais dans ce dernier cas, encore faut-il que l'acte présente une gravité suffisante et similaire à ceux prévus par le Statut de Rome pour rentrer dans ses prévisions⁸⁹⁸. Il existe deux éléments principaux de différenciation de la persécution des autres crimes contre l'humanité.

Le premier élément de différenciation de ces infractions est relatif à leur matérialité respective. En effet, il ne saurait y avoir de persécution à défaut du constat de l'existence de conséquences discriminatoires⁸⁹⁹. De ce fait, s'il existe en effet une similarité entre les éléments matériels de la persécution et des autres crimes contre l'humanité, il importe

⁸⁹⁵ Statut de la CPI, Art. 7 §1 (h).

⁸⁹⁶ Statut de la CPI, Art. 7 §2 (g).

⁸⁹⁷ TPIY, *Le procureur c/ Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovi, Dragan Papi, Vladimir Anti, alias Vlado*, préc., § 614.

⁸⁹⁸ TPIY, La chambre d'appel, 29 juill. 2004, *Le procureur c/Tihomir Blaskic*, Aff. n° IT-95-14-A, § 135.

⁸⁹⁹ CURRAT P., *op. cit.*, p. 453.

néanmoins, dans le cas de la persécution, que l'infraction mette en oeuvre une politique discriminatoire. Dès lors, le crime contre l'humanité est naturellement discriminatoire à partir du moment où, du point de vue des conséquences, on observe une différenciation de traitement appliqué en raison de l'un des motifs énumérés.

Il n'en subsiste pas moins que cette première distinction ne suffit pas à résoudre celle qui existe entre le crime de persécution et celui de génocide, ce qui justifie le recours à un second élément de différenciation. Celui-ci est relatif à la consistance de l'élément intentionnel. En effet, si l'on reprend le crime de génocide, tel que prohibé par l'article 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948⁹⁰⁰, la jurisprudence s'accorde sur le fait que l'infraction requiert comme dol spécial « l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel »⁹⁰¹. L'exigence d'une telle intention marque ainsi la frontière existante entre le génocide et la persécution. Le TPIY rappelait en ce sens que « s'agissant de l'élément moral, on peut dire que le génocide est une forme de persécution extrême, sa forme la plus inhumaine. En d'autres termes, quand la persécution atteint sa forme extrême consistant en des actes intentionnels et délibérés destinés à détruire un groupe en tout ou en partie, on peut estimer qu'elle constitue un génocide »⁹⁰². La persécution nécessite, quant à elle et au titre de son élément moral, que l'auteur ait eu l'intention d'« exclure ces individus de la société dans laquelle ils cohabitaient avec les auteurs de l'acte, voire de l'humanité elle-même »⁹⁰³. Le TPIY est très scrupuleux dans l'appréciation de cet élément moral qu'il considère être la spécificité même de l'infraction de persécution : « c'est en effet l'intention spéciale d'atteindre une personne humaine en tant qu'appartenant à une telle communauté ou à tel groupe (...) qui lui donne son caractère propre et sa gravité »⁹⁰⁴. L'exclusion est synonyme de discrimination mais elle présente, en effet, un seuil de gravité moindre que celui existant

⁹⁰⁰ Nous le retrouvons également à l'article 4-2 du Statut du TPIY, à l'article 2-2 du Statut du TPIR et l'article 6 du Statut de la Cour pénale internationale.

⁹⁰¹ TPIY, 14 déc. 1999, *Le Procureur c/ Goran Jelusic*, Aff. n° IT-95-10-T, § 62.

⁹⁰² TPIY, *Kupreskic, préc.* § 634-636.

⁹⁰³ TPIY, *Kordic et Cerkez, préc.*, § 220.

⁹⁰⁴ TPIY, Chambre de première instance I, 3 mars 2000, *Le procureur c/Tihomir Blaskic*, Affaire n° IT-95-14-T, § 235. Dans son jugement *Kupreskic préc.*, il précise même que les actes doivent viser « à singulariser certains individus et à leur nuire pour des motifs discriminatoires : § 634.

au titre du génocide, à savoir la destruction.

295. *Actualité de la question.* La persécution fait partie des régimes de soumission les plus anciens et les plus pratiqués parmi les différents crimes contre l'humanité que nous connaissons. Aujourd'hui encore, les atrocités qualifiées de persécution présentent malheureusement une récurrence trop déconcertante, à une époque où un grand nombre de Conventions internationales prohibent la discrimination. Les juridictions françaises ont été amenées à sanctionner ces atrocités par la condamnation, non sans difficultés d'ordre juridique, de quelques exécutants du régime de Vichy, responsables de nombreuses persécutions menées à l'égard des Juifs et nous renverrons à ce sujet aux procès *Barbie* et *Touvier*. La question des persécutions n'a pas été abordée en ce qui concerne les exactions commises lors de la guerre d'Algérie, cette fois encore pour des difficultés d'ordre juridique.

Mais, depuis la seconde guerre mondiale, trop récurrentes encore sont ces actes de persécution commis à travers le monde. La variabilité des motifs motivant de telles persécutions est une de leurs principales caractéristiques actuelles. Historiquement, les persécutions pour motifs religieux sont de loin les plus fréquentes⁹⁰⁵. Certains rapports mettent en avant le fait, qu'à l'heure actuelle, une bonne majorité des persécutions commises dans le monde visent les chrétiens⁹⁰⁶. Elles peuvent l'être aussi pour des motifs politiques et on renverra ainsi à la prise de pouvoir des Khmers rouge au Cambodge qui allait aboutir en 1975 à des persécutions particulièrement sanglantes. Plus largement encore, on dénonce quotidiennement les persécutions menées à l'encontre de certaines minorités ethniques⁹⁰⁷,

⁹⁰⁵ Nous citerons ainsi les persécutions menées à l'encontre des chrétiens par l'état romain, à l'initiative de Néron.

⁹⁰⁶ V. ainsi le rapport de l'Aide à l'église en détresse qui dresse un bilan par pays de 2008 à 2010. Le rapport fait état de l'existence de certains mouvements radicaux soudanais, qui prônent la destruction des églises. Au Pakistan, on recourt à la ghettoïsation des populations chrétiennes, qui doivent résider dans des quartiers spéciaux séparés des autres par des murs, quand il ne s'agit pas du viol et de la conversion forcée des jeunes femmes selon l'agence Fides. Les Coptes d'Egypte connaissent, quant à eux, des discriminations massives qui remontent à la période des pharaons et qui sont toujours d'actualité. Certains pays comme l'Iran, l'Afghanistan ou encore la Corée du Nord connaissent à l'heure actuelle un radicalisme religieux attentatoire à la liberté religieuse, à la limite des persécutions. Récemment la commission indépendante des Etats-Unis sur la liberté religieuse a dressé, dans un rapport datant de 2009, la liste des pays où d'importantes atteintes à la liberté religieuse sont commises.

⁹⁰⁷ Les persécutions, qui préoccupent de manière récurrente la communauté internationale, portent notamment sur le déni de certains droits fondamentaux à l'encontre des Rom et des gens du voyage. Le rapport de 2004 de

des femmes⁹⁰⁸, des homosexuels⁹⁰⁹ ou encore des personnes handicapées. La recrudescence de ces violations attentatoires à la dignité humaine légitime donc le rôle que le droit pénal doit être amené à jouer dans l'éducation à la tolérance et à la sanction de toutes formes de discriminations.

296. La persécution se distingue ainsi à bien des égards des autres crimes contre l'humanité, mais il reste encore à envisager la manière dont le crime de génocide a lui-même été appréhendé.

C) Le génocide

297. Définition du génocide. Si l'apartheid et la persécution expriment différents degrés d'état d'esprit discriminatoire, allant de l'intolérance, au mépris et à la haine

la Commission européenne sur la situation des Rom dans une Union européenne élargie n'hésite pas à souligner que « le traitement des Rom compte aujourd'hui parmi les questions les plus pressantes des droits politiques, sociaux et humains auxquelles se trouve confrontée l'Europe » : Commission européenne, La situation des Rom dans une Union européenne élargie, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, Coll. Droits fondamentaux et antidiscrimination, 2004, p. 18. Outre les persécutions menant jusqu'à l'extermination de populations de Rom par une assimilation de leur situation à celle des Juifs au cours de la seconde guerre mondiale, les Rom subissent encore actuellement des discriminations considérables et une intégration dans des pays d'asile encore fragile. Ces discriminations mettent encore et parfois leur vie en danger comme ce fut le cas lors du nettoyage ethnique dont ils ont été victimes en 1999 au Kosovo. Aujourd'hui encore, sans que cela rentre dans le cadre de la persécution, ces populations ne disposent pas du plein bénéfice de leurs droits : restrictions à la liberté de circulation, conditions de vie indignes, rejet du système de scolarisation. V. en ce sens, le dernier rapport de la CNCDDH, *Etudes et propositions sur la situation des Roms et des gens du voyage en France*, Paris : CNCDDH, févr. 2008.

⁹⁰⁸ Certains auteurs observent que les persécutions commises à l'égard des femmes sont souvent des discriminations qui reposent sur des critères multiples comme la situation familiale ou encore la religion. Ces persécutions s'intègrent souvent dans un processus de normalisation lié aux phénomènes culturels du pays en question. Ainsi, certaines exactions sont considérées comme partie intégrante de rites traditionnels : VALLUY J. et FREEDMAN J., *Persécutions des femmes. Savoirs, mobilisations et protections*, Bellecombe-en-Bauges : Ed. du Croquant, Coll. Terra, 2007, p. 18 et s. Parmi ces persécutions, on renverra notamment aux excisions et mutilations subies par les femmes dans certains pays. En réalité, les persécutions et violences existantes à l'encontre des femmes constituent une *matrice anthropologique* dans le stade de développement d'une société. Ainsi, plus le refus du féminin est élevé et plus on se situe dans un système traditionaliste alors, qu'à l'inverse, la parité et l'intégration des femmes sont un signe de développement et de progression des mentalités : PINEL J.-P., *Les violences contre le féminin*, Revue Connexions 2008/2, n° 90, p. 7.

⁹⁰⁹ Plus généralement les persécutions peuvent porter atteinte à des personnes en raison de leur orientation sexuelle. Celles menées à l'encontre des homosexuels sont historiquement les plus fréquentes. Il convient de rappeler l'ampleur et la gravité des persécutions menées à l'encontre des homosexuels par les Nazis. Certains pays rejettent toujours à l'heure actuelle l'homosexualité et font subir à ces personnes un traitement dégradant : mise à disposition d'un traitement hormonal et psychologique par les Emirats Arabes Unis, agressions et arrestations arbitraires au Cameroun ou au Sénégal etc.

discriminatoire et pouvant tous animer un gouvernement, un peuple, un groupement ou une politique, le génocide ne peut, quant à lui, recevoir d'autre qualificatif que celui de folie discriminatoire. Le génocide est le paroxysme de l'horreur et du mépris tant du point de vue de l'acte que de l'état d'esprit. D'un point de vue matériel, le génocide se définit comme une politique d'extermination de certains groupes raciaux, ethniques, nationaux ou religieux, dirigée à l'encontre des personnes appartenant au groupe cible. La destruction du groupe emprunte trois formes d'actions : la suppression physique des personnes, la prévention de la perpétuation du groupe par l'énonciation de différentes interdictions ou par l'utilisation de techniques telles que la stérilisation ou l'avortement et enfin, l'imposition de conditions de traitement mettant dangereusement en péril la vie ou la santé⁹¹⁰. Pour autant, nous devons, cette fois encore, souligner la proximité existante entre les actes matériels du génocide et ceux énumérés au titre des autres crimes contre l'humanité⁹¹¹. Cette proximité est d'autant plus vraie que, parmi les éléments matériels du crime contre l'humanité, figure aussi l'extermination.

298. Rejet de la qualification de génocide en l'absence d'une double intentionnalité.

La spécificité du génocide est marquée par l'exigence d'un élément intentionnel discriminatoire que nous ne retrouvons pas pour le crime contre l'humanité. Comme nous l'avons vu antérieurement, le génocide requiert un double dol spécial. La force de ces éléments a par ailleurs été précisée dans le jugement *Bagilishema* rendu par le TPIR : « l'intention doit être de détruire le groupe “ comme tel ”, c'est-à-dire comme entité séparée et distincte, et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe. Bien que la destruction recherchée ne vise pas spécifiquement chaque membre du groupe ciblé, la Chambre considère que l'intention de détruire doit viser au moins une partie substantielle du groupe »⁹¹².

Pour autant, dans le jugement de crimes internationaux, cette limite entre crime contre

⁹¹⁰ LEMKIN R., *Genocide as a crime under International Law*, American Journal of International Law, 1947, V. 41 (1), p. 145.

⁹¹¹ V. articles 6 et 7 du Statut de la CPI. Nous retrouvons une énumération similaire à l'article 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

⁹¹² TPIR, Chambre de première instance I, 7 juin 2001, *Le Procureur c/ Ignace Bagilishema*, Aff. n° ICTR-95-1A-T, § 64.

l'humanité et génocide n'est pas toujours facile à mettre en application⁹¹³. Tout d'abord, certains crimes internationaux se sont ainsi vus refuser la qualification de génocide en raison de l'absence d'intention discriminatoire. Tel fût notamment le cas pour les crimes commis au Darfour, où les experts de la Commission d'enquête étaient arrivés à la conclusion que les meurtres et autres exactions de masse commis poursuivaient un objectif de contre-insurrection et ne présentaient donc pas d'intention génocidaire⁹¹⁴. Dans l'affaire *Jelusic*, poursuivi du chef de crime contre l'humanité et de génocide, cette qualification de génocide n'a pu être retenue à son encontre, faute d'avoir pu prouver l'existence d'une volonté affirmée de détruire un groupe comme tel. De manière générale, la preuve de la double intentionnalité requise par le génocide est difficile à rapporter et doit donc être déduite d'un certain nombre de faits.

299. Rejet de la qualification de génocide à défaut de rattachement de l'acte à un motif discriminatoire. Mais, il arrive aussi que la qualification de génocide ne puisse être retenue lorsque le groupe atteint n'est pas protégé par les motifs discriminatoires énumérés. En effet, le génocide doit être perpétré à l'encontre d'un groupe racial, ethnique, religieux ou national mais le respect de cette condition, notamment quand il s'agit d'un groupe ethnique, n'est pas toujours évident puisque le droit international requiert que le groupe réponde à des critères de stabilité et de permanence. La difficulté s'était notamment posée en ce qui concerne le génocide perpétré au Rwanda. Bien qu'en apparence, il n'existait pas de grandes différences entre les Hutu et les Tutsi, la Chambre avait néanmoins considéré que les groupes étaient en réalité distincts en considération de différents éléments: d'une part, par rapport à la perception dont s'était faite les membres de chaque groupe⁹¹⁵ et d'autre part, à l'égard du fait que ces groupes devaient répondre à des critères de stabilité et de

⁹¹³ WALD P. M., *Genocide and crimes against humanity*, Washington University global studies Law Review 2007, Vol. 6, p. 621.

⁹¹⁴ « However, one crucial element appears to be missing, at least as far as the central Government authorities are concerned : genocidal intent. (...). Rather, it would seem that those who planned and organized attacks on villages pursued the intent to drive the victims from their home, primarily for purposes of counter-insurgency warfare », cité par SCHABAS W. A., *Genocide, crimes against humanity, and Darfur : the commission of inquiry 's findings on genocide*, Cardozo Law Review, Vol. 27 (4), p. 1703.

⁹¹⁵ TPIR, Chambre de première instance I, 2 sept. 1998, *Le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu*, Aff. n° ICTR-96-4-T, § 702.

permanence⁹¹⁶.

300. Application restrictive du crime de génocide. Enfin, outre les difficultés inhérentes aux poursuites du chef de génocide, l'infraction en tant que telle ne permet pas, du fait de sa définition restrictive, de couvrir certains crimes de masse présentant une proximité certaine avec le génocide. Ainsi en va-t-il par exemple du génocide culturel⁹¹⁷ - plus couramment appelé ethnocide – qui, du point de vue de sa matérialité, se différencie du génocide en ce qu'il n'y a pas de destruction physique, mais disparition d'une identité culturelle par l'imposition d'une autre⁹¹⁸. De même, le nettoyage ethnique, qui consiste à rendre une zone ethniquement homogène, ne rentre pas forcément dans les prévisions du crime de génocide. Tout va dépendre des moyens utilisés, sachant que le transfert de population ne figure pas parmi les éléments matériels énumérés au titre du crime de génocide. De même du point de vue de l'intentionnalité, il n'est pas évident que le nettoyage ethnique réponde nécessairement à une volonté de destruction⁹¹⁹.

Peu nombreux ont été les génocides reconnus alors même que ces derniers siècles ont été particulièrement marqués par des actes génocidaires. Le génocide est la forme de discrimination la plus grave en ce qu'elle vise à la suppression de la différence, non pas par le rejet mais bien par la destruction. Il y a donc encore un travail considérable à mener en la matière tant l'action génocidaire est encore présente à l'heure actuelle.

301. En dépit de leurs caractéristiques intrinsèques en raison desquelles il convient de différencier les différents crimes contre l'humanité que nous avons énuméré, il subsiste toujours un point qui leur est nécessairement commun ; il s'agit de celui portant sur le

⁹¹⁶ « Il apparaît, à la lecture des travaux préparatoires de la Convention sur le génocide (...) que le crime de génocide aurait été conçu comme ne pouvant viser que des groupes « stables », constitués de façon permanente et auxquels on appartient par naissance, à l'exclusion des groupes plus « mouvants » qu'on rejoint par un engagement volontaire et individuel, tels les groupes politiques et économiques », Chambre de première instance I, 2 sept. 1998, *Le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu, préc.*, § 511, 701-702 V. dans le même sens, TPIR, Chambre de première instance II, *Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, 21 mai 1999, Aff n° ICTR-95-1-T, § 98.

⁹¹⁷ Pour certains une extension est même envisageable en ce qui concerne la religion puisque quelques revendications religieuses visent à imposer la pratique religieuse dominante aux fins de chasser l'infidèle : CHAMOUN M., *Genocide et ethnocide : exterminer pour survivre*, Topique, 2008, n° 102, p. 41.

⁹¹⁸ CHETAİL V., *La banalité du mal de Dachau au Darfour : réflexion sur l'évolution du concept de génocide depuis 1945*, Relations internationales, 2007/3, n° 131, p. 49.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 59.

mépris de la diversité humaine que chacun de ces crimes expriment. Ce mépris que nous avons envisagé à l'égard des atteintes commises à l'encontre du groupe se retrouve, de la même manière, lorsqu'elles sont commises à l'encontre de l'individu. Ces atteintes ne sont plus collectives mais bien individuelles et pourtant, elles sont toujours et indirectement portées à l'encontre du groupe pour ce que ce dernier représente aux yeux du criminel ou du délinquant.

Section 2 – La protection de l'individu en tant que représentant du groupe

302. L'incrimination de la discrimination compte parmi les premières dispositions adoptées dans le cadre de la politique criminelle de lutte contre les discriminations. Pourtant dès la fin des années 1990, le constat, selon lequel les discriminations se manifestaient essentiellement par des phénomènes d'exclusion économique et sociale, n'avait plus la même pertinence. L'état d'esprit discriminatoire allait jusqu'à s'exprimer à travers des actes de rejet plus graves qui mettaient directement en cause d'autres valeurs pénalement protégées. Dans le début des années 2000, le rapport de la Commission consultative des droits de l'homme⁹²⁰ faisait état de sa préoccupation à l'égard de la montée du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie qu'exprimaient certains actes de violence importants⁹²¹. Complétant un dispositif préexistant, différentes mesures protectrices de l'individu, touché ou agressé en raison de sa différence, ont alors été adoptées dans des domaines qui accusaient un certain retard (§2). En réalité, cet élargissement de la politique criminelle n'aurait pas été possible si la réflexion, préalablement centrée autour de la problématique des discriminations, n'avait pas progressivement glissée vers la question du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie (§1).

⁹²⁰ Par la suite, citée sous dénomination CNCDH.

⁹²¹ Le rapport de la Commission consultative des droits de l'homme de 2002 fait état d'une multiplication considérable des actes de violence racistes et des actes de violences antisémites : CNCDH, *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d'activité 2002*, Paris : La Documentation française, mars 2003, p. 22 et s.

§ 1 - L'élargissement de la politique criminelle de lutte contre les discriminations en droit français

303. Il est tentant de souligner l'incohérence d'un dispositif législatif qui réprime la discrimination avant d'autoriser la répression des phénomènes de racisme, d'antisémitisme et de xénophobie. Ces phénomènes sont bien évidemment antérieurs à la question des discriminations (A). Pour autant, l'élargissement de la politique criminelle n'aurait pas été envisageable à défaut de l'incrimination préalable des discriminations (B).

A) L'antériorité de la question du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie

304. *L'atteinte à l'individu, représentant du groupe.* Si de nombreux rapports font état d'une aggravation des manifestations d'intolérance, cette dernière ne couvre pas dans les faits tous les critères distinctifs énumérés par l'article 225-1 du Code pénal. En France, comme dans de nombreux pays, les questions identitaires sont centrales. En effet, l'enjeu propre aux politiques publiques consiste à pouvoir faire respecter le multiculturalisme, tout en assurant la cohabitation de différentes communautés dont les traits caractéristiques s'opposent fortement à ceux des autres communautés environnantes.

Ces atteintes, qui ne rentrent pas dans les prévisions de l'infraction de discrimination mais qui sont animées par le même état d'esprit discriminatoire, présentent deux spécificités. D'une part, certaines présentent un degré de gravité plus élevé car, si la discrimination est vécue par beaucoup comme une humiliation, ces autres atteintes s'attaquent de surcroît au corps de la victime, à ses biens ou encore à son honneur. D'autre part, si elles ne visent pas le groupe dans sa globalité, l'individu est justement choisi en raison de son appartenance à un groupe. Ainsi dans l'état d'esprit du délinquant, la victime présente une certaine interchangeabilité puisqu'elle n'est pas ciblée personnellement, comme c'est le cas pour d'autres infractions classiques. C'est uniquement la prise en compte de la caractéristique présente chez la victime qui va guider l'action de l'auteur de l'infraction. Au final, peu importe la personne, seule la caractéristique compte. Comme le souligne un auteur, nous sommes en présence de situations où le groupe, ou plutôt ce que symbolise le groupe, est

atteint à travers la personne⁹²².

305. La problématique des phénomènes d'exclusion. L'élargissement de la politique criminelle ne pouvait raisonnablement prendre en compte l'intégralité des critères énumérés à l'article 225-1 du Code pénal. Il fallait cibler les critères discriminatoires présentant une récurrence suffisante pour élargir le champ de la politique criminelle de lutte contre les discriminations, tout en choisissant la technique d'incrimination qui aurait le plus de pertinence à cet effet. Comme le souligne le 2^{ème} rapport de l'ECRI, « une des difficultés à surmonter par la société française actuelle est de se reconnaître et de se percevoir pleinement comme multiculturelle »⁹²³. Si le rapport met en avant les difficultés les plus récurrentes rencontrées à l'égard de certains groupes, tels que les Roms, les demandeurs d'asile ou les jeunes issus de l'immigration, le problème est plus large et plus ancien. Trois phénomènes sont particulièrement préoccupants, à savoir le racisme, l'antisémitisme et de manière plus générale, la xénophobie. Si certaines catégories de personnes semblent plus victimes que d'autres, les vagues de racisme ou d'antisémitisme vont, en tout état de cause, au-delà de la question de l'intégration. Ils expriment une exclusion de catégories de personnes, intégrées ou non, auxquelles on dénie une place au sein de la société française. La question est ancienne, commune à tous les peuples et nous interroge donc sur le mécanisme de construction de ces phénomènes de rejet.

306. Le racisme. Le racisme d'hier n'est pas celui d'aujourd'hui et si ce dernier est un phénomène ancien, il a subi différentes mutations⁹²⁴. Son processus de construction est

⁹²² VERNY E., *op. cit.*, p. 186-187.

⁹²³ Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), *Second rapport sur la France*, adopté le 10 déc. 1999, Strasbourg : Conseil de l'Europe, juin 2000, § 33.

⁹²⁴ A l'origine, le racisme est issu de la construction de différentes théories sur la hiérarchie des races qui ont été réactualisées par certains théoriciens du racisme contemporain, en dépit de l'absence totale de fondement scientifique reconnu à ces dernières. Ces théories méconnaissent la consécration de l'humanisme au nom duquel tout homme est égal aux autres. Comme le note BALIBAR E., le racisme contemporain constitue une résistance à ce paradigme humaniste et, à défaut de pouvoir reposer sur un fondement, il se transforme en racisme « sans races » : *La construction du racisme*, Actuel Marx, 2005/2, n° 38, p. 11. Tout en sachant qu'il subsiste encore aujourd'hui des croyances selon lesquelles l'humanité serait divisée en races, le droit positif s'est autorisé à appréhender les phénomènes de racisme de manière très large sans s'encombrer d'une quelconque définition qui limiterait son action. La référence à la xénophobie permet d'ailleurs d'élargir considérablement son champ d'action puisque cette notion renvoie, plus généralement à toutes les manifestations d'intolérance portées à l'encontre de l'étranger. NOBEL P. rappelle d'ailleurs la nécessité de bien distinguer le racisme de la xénophobie qu'il estime plus courante et animée de sentiments plus variés

toujours à peu près similaire quelle que soit l'époque et nous retiendrons à cet effet trois étapes principales. Ce processus commence par le biais de la représentation que chacun se fait de l'Autre et qui, avant d'être intellectuelle, est purement visuelle. « Les mythes racistes se forgent essentiellement à partir d'une double vision : celle du corps de l'autre, mythiquement déformé, et de ses mœurs et coutumes également déformées »⁹²⁵. Autrement dit, ce processus commence tout simplement par l'observation et le constat que les traits corporels de l'Autre ne sont pas en adéquation avec la schématique corporelle que nous avons intériorisé dès notre enfance.

La seconde étape de ce processus de construction, indispensable pour l'appréhension de l'Autre porte sur la représentation du sujet. Si l'autre est différent, il nous est forcément inconnu et cette méconnaissance doit alors être comblée par l'imaginaire. Un certain nombre de préjugés et de stéréotypes vont ainsi être associés à l'image de la personne. Il est évident pour autant que le passage d'une représentation stéréotypée à une représentation raciste n'est pas quelque chose d'automatique. Seule la réunion de certains facteurs sont susceptibles de l'influencer.

En effet, le discours raciste est « une stratégie générale de représentation de soi positive, et d'une représentation négative de l'Autre »⁹²⁶ ; l'aspect négatif de cette représentation va subir une aggravation considérable selon l'environnement dans lequel nous nous situons. L'importance du langage tenu autour de l'Autre a ainsi un impact considérable sur les mécanismes de représentation de ce discours. Le discours politique, tout d'abord, importe en ce que le racisme est souvent lié à des questions de nationalisme. Le discours de mouvance d'extrême-droite, comme le note un auteur, présente souvent une certaine proximité avec l'idéologie fasciste, à la différence près qu'il réussit à s'adapter aux évolutions de la société,

(aversion, intolérances, attitudes agressives) : *L'action contre le racisme et la xénophobie*, RD publ. 1990, p. 1309. On observe néanmoins que de manière générale, nous entendons la notion de racisme de la manière la plus générale possible. Ainsi, comme le précise le rapport de RUFIN J.-C. « Le racisme n'est plus lisible selon les simples catégories "Français" "Etrangers" mais peut concerner les Français entre eux, en fonction de leur origine, qui, cependant, n'est plus censée apparaître nulle part puisqu'ils sont théoriquement citoyens français à part entière » *Chantier sur la lutte contre le racisme et l'antisémitisme*, Paris : Ministère de l'intérieur, 2004, p. 32.

⁹²⁵ YAVANOF X., *Anthropologie du racisme. Essai sur la genèse des mythes racistes*, Paris : L'Harmattan, 2005, p. 8

⁹²⁶ VAN DIJK T. A., *Le racisme dans le discours des élites*, *Multitudes*, 2005/4, n° 23, p. 41.

ce qui favorise son acceptation⁹²⁷. Ensuite, la reproduction de ces préjugés ou stéréotypes est entretenue par ce que certains qualifient de racisme institutionnel⁹²⁸ et qui se retrouve, avec une plus ou moins grande subtilité, dans le langage politique et médiatique⁹²⁹. Enfin, le contexte géopolitique et la subsistance de certaines crises inter-ethniques, religieuses ou culturelles provoquent aussi, quant à eux, des augmentations temporaires de violences raciales ou antisémites. L'importance des préjugés présents au sein de la société, dont l'impact est plus considérable en matière de racisme que d'antisémitisme⁹³⁰, interpelle particulièrement car ils contribuent au délitement du climat social.

Une fois les représentations intégrées, se pose la question des rapports qu'entretiennent les individus. Toute représentation étant bien évidemment subjective, il existe une forte variabilité des réactions engendrées par la présence de l'Autre. Cela peut aller de l'indifférence, à l'intolérance ou au rejet et, dans sa forme la plus extrême, à la haine. Les comportements discriminatoires en sont l'une des premières expressions et dans une bonne partie des cas, le discriminant n'assume pas voire même ignore ces représentations⁹³¹. Ainsi, interrogés sur la question, les auteurs de discriminations adoptent des stratégies discursives d'évitement afin de minimiser la portée de leurs réponses⁹³². Cependant, quand la

⁹²⁷ FORD G., *La montée de la xénophobie : Le nouveau racisme en Europe*, Chronique de l'ONU, consultable sur : <http://www.un.org/wcm/content/site/chronicle/lang/fr/home/archive/issues2007/thesolidarityofpeoples/inthawakeofxenophobia>.

⁹²⁸ « La notion de « racisme institutionnel » recouvre l'ensemble des pratiques discursives organisées par les élites, telles qu'elles sont représentées par les débats parlementaires, la presse, les textes administratifs, le discours tenu par les autorités, gouvernementales et municipales, ainsi que par les manuels scolaires et universitaires » : VAN DIJK T. A., *loc. cit.*, p. 43.

⁹²⁹ Il s'agit ainsi de la représentation induite par l'association de certaines personnes à certains faits.

⁹³⁰ VIDAL D., *Combattre les racismes et leur manipulation*, Revue internationale et stratégique 2005, n° 58, p. 171.

⁹³¹ Selon les différentes études menées dans le domaine de la psychologie sociale, les stéréotypes auraient un impact biaisant sur le jugement dans le processus d'attribution causale. Ainsi l'attribution causale d'un événement ou d'une situation serait davantage influencée par des traits constants de la personnalité plutôt que par des phénomènes passagers ou temporaires car ces derniers ont moins de chance de se reproduire. Dès lors, une fois le stéréotype activé, le processus cognitif est bloqué, si bien que la recherche d'autres causes devient impossible. La discrimination est donc, dans une grande partie des cas, inconsciente dans l'esprit du délinquant : HAMILTON KRIEGER L., *loc. cit.*, p. 11 et 12.

⁹³² Ainsi NOEL O. observe que ces stratégies, ainsi que la difficile reconnaissance par les employeurs des discriminations commises, procèdent de différents mécanismes psychologiques que sont le déni, la dénégation et la confusion. Le déni renvoie, selon lui, à la situation où est totalement occultée la corrélation entre une construction sociale valorisante et l'existence de traitements différentiels. La dénégation, quant à elle, est une stratégie de défense de la personne qui, quand elle est mise face à un constat discriminatoire, se targue de ne

discrimination laisse place à la violence, il n'est plus possible de considérer être en présence d'une représentation peu ou mal assumée. Leurs violences sont déjà une revendication de ces représentations. Aussi, si la discrimination n'a pas toujours de connotation raciste, la violence raciste ou xénophobe est, quant à elle, rarement le fruit du hasard ; elle est le fait de personnes assumant clairement et indéniablement leurs représentations. Certaines institutions parlent à ce sujet de *crimes de haine*, entendus comme « des actes criminels commis en raison d'une motivation discriminatoire »⁹³³. La violence raciale est souvent un mécanisme de défense envers ceux dont les différences apparentes provoquent un sentiment de peur ou de crainte. Or, ce sont bien ces différences qui légitiment à leurs yeux la commission de telles atteintes et donc la négation de leur égale dignité. Un auteur notait, à ce sujet, l'importance de cette justification ou de cette légitimation. Il considère que ce n'est pas en raison de ses convictions racistes que le délinquant passe à l'acte, c'est la nécessité de rationaliser ou de légitimer son action qui justifie l'utilité de ses convictions racistes⁹³⁴.

307. L'antisémitisme. L'antisémitisme est, quant à lui, le produit d'une autre dialectique. Si le racisme trouve ses origines dans le développement des théories raciales, les origines de l'antisémitisme diffèrent quelque peu. Ainsi, l'identité juive n'est pas initialement considérée comme une race du point de vue des recherches anthropologiques raciales. Ce n'est que dans les années 1890, qu'analysée sous l'angle de la quantité de sang présente dans les différentes populations, les théories raciales désignent l'identité juive comme une race distincte et inférieure à la race aryenne⁹³⁵. Cette théorie favorisera le développement de la haine de l'idéologie nazie à l'encontre des Juifs.

L'antisémitisme a pourtant persisté aux horreurs de la Shoah et les raisons en sont assez

pas être raciste: *Idéologie raciste et production de système discriminatoires dans le champ de l'apprentissage*, Travailler 2006/2, n° 16, p. 15.

⁹³³ OSCE, *Les lois sur les crimes de haine: guide pratique*, Vienne : OSCE, mars 2009, p. 11.

⁹³⁴ HONNETH A. part du principe que ce n'est pas au cours de la socialisation que ces convictions apparaissent. Elles proviennent, en réalité, de l'habitus d'entretenir des rapports de mépris à l'encontre de certains groupes d'individu. Il note alors que « s'ils sont violents, ce n'est pas qu'ils soient persuadés que les étrangers qu'ils persécutent ont des qualités méprisables. C'est plutôt l'inverse (...) Ces jeunes ne sont pas violents parce qu'ils ont des convictions « racistes », mais ils ont des convictions « racistes » parce qu'ils se livrent à des actes de violence » : *Le racisme comme distorsion de la perception des absurdités liées à l'exigence de tolérance*, Actes sud, La pensée de midi, 2008/2, n° 24-25, p. 98.

⁹³⁵ V. à ce sujet, REYNAUD PALIGOTT C., *L'émergence de l'antisémitisme chez les anthropologues français*, Archives juives 2010/1, Vol. 43, p. 66.

variées. D'abord, du point de vue sociologique, un auteur soutient que l'antisémitisme ne serait pas tant une haine portée à l'encontre des juifs, que la manifestation du caractère envieux de certains fragments de population à leur égard, tout comme la nécessité de trouver un bouc-émissaire en période de crise⁹³⁶. Le regard ethnologique rapporte la question de l'antisémitisme à d'anciennes craintes éprouvées par les populations à l'égard d'une « menace juive » susceptible de menacer le christianisme⁹³⁷. Mais cette théorie trouve une réactualisation moins évidente dans nos sociétés modernisées qui sont moins enclines au mythe. Certains avancent dès lors l'hypothèse d'un regain de l'antisémitisme qui trouverait ses causes dans un conflit politique et territorial largement alimenté par l'amalgame existant entre les juifs et Israël⁹³⁸. Mais cette fois encore, il convient d'admettre que le problème de l'antisémitisme dépasse largement le cadre du conflit israélo-palestinien. La cristallisation des tensions existantes entre les musulmans et les juifs, s'ajoutant aux mouvances d'extrême droite préexistantes⁹³⁹, contribue certes à alourdir l'ampleur des actes antisémites⁹⁴⁰ ; elle ne résume pourtant pas à elle seule le problème.

Les origines de l'antisémitisme diffèrent donc quelque peu de celles du racisme et il en va de même si nous nous intéressons à leurs victimes. Si l'on admet classiquement que l'antisémitisme s'exprime à l'encontre des personnes de confession juive, le racisme a une dynamique plus large. Loin de se cantonner à des questions de couleur de peau, le racisme s'envisage aussi en considération des atteintes portées à l'encontre d'autres catégories plus générales de personnes, comme les immigrés ou les gens du voyage.

308. La France connaît encore à l'heure actuelle de nombreuses manifestations de racisme

⁹³⁶ ROSENBAUM A., *L'antisémitisme*, Rosny : Breal, Coll. Thèmes et débats, 2006, p. 40 et s.

⁹³⁷ V. ainsi l'étude menée dans une région polonaise autour du mythe du juif tueur d'enfant dont la croyance persiste encore aujourd'hui, au titre de laquelle TOKARSKA-BAKIR J. et MULLER S. concluent « le thème mythique du meurtre sanglant, des « juifs suceurs de sang » s'attaquant aux biens les plus sacrés du christianisme, l'hostie et l'enfant chrétien, constitue ainsi le noyau secret de l'antisémitisme » : *Des racines mythiques de l'antisémitisme : le meurtre rituel juif*, Ethnologie française 2010/2, Vol. 40, p. 305.

⁹³⁸ AZRIA R., « Retour » de l'antisémitisme?, *Etudes* 2004/4, Tome 400, p. 441.

⁹³⁹ Ainsi, au lendemain de la seconde guerre mondiale, la persistance de l'antisémitisme était essentiellement le fait des mouvances d'extrême droite et, d'une certaine manière, du parti communiste de l'époque dont le nationalisme était parfois la limite de l'antisémitisme : GRYNBERG A., *Des signes de résurgence de l'antisémitisme dans la France de l'après-guerre (1945-1953)*, Les cahiers de la Shoah 2001/1, n° 5, p. 171.

⁹⁴⁰ V. à ce sujet, BIRNBAUM P., Le recul de l'Etat fort et la nouvelle mobilisation antisémite dans la France contemporaine, *Pôle Sud*, 2004/2, Vol. 21, n° 21, p. 15.

et d'antisémites⁹⁴¹. Ces phénomènes inquiètent et supposent l'adoption d'une réaction forte afin d'éviter la recrudescence de tels actes. C'est à partir de tels constats que le législateur est intervenu afin de diversifier les mesures protectrices existantes à l'égard de l'individu.

B) Les conséquences : une diversification de la protection de l'individu

309. La diversification des mesures de protection de l'individu portait au départ autour de la question centrale de la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (1). Nous y avons progressivement rajouté celle de la lutte contre le sexisme et l'homophobie (2).

1) Le passage de la question des discriminations à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie...

310. Différenciation de la discrimination du racisme. Passer de la problématique de la discrimination à la question du racisme répond à une certaine logique. L'idée même de discrimination est d'ailleurs bien souvent rattachée à la question du racisme. Pourtant il importe de bien différencier ces notions. Comme le souligne Monsieur le Professeur FASSIN, « la discrimination porte moins sur les préjugés comme idées que sur les préjugés comme réalisations, moins sur les actes violents qui en découlent que sur les actions injustes qui s'en inspirent, comme le suggère l'expression de "traitement défavorable", généralement retenue ». Il faut alors comprendre la discrimination comme « le chaînon manquant entre le racisme et l'inégalité »⁹⁴². La discrimination est un comportement répréhensible, le racisme ne l'est que dans une certaine mesure, c'est-à-dire qu'à partir du moment où il y a passage à

⁹⁴¹ De manière non exhaustive, en reprenant les actes antisémites répertoriés par le Conseil représentatif des Institutions juives en France (CRIF), ces actes vont du graffiti, des inscriptions antisémites ou croix gammées sur les lieux de cultes, les propriétés de particuliers, les commerces, des courriers anonymes, des insultes, des dégradations, des violences, des profanations de cimetières et dans les cas les plus graves assassinats comme ce fut le cas dans l'affaire Ilan Halimi. Si le rapport annuel sur l'antisémitisme à travers le monde de 2010 indique une baisse de 50% des actes antisémites, il n'en demeure pas moins que celui-ci souligne que la situation des Juifs en France reste particulièrement inquiétante.

⁹⁴² FASSIN D., *loc. cit.*, p. 410.

l'acte.

Mais une fois ce passage à l'acte effectué, il va sans dire que les manifestations du racisme présentent une violence bien plus importante que celle existante en matière de discrimination. Le racisme exprime l'état d'esprit discriminatoire mais celui-ci est ciblé au niveau du critère et plus marqué du point de vue des convictions. Partant de là, il va de soi que s'il est possible d'appréhender juridiquement la discrimination, il ne peut en être de même s'agissant du racisme. La délimitation des champs au sein desquels s'opèrent des différences de traitement n'est envisageable qu'en ce qui concerne la discrimination et non en matière de racisme ou d'antisémitisme. Ces deux états d'esprit présentent une trop grande variabilité du point de vue de l'acte pour faire l'objet d'une définition unique. Pour sanctionner ces manifestations raciales et antisémites, il faut donc recourir à une technique d'incrimination différente de celle utilisée dans le cadre de la discrimination *stricto sensu*.

311. Racisme, antisémitisme xénophobie ou discrimination : intervention de la norme pénale au stade de la matérialisation de la pensée intolérante. De même, ce glissement de la discrimination à la question du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie souligne l'importance du rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations. La question des discriminations ne peut être dissociée de celle du racisme et de l'antisémitisme et la prolifération d'idées racistes, discriminatoires ou ségrégationnistes ne peut faire l'économie d'incriminations pénales qui instaurent une limite à cette liberté de penser dont bénéficie tout homme. Nous aurions tort d'y voir un message uniquement répressif. Nous conviendrons que si chacun reste libre, au nom de la liberté de penser, d'avoir des idées racistes ou antisémites tant que ces idées ne se matérialisent pas par des actes contraires aux normes protectrices de la société, la norme pénale exprime avant tout ce refus de cautionner cet état d'esprit. Aussi, s'il va de soi que l'incrimination n'intervient qu'au stade du passage à l'acte, au delà de sa portée répressive, elle a avant tout une vertu éducative. L'article 225-1 du Code pénal, qui évoque essentiellement cet état d'esprit discriminatoire et qui sert de fondement à toute autre norme répressive de lutte contre les discriminations, est une norme d'éthique sociale. « Il y a (...) nécessairement dans toute société, un bien et un mal socialement reconnus, une éthique minimum (...). La loi pénale

est, pour la définition de ce minimum, un élément essentiel »⁹⁴³.

La valeur sociale est dite objective à partir du moment où elle est communément admise et l'incrimination pénale permettra de concrétiser cette commune admission. L'action du criminel doit être considérée comme le résultat d'une considération subjective divergente de cette même valeur qui se situe en totale opposition avec la valeur commune⁹⁴⁴. La vertu pédagogique de l'article 225-1 du Code pénal est donc fondamentale tant en ce qui concerne la discrimination *stricto sensu* qu'en ce qui concerne la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. L'énumération de critères discriminatoires est sans appel : une société respectueuse de la dignité humaine est une société qui ne différencie pas l'homme selon ses caractéristiques⁹⁴⁵. L'expression d'un tel postulat doit alors être considérée comme une source élémentaire d'un progrès social⁹⁴⁶ et moral ; la fonction de la norme pénale est ici double. D'abord, le devoir juridique de ne pas différencier l'homme selon certaines caractéristiques, protégées au nom du respect de la dignité humaine, est exprimé par la norme pénale - article 225-1 du Code pénal - sans pour autant être répréhensible en raison de l'absence de passage à l'acte. Si ce dernier apparaît – notamment ceux prévus à l'article 225-2 du Code pénal ou encore tout autre comportement provoqué par un état d'esprit équivalent - alors la norme pénale intervient aux fins de le sanctionner.

312. Le droit pénal est orienté vers la protection des valeurs fondamentales d'une société. C'est bien parce que cette dernière met au premier plan les principes de respect de l'égalité et de la dignité qu'elle sanctionne, au moyen de la norme pénale, la violation de ces principes lorsque cette violation se manifeste par des actes matériels commis intentionnellement. La norme pénale tire alors son caractère éducatif de sa vertu expressive.

⁹⁴³ RIVERO J., *Les libertés publiques*, Tome 1 : Les droits de l'homme, 6^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis – Droit, 1991, p. 204.

⁹⁴⁴ « A la subjectivité des valeurs du criminel isolé, s'oppose l'intersubjectivité des valeurs du groupe devant lequel il doit répondre de son acte ». Le passage au crime est donc une absence d'identification du criminel aux valeurs instaurées par le groupe dominant. LAGACHE D., *La psycho-criminogénèse*, Revue française de psychanalyse 1951, Vol. 15, n° 1, p. 103.

⁹⁴⁵ Les actes incriminés n'ont vocation, quant à eux, qu'à refléter la diversité des comportements discriminatoires.

⁹⁴⁶ Le progrès social est une « allusion à une vie dans le cadre d'une société où la paix règne et où chaque acte de l'homme, membre de cette société, contribue à renforcer cette paix en se solidarisant avec les autres » : DARGENTAS E., *La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale. Essai sur la théorie générale du droit pénal*, RPDP 1997, p. 413.

2)...à la lutte contre l'homophobie

313. Des personnes particulièrement sujettes à des manifestations de rejet et d'intolérance. La lutte contre l'homophobie caractérise la seconde extension du champ de la politique criminelle de lutte contre les discriminations. Les raisons de cette extension sont plus obscures. Englouties dans les vastes réformes mises en œuvre par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, les rapports du projet de loi ne sont pas très prolixes sur les raisons de l'extension du champ de la politique criminelle au critère de l'orientation sexuelle. En réalité, l'apparition des dispositions relatives à la lutte contre l'homophobie est la conséquence de mesures préalables instaurées par les instances européennes. Depuis 1981, de nombreuses recommandations avaient été adoptées en la matière par le Conseil de l'Europe⁹⁴⁷. A l'époque, le constat que d'une part, il subsistait encore dans de nombreuses législations des mesures sanctionnant les pratiques homosexuelles⁹⁴⁸ mais aussi d'autre part, qu'il existait de nombreux phénomènes de rejet impactant sur les différents aspects de la vie sociale des personnes homosexuelles⁹⁴⁹, avait attisé la préoccupation de ces mêmes instances.

En réalité, l'existence de préjugés actuels à l'encontre des personnes dont la norme sexuelle n'est pas l'hétérosexualité tire essentiellement partie de cette pénalisation des pratiques homosexuelles, accentuée par l'idée longtemps admise que de telles pratiques relevaient d'un ordre pathologique déviant⁹⁵⁰. Les difficultés d'acceptation de personnes homosexuelles, bisexuelles, ou lesbiennes ont rendu nécessaire l'adoption de mesures juridiques protégeant ces personnes. L'orientation sexuelle fût alors incluse parmi les motifs

⁹⁴⁷ V. notamment à ce sujet, Conseil de l'Europe, *Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*. Les normes du Conseil de l'Europe, Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe, juin 2011.

⁹⁴⁸ Le maintien d'une telle législation, indépendamment du fait qu'elle ne donne plus lieu à des sanctions, a d'ailleurs été jugée contraire à l'article 8 de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* : CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, Série A 1981, n° 45, p. 21, § 41. Dans le même sens, CEDH, 26 oct. 1988, *Norris c. Irlande*, req. n° 10581/83, Série A 1988, n° 142, p. 18, § 38.

⁹⁴⁹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 33^{ème} session ordinaire, Recommandation n° 924 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, § 3 et 4. Ce constat sera d'ailleurs par la suite repris dans sa recommandation n° 1474 (2000) sur la situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

⁹⁵⁰ Conseil de l'Europe, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe, déc. 2011, p. 22 et 23.

discriminatoires tant en droit interne, qu'au niveau de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁵¹. L'existence de formes très variées de manifestations homophobes a conduit la France à se doter d'un arsenal répressif conséquent portant sur différents domaines.

314. Une protection juridique encore récemment insuffisante. Faut-il maintenant aller au-delà, et dans le prolongement de l'orientation sexuelle, condamner les atteintes commises à l'encontre de l'identité sexuelle⁹⁵², qui, quant à elle, à vocation à protéger les transgenres ? Si la communauté européenne est soucieuse de la question, le pas vient à peine d'être franchi par la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, qui rajoute parmi la liste des critères prohibés celui relatif à l'identité sexuelle. Les personnes transgenres ont longtemps été des personnes particulièrement stigmatisées, dont la protection juridique⁹⁵³ n'était assurée que par le biais du recours au critère du sexe⁹⁵⁴. La définition d'un nouveau critère discriminatoire, propre à la situation des personnes transgenres, trouvait ainsi deux raisons majeures.

Tout d'abord ces personnes se définissent comme celles dont le sentiment d'appartenance à un sexe opposé les conduit à une transformation corporelle. Puisque le critère de l'orientation sexuelle ne rentre pas forcément en ligne de compte dans ce choix du sexe, il va de soi que le recours à ce même critère est totalement inadapté. Ensuite, si ces personnes bénéficient, en effet, d'une protection juridique au titre de la sanction des discriminations sexuelles, il n'en demeure pas moins que la non-existence d'un critère spécifique portant sur l'identité sexuelle équivaut à une absence de reconnaissance de la spécificité de la situation

⁹⁵¹ Dans son avis n° 216 de 2000 sur le Projet de protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, l'Assemblée parlementaire souligne que « l'énumération de motifs à l'article 14, sans être exhaustive, vise à établir une liste de formes de discrimination qu'elle considère comme étant particulièrement odieuses. En conséquence, il conviendrait d'y ajouter le motif d' "orientation sexuelle" ».

⁹⁵² V. en ce sens, la proposition de loi relative à la lutte contre l'homophobie, la lesbophobie et la transphobie, déposée par BILLARD M., COCHET Y. et MAMERE N., enregistrée le 26 mars 2003.

⁹⁵³ V. ainsi le jugement rendu par le Conseil des prud'hommes de Montpellier qui considère que le licenciement d'une salariée transexuelle est dépourvue de cause réelle et sérieuse : CPH Montpellier, sect. Encadrement, 9 juin 2008, R.G. n° 06/01812.

⁹⁵⁴ CJCE, 30 avril 1996, *P. c. S et Cornwall County Council*, Aff. C-13/94, Rec. 1996, I-02143 - CJCE, 7 janv. 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, Aff. C-117/01 Rec. 2004, I-00541. Un arrêt sanctionnant la discrimination commise par un dépositaire de l'autorité publique a aussi récemment retenu le critère du sexe comme critère applicable aux transsexuels : CA Papeete, 1^{er} sept. 2011, n° 292-133 : Juris-data n° 2011-021235, JCP G 2011, 1132, obs. GOURDON P.

des transgenres. Cette spécificité va même au-delà de la question des transgenres. L'identité sexuelle intéresse également les personnes qui revendiquent pleinement une orientation sexuelle différente. Dans cette perspective, cette dernière n'est plus simplement une conduite ou une attirance mais bien une identité ; la personne « la revendique et souhaite que les tiers considèrent qu'elle a cette orientation sexuelle »⁹⁵⁵. L'adoption du critère de l'identité sexuelle vient donc de clore le vide juridique qui subsistait.

315. Ces développements nous ont permis de mesurer à quel point la question de la discrimination, loin d'être unique, renvoie à d'autres problèmes majeurs existant dans nos sociétés, que sont certaines formes de manifestations d'intolérance. Ces dernières justifient l'intervention de politiques publiques d'éducation à la citoyenneté et au respect. Le droit positif n'intervient qu'au stade de la matérialisation de cet état d'esprit et uniquement en ce qui concerne les critères faisant l'objet d'une protection particulière. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et l'homophobie a donc justifié l'élargissement progressif des mesures répressives aux fins de protéger certaines atteintes particulières portées à l'encontre de personnes en raison de leur race, de leur religion, de leur sexe, du handicap, ou de leur orientation sexuelle.

§ 2 - L'élargissement des mesures répressives en faveur de la lutte contre les discriminations

316. La modification progressive de l'arsenal répressif a emprunté deux voies principales. Ainsi, l'état d'esprit discriminatoire s'exprime couramment par le discours et le langage qui restent les formes les plus classiques de rejet de l'Autre. Dans cette perspective, furent créées un certain nombre d'incriminations en droit de la presse, un domaine considéré comme particulièrement sensible du fait de sa capacité à favoriser la propagation d'idées racistes, antisémites ou xénophobes (A). Le discours laisse parfois place, malheureusement, à d'autres manifestations plus violentes de rejet de l'Autre. C'est ainsi que certaines

⁹⁵⁵ Sur cette distinction, v. GARNERI S., *Le droit constitutionnel et mes discriminations fondées sur l'orientation sexuelle*, RFD const., 1999, n° 40, p. 725.

infractions de droit commun, qui servaient de support à la répression de manifestations raciales et antisémites violentes, se sont vues assortir de nouvelles circonstances aggravantes (B).

A) La politique de lutte contre les discriminations dans le domaine de la presse⁹⁵⁶

317. L'adoption de normes pénales dans le domaine de la presse est un enjeu particulièrement stratégique, compte tenu du danger que représentent les divers supports de publication quand, détournés de leur finalité initiale relative à la diffusion de l'information, ils sont utilisés à des fins d'incitation. La première infraction pénale, relative à la lutte contre les discriminations et intégrée dans la loi sur la presse de 1881, avait une finalité essentiellement préventive, à savoir qu'il fallait éviter toute forme d'incitation à la haine, à la violence ou à la discrimination (1). Mais plus généralement, la question du racisme préoccupait également, depuis bien longtemps le droit de la presse, si bien que la circonstance aggravante raciste avait été prévue pour quelques infractions de droit commun⁹⁵⁷ (2).

1) La prévention des formes d'incitation et la sanction des propos manifestant une intolérance excessive

318. Incrimination de la provocation à la discrimination. C'est en 1972, par la loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972, qu'apparaît, au côté de l'incrimination de la discrimination, la première infraction de presse visant à sanctionner la provocation à la discrimination, à la

⁹⁵⁶ Nous précisons, qu'en ce qui concerne la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence ainsi que l'injure, ces infractions relèvent de la catégorie de la contravention quand celles-ci sont non publiques. La moindre gravité de ces atteintes, mais aussi le fait qu'il convient de ne pas trop s'attarder sur la description de chaque infraction nous conduisent à ne pas les entrevoir dans le paragraphe qui suit.

⁹⁵⁷ V. pour une évolution de la législation antiraciste en droit de la presse, l'article de KORMAN Ch. dans lequel il note que l'utilisation des concepts en droit de la presse est de moins en moins marquée depuis ces vingt dernières années, ce qui aboutit, à son sens, à des solutions parfois contradictoires avec l'objectif même de la loi antiraciste : *La répression du discours raciste en France*, RTDH 2005, p. 385.

haine, ou à la violence⁹⁵⁸. Son orientation principale était bien évidemment d'empêcher le cautionnement ou l'encouragement plus ou moins direct des phénomènes de rejet et d'intolérance. Ce délit, qui se rapproche de ce qu'aurait été la tentative de discrimination si celle-ci avait été réprimée, a fait l'objet de nombreuses évolutions afin de permettre la mise en œuvre d'une protection effective de certaines personnes. Ainsi, si le délit protégeait initialement « ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23⁹⁵⁹, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personne à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »⁹⁶⁰, la loi du 31 décembre 2004 est venue rajouter le critère du sexe, du handicap et de l'orientation sexuelle⁹⁶¹.

319. *Incrimination de l'injure raciale et de la diffamation raciale.* L'incrimination de la provocation à la discrimination, à la haine et à la violence n'est cependant pas la seule mesure prise dans le cadre de la loi sur la lutte contre le racisme de 1972. L'idée qu'il existait d'autres formes plus directes d'atteintes à la dignité, mais aussi à l'honneur ou à la considération de la personne, a justifié l'incrimination d'autres infractions. C'est ainsi qu'est apparue l'injure raciale⁹⁶² ainsi que la diffamation raciale⁹⁶³. Ces infractions, initialement limitées à la prise en compte du critère de la race, ont progressivement suivi la même

⁹⁵⁸ Cette infraction se situe dans le prolongement des propositions élaborées par le Comité des Ministres que nous retrouvons dans la résolution n° (68) 30, adoptée par les Délégués des Ministres le 31 oct. 1968, relative aux mesures à prendre contre l'incitation à la haine raciale, nationale et religieuse. Son adoption fait également suite à la signature de la CERD, dont l'article 4 impose la création de délits portant sur la diffusion d'idées incitant à la discrimination raciale. En réalité, cette infraction avait déjà été instaurée dans la loi sur la presse par le décret-loi du 21 avril 1939, dit Marchandeaup, mais l'infraction exigeait pour sa constitution un acte d'injure ou de diffamation ayant pour but d'exciter à la haine entre les citoyens et les habitants. V. à ce sujet, PARTSCH K.-J., *L'incrimination de la discrimination raciale dans les législations pénales nationales*, RSC 1977, p. 19.

⁹⁵⁹ « Soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ».

⁹⁶⁰ Loi sur la presse de 1881, art 24 al. 6.

⁹⁶¹ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, JO du 31 déc. 2004 n° 304, p. 22567, art. 20 et 22 modifiant l'article 24 de la loi sur la presse. L'infraction figure désormais à l'article 24 al. 7.

⁹⁶² Loi sur la presse de 1881, art. 33 al. 3. Comme en matière de provocation à la discrimination, sont protégées les personnes ayant subi des atteintes à raison de leur origine, de leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

⁹⁶³ Loi sur la presse de 1881, art. 32 al. 2.

évolution que celle constatée en matière de répression des provocations à la discrimination, à la haine et à la violence. Ainsi, accusant un retard considérable dans la répression de l'homophobie en matière de presse⁹⁶⁴, la loi du 30 décembre 2004 est venue ajouter à ces incriminations la prise en compte des critères du sexe, de l'orientation sexuelle et du handicap.

320. Une restriction nécessaire à la liberté d'expression. L'état d'esprit discriminatoire est tolérable aussi longtemps qu'il ne s'exprime pas à travers des faits matériels car dans ce dernier cas, on considère alors que le comportement va à l'encontre de l'intérêt de la société ou des droits d'autrui. Or, classiquement, la liberté d'expression, au nom de laquelle chacun dispose du droit de manifester ou non sa pensée, ses croyances ou ses opinions, est considérée comme l'extériorisation de la liberté de pensée ou d'opinion. L'adoption de mesures restrictives à la liberté d'expression est le prolongement logique d'un dispositif cohérent de lutte contre les discriminations car une société démocratique n'est indéniablement pas une société qui respecte la diffusion de discours haineux ou incitant à l'intolérance. La liberté d'expression, dont la relativité est posée par l'article 11 de la DDHC⁹⁶⁵, trouve donc comme limite, en matière de lutte contre la discrimination, l'interdiction de la provocation publique à la discrimination, à la haine ou à la violence car de tels comportements contrarient directement les impératifs liés au respect de la dignité humaine⁹⁶⁶.

⁹⁶⁴ V. ainsi le rapport du service des études juridiques du Sénat qui, dans son analyse comparée, met en avant l'existence d'une législation spécifique sanctionnant les propos homophobes dans de nombreux pays, à l'exception de l'Allemagne et de la Grande Bretagne : Sénat, *La lutte contre l'homophobie*, Paris : Sénat, Coll. Les documents de travail du Sénat – Série Législation comparée, décembre 2003, p. 7 et s.

⁹⁶⁵ « Tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

⁹⁶⁶ Ainsi, le principe n° 3 de l'Annexe à la Recommandation n° R (97) 20 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le discours de haine rappelle qu' « en outre, conformément au principe fondamental de l'Etat de droit, toute limitation ou ingérence dans la liberté d'expression doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire indépendant. Cette exigence est particulièrement importante dans des cas où la liberté d'expression doit être conciliée avec le respect de la dignité humaine et la protection de la réputation ou des droits d'autrui ». Pour la CEDH : « la tolérance et le respect de l'égalité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste ». Il en résulte qu'en principe il est nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner, voire de prévenir, toutes les formes d'expression qui propagent, encouragent, promeuvent ou justifient la haine et l'intolérance, y compris l'intolérance religieuse. Il importe néanmoins de veiller à ce que les « formalités », « conditions », « restrictions » ou « sanctions » imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi : CEDH, 16 juill. 2009, *Féret c/ Belgique*, n° 15615/07, § 64.

Mais l'existence d'une restriction à la liberté d'expression n'est en rien significative de l'efficacité de sa mise en œuvre. On admet ainsi classiquement que toute restriction à cette liberté, selon une jurisprudence constante de la CEDH, est justifiée si elle est prévue par la loi, dirigée vers un but légitime et nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ce but⁹⁶⁷. Le juge français va donc être amené à apprécier soigneusement si, au niveau de la publication, les mots, les propos, l'image dépassent les limites acceptables de la liberté d'expression. Cette limite n'est pourtant jamais évidente à entrevoir. Ainsi, comme le soulève la CEDH dans son arrêt *Handyside*, la liberté d'expression « vaut non seulement pour les “informations” ou “idées” accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population »⁹⁶⁸.

Vertu de la tolérance, garantie du pluralisme, condition de la démocratie⁹⁶⁹, ce qui choque ou offense certains groupes de personne, ce qui est parfois proche de la provocation, n'est pas forcément condamnable au nom de la liberté d'expression. Entre l'impératif d'endiguer la propagation des discours de haine et la nécessité de ne pas tomber dans l'excès qui consisterait à n'autoriser que le discours consensuel ou politiquement correct⁹⁷⁰, il y a un travail d'objectivité à mener qui est sans doute la principale difficulté de cette incrimination. Il n'est donc pas étonnant, dans ces circonstances, que l'appréciation des éléments constitutifs de ces infractions soit particulièrement rigoureuse, si bien qu'en dépit de la variété de ces infractions de presse, leur répression n'est pas toujours évidente à mettre en

⁹⁶⁷ Cette troisième condition exige que le juge européen vérifie que l'ingérence litigieuse corresponde « à un “besoin social impérieux” » qu'elle soit « proportionnée au but légitime poursuivi » et que « les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier so[ient] pertinents et suffisants » : CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, Série A 1979, n° 30, § 62.

⁹⁶⁸ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n° 5493/72, Série A 1976, n° 24, § 49.

⁹⁶⁹ Cons. const., déc. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, JO du 13 juin 2009, p. 9675 ; Rec. Cons. const. 2009, p. 107, § 15.

⁹⁷⁰ RIVERO J. commentant la loi du 1^{er} juillet 1972 s'inquiétait d'ailleurs à ce propos : « on objectera peut-être que le raciste ne peut revendiquer pour lui l'honneur de ces termes, et qu'il ne relève pas de l'opinion mais de l'instinct le plus bas. L'argument, même s'il est fondé, est dangereux. S'il fallait réserver aux seules opinions rationnellement motivées le bénéfice de la liberté, combien de citoyens se verraient refuser le droit à la parole ! (...) La tentation est forte de considérer les non-conformistes comme des malades » : *Etat des libertés en France en 1971-1972*, in Université de Franche-Comté, *Annuaire français des droits de l'homme*, Paris : Pedone, Tome 1, 1974, p. 369.

œuvre.

2) *Une répression parfois délicate à mettre en oeuvre*

321. Une appréciation restrictive de la provocation à la discrimination, à la haine et à la violence. La provocation peut être poursuivie quand elle vise à inciter à la haine, à la violence, à la discrimination à raison de l'origine ou de l'appartenance ou non-appartenance de la personne à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Le texte d'incrimination paraît couvrir un champ assez large : en l'absence de précision la provocation peut être directe⁹⁷¹ ou indirecte⁹⁷², tout autant qu'elle peut porter sur de nombreux critères ou avoir recours à différents moyens. Pourtant, son application rencontre un certain nombre de limites.

Tout d'abord, la jurisprudence contrôle rigoureusement que la référence au critère discriminatoire protégé soit quasiment direct. Les vagues allusions à une communauté ou à un groupe de personne ne suffisent pas, encore faut-il qu'elle soit identifiable ou visée explicitement⁹⁷³. L'exigence est parfois plus subtile qu'il n'y paraît et c'est ainsi, par exemple, que la mise en scène de symboles religieux ne suffit pas à considérer que la communauté religieuse en question a été visée par l'image ou le propos offensant⁹⁷⁴.

⁹⁷¹ La provocation directe est celle qui « doit tendre à l'accomplissement d'une ou de plusieurs des infractions énumérés par la loi, en donnant de suffisantes indications sur cette ou ces infractions » : MERLE R. et VITU A., *Droit pénal spécial*, Tome 1, 4^{ème} éd., Paris : Cujas, 1981, p. 1233, n° 1566.

⁹⁷² Alors qu'en ce qui concerne les autres infractions, pour lesquelles la provocation peut être non suivie d'effet, elle être doit nécessairement directe : MERLE R. et VITU A., *ibid.*

⁹⁷³ Ainsi, il a été jugé que les termes de « beurs », et « rastas » ne permettaient pas de déterminer avec précision quelle population était visée : TC Paris, 6 déc. 1984, RSC 1986, p. 363, obs. DELMAS SAINT HILAIRE. Mais, de manière plus générale, la référence aux étrangers rentre dans les prévisions de cet article quand les personnes sont visées à raison de leur non-appartenance à la nation française : Cass. crim. 24 juin 1997, n° 95-81.187, Bull. crim. 1997, n° 253 p. 864, D. 1997, p. 212 - De même, pour la référence à l'immigration : CA Paris, 11 janv. 2001, D. 2001, p. 831 - Mais à l'inverse, la référence à la « France » ne rentre pas dans les prévisions de la loi : Cass. crim., 1^{er} mars 2011, n° 10-83.267, Juris-data n° 2011-004922, Dr. pén. 2011, n° 6, p. 35, comm. VERON M.

⁹⁷⁴ Ainsi, la parodie des attentats du 11 septembre au cours de laquelle le prévenu avait uriné sur le Coran ne permet pas de considérer que la communauté musulmane avait été visée expressément : CA Colmar, 25 oct. 2011, Gaz. Pal. 2011, n° 335, p. 11, note LASSERRE CAPDEVILLE J., MOUREY L. Mais la mise en scène du Pape avec ses fidèles dans une scène d'extrême violence suffit à considérer que la communauté catholique est visée : CA Paris, 13 nov. 1997, D. 1998, p. 21.

Ensuite, l'efficacité des poursuites est fonction de la possibilité pour la partie poursuivante de ramener la preuve que le délinquant poursuivait un but bien particulier, qui consiste en la volonté de pousser autrui à accomplir un acte de discrimination, de haine ou de violence⁹⁷⁵. Or d'une part, l'infraction de provocation est une infraction formelle⁹⁷⁶ qui n'exige donc pas de résultat particulier pour être constituée et d'autre part, la jurisprudence admet que la provocation puisse aussi être indirecte, c'est-à-dire qu'elle ne vise pas directement la commission d'un acte déterminé. Dans quelle mesure sera-t-il alors possible de prouver que l'intention du délinquant était bien d'inciter autrui à discriminer ou à susciter la haine ou la violence ? Il faudra en réalité démontrer qu'il existe un lien de causalité entre le fait de provocation et le résultat voulu par le provocateur⁹⁷⁷, en considérant qu'« il est primordial que cette causalité formelle révèle véritablement l'état dangereux du provocateur et, par suite, suppose que l'action attentatoire à une valeur protégée, sous la poussée du fait générateur, soit prévisible »⁹⁷⁸.

La nécessité de ce lien de causalité restreint considérablement la portée de l'incrimination à tel point que la poursuite de la provocation indirecte ne serait plus, pour la doctrine, concevable⁹⁷⁹. Il convient pourtant de ne pas confondre but et moyen car si le terme

⁹⁷⁵ DREYER E., *Responsabilités civile et pénale des médias*, 2^{ème} éd., Paris : Litec, Coll. Litec Professionnel – Responsabilités et assurances, 2008, p. 154, n° 305. Bien évidemment, l'infraction requiert aussi un dol général classique qui consiste en la volonté de commettre le fait matériel. Nous ne nous attarderons pas plus longuement sur le sujet car cette intention ne présente pas de difficulté apparente. Il est, en effet, assez peu probable que la rédaction d'un écrit ou la tenue de propos résulte d'une action involontaire. V. pour des condamnations de provocations indirectes : Cass. crim., 12 avr. 1976, n° 74-92.515, Bull. crim. 1976, n° 112, p. 273. V. de manière plus générale, pour un exposé de cette évolution : de LAMY B., *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Thèse Toulouse, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, T. 34, 2000, p. 319-327.

⁹⁷⁶ PRADEL J. et DANTI-JUAN M., *op. cit.*, p. 285, n° 423.

⁹⁷⁷ DEFFERARD F. souligne ainsi qu'« une provocation ne peut devenir punissable que si, de l'analyse de son contenu matériel, du contexte dans lequel elle est intervenue et des forces psychologiques qu'elle renferme, il est permis de conclure qu'elle a conduit ou aurait pu conduire, sous l'empire des meilleures probabilités, à une action humaine illicite ou immorale », *La provocation*, RSC 2002, p. 233.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 238.

⁹⁷⁹ de LAMY B. en conclut que la jurisprudence est passée à une conception restrictive de la provocation qui aboutit à n'autoriser que la condamnation des provocations directes : *op. cit.*, p. 321. DREYER E. note, quant à lui, que « l'appréciation par le juge du lien de causalité entre la provocation et l'acte accompli, ou devant être accompli par autrui, n'est sûre que dans l'hypothèse où cet acte a été clairement désigné » : *Provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence*, J.-Cl. Pén., Fasc. 20, 2007, n° 11. MERLE R. et VITU A. note que la provocation non suivie d'effet doit nécessairement être directe, *op. cit.*, p. 1234, n° 1567. Au soutien de cette thèse, l'auteur évoque la jurisprudence rendue en la matière, notamment, les deux jugements du TC de Paris, du 6 déc. 1984 *préc* : « La jurisprudence de la Cour de cassation s'est fixée en ce sens que la diffamation raciale, la médisance, à l'encontre de tel ou tel groupe ethnique n'a pas pour conséquence

« provocation à » renvoie au but, le terme « indirect » renvoie, quant à lui, au moyen et n'intéresse donc pas l'élément intentionnel⁹⁸⁰. S'il apparaîtrait, en effet, que la jurisprudence est particulièrement stricte en la matière, sans doute l'est-elle, non pas parce qu'elle n'autorise pas la provocation indirecte, mais bien parce que, dans une grande partie des cas, le texte, l'image ou le propos ne permet pas de démontrer l'existence d'une volonté délibérée d'inciter à la discrimination, ou à la haine. Or, il va de soi que pour aboutir à une telle démonstration, le texte, l'image ou le propos doit présenter une évidence, une clarté suffisante et être exempté d'équivocité pour que la publication litigieuse puisse être condamnable⁹⁸¹. Ainsi, s'il reste techniquement possible de poursuivre une provocation indirecte⁹⁸², la preuve restera, dans la pratique, difficile à rapporter compte tenu de la clarté requise. *In fine*, il n'est pas étonnant que la doctrine critique l'imprécision de l'infraction⁹⁸³.

322. Des difficultés de délimitation des infractions de provocation à la discrimination,

nécessaire de provoquer à la discrimination et à la haine ». Le commentateur de cette même décision en avait conclu que « l'écrit incriminé doit créer, d'évidence, par la charge explosive et le sens des mots qui le composent, l'incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence » : BILGER P., note sous TC Paris, 6 déc. 1984, Gaz. Pal. 1985, n° 2, p. 706. Cette thèse a été vivement critiquée par DREYER E. qui considère que « cela revient à raisonner sur la psychologie non plus de celui qui tient le propos litigieux mais de celui qui le reçoit » : *Provocation, loc. cit.*, n° 8.

⁹⁸⁰ Commentant la portée de cette incrimination, DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P. note qu'« elle signifie seulement que la répression n'exige pas, ici, que les écrits ou propos mis en cause précisent, de manière explicite, les actes appelés par la provocation (...) Il suffit, à cet égard, pour qu'une condamnation soit fondée, que les juges relèvent que le message pouvait faire naître chez son destinataire des réactions physiques ou psychologiques d'hostilité de caractère racial » : comm. sous TC de Paris du 6 déc. 1984, *préc.*, p. 365.

⁹⁸¹ Ainsi, si la diffusion d'une représentation outrageante du Christ peut provoquer un sentiment d'indignation, elle ne peut néanmoins être considérée comme incitant à la discrimination, à la haine, à la violence : CA Paris, 13 sept. 2001, D. 2002, p. 44. Dans le même sens : CA Versailles, 18 mars 1998, D. 1998, p. 203 – V. pour une application contestable : Cass. crim., 30 mai 2007, n° 06-84.328 : le commentateur conclut que les références expresses à la communauté religieuse auraient dû permettre la condamnation des auteurs d'un tract dénonçant le financement d'une mosquée : DARSONVILLE A., note ss. Cass. crim., 30 mai 2007, D. 2007, p. 2039 – De même, la jurisprudence a encore rappelé récemment « qu'il ne suffit pas à cet égard de constater que les écrits incriminés ont pu engendrer chez le lecteur des sentiments négatifs à l'égard d'une communauté ou heurter, même à juste raison, la sensibilité des personnes appartenant au groupe visé, mais qu'il doit exister chez l'auteur l'intention coupable d'inciter, de provoquer, ou d'encourager des sentiments de haine ou des comportements positifs que la loi réprime ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, des propos poursuivis qui doivent être appréciés dans leur contexte, visant à étayer une analyse politique » : Cass. crim., 8 nov. 2011, n° 09-88007, Bull. crim., 2011, n° 229.

⁹⁸² Notons pour autant que l'adjonction de la référence aux articles 225-2 et 432-7 du Code pénal impose que la provocation soit directe quand il s'agit des critères du sexe, de l'orientation sexuelle et du handicap, alors qu'à l'inverse, pour les autres critères elle peut être aussi indirecte. DREYER E. souligne que cette incohérence est regrettable, *Provocation, loc. cit.*, n° 12. Cela reste tout de même assez logique puisqu'au niveau des critères discriminatoires, il existe une hiérarchie des motifs, certains étant considérés comme plus graves que d'autres.

⁹⁸³ V. DELMAS-SAINT HILAIRE J.-P., note ss. Cass. crim. 21 mai 1996, n° 94-83.365, RSC 1997, p. 650.

d'injure et de diffamation. Il n'est pas rare de retrouver cumulativement invoquées, à l'occasion d'un même contentieux, les infractions d'injure et de diffamation ou de provocation à la discrimination. La délimitation de ces infractions n'est pas toujours évidente à entrevoir. Chacune des trois infractions visent à protéger la personne dans sa dignité et dans son honneur⁹⁸⁴ et pourtant, il importe de différencier le propos provoquant du propos injurieux, alors que nous avons tendance à vite faire l'amalgame entre ces deux infractions.

Cette proximité est encore plus intense s'agissant de la diffamation et de l'injure. En effet, l'injure se définit comme « toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait » et la diffamation comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé »⁹⁸⁵. Dès lors, c'est par la présence d'un fait précis que la diffamation va se différencier de l'injure si bien que le choix de la qualification retenue est fonction du degré de précision du fait imputé. Or, ce choix de qualification est particulièrement important dans le domaine de la presse en raison de l'impossibilité de requalification existante en la matière⁹⁸⁶, une condition indispensable au maintien de la liberté d'expression. Il convient donc d'être certain de la qualification choisie dès le départ.

323. Nombreuses sont les mesures légales permettant de sanctionner certaines manifestations d'intolérances qui ne sont pas dépourvues de lien avec la discrimination, soit parce qu'elles sont animées du même état d'esprit, soit parce qu'elles peuvent inciter à la commission de discriminations. Pourtant, leur application reste néanmoins limitée. La condamnation de ces comportements n'est cette fois pas entravée par les difficultés propres à la preuve de l'intention discriminatoire, mais davantage par le fait que si la liberté d'expression est une liberté relative, les juges protègent son libre exercice jusqu'à la limite

⁹⁸⁴ Comme le soulignent MASSIS T., DUPEUX J.-Y., BOURG F., *Injure*, Rép. Pén. Dalloz, 2004, n° 22. En effet, l'honneur d'un homme est « sa dignité, élément de son patrimoine morale qu'il est dans son droit de faire respecter de chacun » : ss. Honneur in CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} ed., PARIS : PUF, Coll. Quadrige, 2011.

⁹⁸⁵ Loi sur la presse de 1881, art. 29.

⁹⁸⁶ V. art. 53 de la loi de 1881 : le texte impose une qualification exacte dès la citation sous peine de nullité. Néanmoins comme le note PRADEL J. et DANTI JUAN M., si l'écrit ou le propos contient simultanément des imputations injurieuses et diffamatoires, une poursuite conjointe est envisageable si celles-ci sont divisibles, *op. cit.*, p. 306, n° 470.

de ce qui, dans une société démocratique, doit être considéré comme acceptable.

B) L'instauration de circonstances aggravantes pour la répression des crimes de haine

324. Quand la motivation d'un crime de droit commun ne présente aucune similitude avec la manière dont les délits sont habituellement commis ou les crimes perpétrés, cette motivation doit être exprimée par une dénomination spécifique. On parle alors de crime de haine. Cette notion ne nous est pas méconnue puisqu'elle se constitue classiquement d'une infraction de droit commun (1) dont la commission procède d'une intention discriminatoire particulière (2).

1) Le crime de haine

325. ***L'état d'esprit discriminatoire et la création de circonstances aggravantes spéciales.*** Le crime de haine comprend largement les crimes internationaux que nous avons envisagés antérieurement. La différence avec ceux propre au droit interne est relative au destinataire de l'atteinte. Le crime vise à atteindre non plus simplement le groupe, mais la personne en tant que représentante du groupe. Si l'on parle de crime de haine, cette référence ne doit pas porter à confusion puisqu'une partie des atteintes, qui ont été assorties d'une circonstance aggravante discriminatoire, sont en réalité des délits. Dans son arrêt *Nachova et autres c. Bulgarie*, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que « les violences racistes constituent une atteinte particulière à la dignité humaine et, compte tenu de la gravité de leurs conséquences, appellent de la part des autorités une vigilance accrue et une réaction énergique »⁹⁸⁷.

Le législateur n'a pas instauré une circonstance aggravante générale. Cependant, compte tenu de l'importance de la question, le panel des infractions de droit commun bénéficiant de

⁹⁸⁷ CEDH, 6 juillet 2005, *Nachova et autres c. Bulgarie*, req.n° 43577/98 et 43579/98.

cette circonstance aggravante spéciale est relativement large⁹⁸⁸. Les lois n° 2003-88 du 3 février 2003 et n° 2003-239 du 18 mars 2003, complétées par la suite par la loi Perben du 9 mars 2004⁹⁸⁹, couvrent tant les atteintes à l'intégrité physique de la personne, que les atteintes aux biens, ou encore d'autres types d'atteintes à la personne. Néanmoins, ces circonstances aggravantes ne s'appliquent pas uniformément quelle que soit l'atteinte⁹⁹⁰. Le nombre d'atteintes visées varie selon que le critère déterminant est la race, l'ethnie, la nation ou la religion déterminée⁹⁹¹ ou encore l'orientation sexuelle⁹⁹².

326. Un état d'esprit discriminatoire plus facile à démontrer. En théorie, il est plus facile de retenir la circonstance aggravante raciste ou homophobe d'un délit ou d'un crime,

⁹⁸⁸ En dépit de ce vaste champ d'application, le 4^{ème} rapport de l'ECRI sur la France recommande à cette dernière « d'étendre à toutes les infractions le principe de la circonstance aggravante pour motivation raciste qui n'est prévu que pour certaines d'entre elles ». La France n'envisage pas pour le moment une telle extension, ce qui est préférable. La généralisation de la circonstance aggravante pour motivation raciste n'aurait de pertinence que si parallèlement on généralisait également les circonstances aggravantes ayant trait aux autres critères discriminatoires. Or, il va de soi que toute motivation raciste ne conduira pas à l'adoption de n'importe quel comportement transgressif de la norme pénale. Il est donc à l'heure actuelle plus judicieux de procéder à cette extension au coup par coup. V. Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), 4^{ème} rapport sur la France, Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe, juin 2010, p. 15, n° 22.

⁹⁸⁹ V. à ce sujet, SEUVIC J.-F., « De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines », art. 132-71 à 132-78, *c. pén.*, RSC 2004, p. 384.

⁹⁹⁰ V. le tableau comparatif en annexe n° 4.

⁹⁹¹ Sont ainsi concernés : le meurtre (*C. pén.*, art. 221-4), les tortures et actes de barbarie (art. 222-3), les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (art. 222-8), les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-10), les violences ayant entraîné une I.T.T supérieure à 8 jours (art. 222-12), les violences n'ayant entraîné aucune I.T.T ou une I.T.T inférieure ou égale à 8 jours (art. 222-13), les destructions, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes (art. 322-2), les destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes (art. 322-8), les menaces de commettre un crime ou un délit contre les personnes matérialisées par un écrit, une image ou un autre objet (art. 222-18-1), les menaces de mort matérialisées par un écrit, une image ou un autre objet (art. 222-18-1), les menaces de commettre un crime ou un délit contre les personnes avec l'ordre de remplir une condition (art. 222-18-1) les menaces de mort avec obligation de remplir une condition (art. 222-18-1), le vol (art. 311-4) et l'extorsion (art. 312-2) mais aussi comme le souligne SEUVIC J.-F., l'empoisonnement puisque quand celui-ci est commis dans l'une des circonstances prévues à l'article 221-4 du Code pénal, il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité : *Modifications des circonstances aggravantes du meurtre et de l'empoisonnement*, RSC 2003, p. 828.

⁹⁹² Sont ainsi concernés : le meurtre, les tortures et actes de barbarie, les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, les violences ayant entraîné une I.T.T supérieure à 8 jours, les violences n'ayant entraîné aucune I.T.T ou une I.T.T inférieure ou égale à 8 jours, les menaces de commettre un crime ou un délit contre les personnes matérialisées par un écrit, une image ou un autre objet, les menaces de mort matérialisées par un écrit, une image ou un autre objet, les menaces de commettre un crime ou un délit contre les personnes avec l'ordre de remplir une condition, les menaces de mort avec obligation de remplir une condition, le vol et l'extorsion, le viol (*C. pén.*, art. 222-24), les agressions sexuelles autres que le viol (art. 222-30). Comme précédemment, il convient de rajouter l'empoisonnement à cette liste.

que de poursuivre une discrimination. En effet, le lien de causalité existant entre l'élément matériel et le critère discriminatoire est moins direct que s'agissant de la discrimination. Ainsi, par exemple, il n'est pas exigé que le vol soit commis directement à raison de la race ou de l'orientation sexuelle. Il importe seulement que l'infraction soit précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de l'un des critères prévus⁹⁹³.

Ce choix s'explique par des considérations pratiques : il s'agit bien évidemment « d'objectiviser »⁹⁹⁴ la motivation du délinquant à travers un support matériel, une exigence que nous ne retrouvons pas s'agissant de l'infraction de discrimination. Plus précisément, il s'agit de contourner le problème de la preuve de l'intention du délinquant puisqu'à défaut d'éléments objectifs requis par la circonstance aggravante de l'infraction, cette qualification ne pourrait même pas être envisageable. A l'inverse, en ce qui concerne l'infraction de discrimination, la motivation est purement subjective si bien que dans la pratique judiciaire, en l'absence d'éléments objectifs rapportés, la poursuite ne saurait prospérer. Dans le fond, il n'est pas certain qu'une telle distinction soit vraiment utile. Autant la discrimination est souvent le fait de personnes n'assumant pas leur croyances ou convictions discriminatoires et donc, qui tenteront fréquemment de les dissimuler, autant le crime de haine est, quant à lui, bien souvent revendiqué, voire pleinement assumé⁹⁹⁵.

⁹⁹³ C. pén., art. 132-76 et 132-77.

⁹⁹⁴ SEUVIC J.-F., *Circonstance aggravante liée à la raison de la commission de certaines infractions : art. 132-76, c. pén.*, RSC 2003, p. 367. En effet, la circulaire du 3 juin 2003 souligne, elle-même : « afin d'éviter de complexes débats devant les juridictions, notamment les cours d'assises, qui auraient résulté d'une définition subjective de la circonstance aggravante de racisme, liée aux motivations ou aux mobiles de l'auteur des faits, par nature très difficiles à établir, le législateur a retenu une définition objective de cette circonstance de racisme » : Circulaire du 3 juin 2006, Présentation des dispositions de droit pénal de la loi n° 2003-239 du 18 mars pour la sécurité intérieure et de la loi n° 2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe, CRIM 2003-07 E8/03-06-2003, BO Min. just. du 1^{er} avril au 30 juin 2003, n° 90, n° 5-1.

⁹⁹⁵ V. pour un exemple : CA Douai, 13 juin 2007, n° 06/03288 s'agissant de violences à l'encontre d'une personne d'origine maghrébine pour lesquelles il expliqua « assez clairement que les motivations de son geste étaient en rapport avec l'appartenance de la victime à une ethnie » puis « faisait part qu'il n'en était pas à son coup d'essai ». Voir aussi, CA Toulouse, 17 mai 2006, n° 05/01356.

2) Les critères discriminatoires de sélection

327. Critères retenus. C'est par la loi n° 2003-88 du 3 février 2003 qu'est instaurée une circonstance aggravante « lorsque l'infraction est commise à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 est venue élargir cette circonstance aggravante à la prise en compte de l'orientation sexuelle de la victime⁹⁹⁶.

Au moment de cette adoption, la législation française fait partie des rares législations à avoir intégré l'orientation sexuelle en tant que circonstance aggravante d'un crime ou d'un délit⁹⁹⁷. Il s'agit donc d'une avancée importante en la matière, d'autant plus qu'à l'époque de son adoption, elle n'avait pas fait l'objet d'une recommandation spécifique par le Conseil de l'Europe⁹⁹⁸. Pour autant, l'instauration d'une circonstance aggravante relative à la prise en compte de l'orientation sexuelle de la victime a laissé place à quelques questionnements. Quel sens fallait-il donner à cette circonstance aggravante qui, faisant référence à l'orientation sexuelle, était placée dans un chapitre intitulé « dispositions relatives à la lutte contre l'homophobie » ? Cédant à l'inquiétude, le législateur n'a pas cherché à limiter la répression aux seuls actes portant atteintes aux personnes homosexuelles⁹⁹⁹. Cette remarque peut être transposable aux autres critères retenus que sont la race, l'ethnie, la nation et la religion. Instaurée par une loi « visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe », la circonstance aggravante se veut d'application plus large, puisqu'elle vise les critères de la race, de l'ethnie, de la nation et de

⁹⁹⁶ Respectivement : *C. pén.*, art. 132-76 pour les critères de l'ethnie, de la nation, de la race, ou de la religion, et *C. pén.*, art-132-77 pour l'orientation sexuelle.

⁹⁹⁷ Au moment de l'adoption de la circonstance aggravante, une répression similaire existait déjà en Belgique depuis la loi du 25 février 2003 et en Espagne, en vertu de l'article 22 du Code pénal. Aujourd'hui, cette législation serait présente dans 15 états membres du Conseil de l'Europe : Conseil de l'Europe, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, préc.*, p. 56.

⁹⁹⁸ Nous la retrouvons par la suite dans la Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des ministres aux Etats membres portant sur les mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010. Cf. Annexe I § 2.

⁹⁹⁹ SEUVIC J.-F. conclut d'ailleurs qu'il faut privilégier en la matière la *ratio criminis* plutôt que la *ratio legis* comme ce fut d'ailleurs le cas pour la lutte contre le sexisme qui a vocation à protéger autant les hommes que les femmes : *Circonstances aggravantes liées à la raison de la commission de certaines infractions. Orientation sexuelle de la victime (art. 132-77 du Code pénal) ; qualités de certaines victimes*, RSC 2003, p. 826.

la religion¹⁰⁰⁰. Cette fois encore l'intitulé était plus contextuel qu'emprunt d'une volonté d'en rester à ces trois phénomènes.

Pourtant, l'absence de prise en compte du critère de l'origine suscite, parallèlement, l'étonnement. Ce vide juridique aurait pu conduire à exclure du champ de protection certains groupes de personnes qui ne répondent à aucun des quatre critères énumérés. Il semble, en l'état de la jurisprudence actuelle que les critères sont interprétés de manière suffisamment large pour protéger, notamment, les personnes d'origine étrangère qui ne répondent pas forcément aux critères de la race ou de la nation *stricto sensu*¹⁰⁰¹. Pour plus de clarté, il aurait néanmoins été préférable que ce critère de l'origine soit inclus dans le texte de loi.

328. Haine et ratio criminis¹⁰⁰². La *ratio criminis* est la raison pour laquelle l'infraction est commise. L'état d'esprit discriminatoire est donc une *ratio criminis* commune à différentes formes d'atteintes. Pourtant, rien ne nous permet de considérer que selon l'atteinte en question, la consistance de cet élément intentionnel soit forcément similaire. Il convient à nouveau de préciser la force de cette raison.

Le rapport de l'OSCE retient deux sortes de modèles de circonstances aggravantes : celui dans lequel doit être démontrée une hostilité à l'encontre de la personne et celui dans lequel on se contente de ramener la preuve d'une sélection discriminatoire¹⁰⁰³. La nuance est

¹⁰⁰⁰ Notons néanmoins que cette approche contextuelle comporte aussi des risques puisqu'en ce qui concerne la religion, d'autres mouvements religieux sont susceptibles de revendiquer l'adoption de nouvelles mesures législatives visant à reconnaître les manifestations de rejet et d'intolérance qu'elles subissent actuellement, ce alors même que la circonstance aggravante protège l'ensemble des communautés religieuses. V. ainsi en ce qui concerne l'adoption de mesures spécifiques pour lutter contre les manifestations d'islamophobie, la question ministérielle n° 86879 de Mr Eric RAOULT, JO Ass. Nat. du 28 févr. 2006.

¹⁰⁰¹ V. ainsi, CA Douai, 13 juin 2007, *préc.* : l'origine maghrébine de la victime, qui en principe devrait être protégée par le critère de l'origine, a été prise en compte pour faire jouer la circonstance aggravante d'appartenance à une ethnie ou une nation. Or, la victime étant gendarme réserviste, il est forcément de nationalité française. La référence à l'ethnie, qui se définit comme un ensemble d'individus réunis par une communauté de langue et de culture était-elle vraiment si pertinente ? A notre sens, ce n'est pas certain. De même, dans une autre affaire, l'origine maghrébine de la victime, qui avait subi des violences ayant entraîné une ITT de moins de 8 jours, avait été retenue au titre de la race : CA Amiens, 25 oct. 2006, n° 06/00738. V. aussi dans le même sens, CA Toulouse, 17 mai 2006, n° 05/01356.

¹⁰⁰² Nous empruntons ce terme à SEUVIC J.-F., *Circonstances aggravantes liées à la raison de la commission de certaines infractions. Orientation sexuelle de la victime*, loc. cit, p. 826.

¹⁰⁰³ OSCE, Rapport *préc.*, p. 40 et s.

importante, puisque le premier modèle requiert un degré élevé d'état d'esprit discriminatoire, et donc une preuve plus conséquente. Ce degré intègre clairement la question du mobile puisqu'en plus de la sélection discriminatoire, il est important, pour que la circonstance aggravante puisse jouer, que l'auteur soit animé d'une hostilité ou d'une haine à l'encontre de la personne. De plus, ce modèle restreint considérablement la portée de la répression. Prenons ainsi l'exemple du vol, dans quelle mesure le préjugé, profondément critiquable, selon lequel les personnes de confession juive auraient un niveau de vie aisé va-t-il pouvoir interférer dans le choix de la victime opéré par l'auteur de ce vol ? S'il y a bien sélection discriminatoire, l'auteur est-il pour autant animé d'une haine ou d'une hostilité à l'égard de sa victime ?¹⁰⁰⁴ Rien n'est moins sûr. La mise en œuvre d'un tel mobile n'aurait alors de sens que pour des crimes dont la commission fait bien souvent indirectement appel à une hostilité ou à une haine, comme le meurtre ou encore la torture et les actes de barbarie.

La législation française a fort heureusement fait le choix de mettre en œuvre le second modèle, qui requiert de démontrer une sélection discriminatoire. Le lien est plus direct, moins subjectif et la preuve est donc considérablement facilitée. Il suffit donc, en prenant en compte les éléments objectifs requis par les articles 132-76 et 132-76 du Code pénal, de démontrer que la victime a été sélectionnée à raison de l'un des critères discriminatoires énumérés.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

329. La sanction des multiples matérialisations de l'état d'esprit discriminatoire.

Puisant dans la gravité intrinsèque que revêt l'état d'esprit discriminatoire, la norme pénale a développé sa propre conception de la notion de discrimination, elle a fait de cette dernière un véritable concept retranscrit à travers d'autres incriminations. Celles-ci diffèrent de par leur matérialité, mais elles expriment toutes à des degrés de gravité variables un état d'esprit similaire. La discrimination n'est pas un acte courant, mais bien comme la marque du rejet

¹⁰⁰⁴ Le rapport met d'ailleurs en avant les difficultés attenantes à l'importante subjectivité que suppose un tel modèle.

de l'Autre, de la négation de la personne. La retranscription de l'état d'esprit discriminatoire n'est pourtant pas exempte de difficultés : l'aspect subjectif de l'atteinte et les exigences probatoires font mauvais ménage ; à nouveau se pose la question de l'efficacité de ces mesures.

330. Une efficacité mesurée. La répression des atteintes discriminatoires dans le champ de la presse constitue une restriction à la liberté d'expression. Si cette répression est indispensable, nous comprenons à quel point l'entorse qu'elle crée est importante. Il n'est plus simplement question de pouvoir de l'employeur, de liberté contractuelle mais bien d'une des libertés à l'égard de laquelle nous éprouvons le plus grand attachement. L'efficacité des sanctions de certaines manifestations d'intolérance s'en ressent car il importe d'assurer une certaine sécurité juridique. Inversement, la répression des crimes de haine s'est départie des désavantages engendrés par l'approche très subjective des discriminations. Si nous faisons donc face à un dispositif répressif dont l'efficacité est certes mesurée, il a le mérite, néanmoins, d'avoir réussi à s'adapter aux réalités sociales propres à la lutte contre les discriminations.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER :

331. Une matérialité commune. La spécificité de l'approche pénale des discriminations n'a de sens que si, concrètement, elle peut être constatée au niveau de la retranscription de la valeur sociale. Autrement dit, la discrimination ne peut être véritablement considérée comme une atteinte à la dignité que si une telle atteinte est exprimée, d'une manière ou d'une autre, par l'incrimination pénale. Nous avons pu constater, au cours de nos développements, que la définition matérielle de la notion de discrimination ne fait état d'aucune spécificité propre à la matière pénale. Elle n'évoque pas à elle-même l'idée qu'une discrimination puisse être une atteinte à la dignité humaine.

332. Une spécificité marquée par une intention discriminatoire. Seul l'état d'esprit discriminatoire, en tant qu'élément moral de cette infraction, marque la particularité de l'approche pénale et justifie la cohérence du rattachement de la discrimination à la question du respect de la dignité humaine. Cet état d'esprit consiste en une intention, celle de rejeter l'Autre, de l'exclure, de lui nuire en raison de ses qualités intrinsèques, de ce qui fait de lui un être à part entière. Cet état d'esprit ne se résume pas à un acte, il peut se matérialiser dans une diversité d'actes. La norme pénale intervient pour sanctionner les plus graves et c'est pour cette raison que la politique criminelle de lutte contre les discriminations ne s'est pas construite autour d'une définition restrictive de la notion de discrimination mais bien autour d'un concept plus général de discrimination.

333. Une approche proportionnée. La spécificité de la norme pénale n'est pas forcément un gage de son efficacité. Inéluctablement la subjectivité de l'état d'esprit discriminatoire justifie d'envisager toute atteinte avec précaution. Seul le constat d'un lien de causalité certain est une garantie contre des sanctions arbitraires. Mais cette exigence n'est pas toujours facile à entrevoir : la nécessité d'instaurer une juste proportion entre respect de la dignité et protection de certaines libertés apporte des variations dans la portée de ces incriminations.

CONCLUSION DE LA PARTIE PREMIERE :

334. *Constats.* En cherchant à l'origine quelle pouvait être la contribution du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations, nous sommes partis, en premier lieu, sur l'idée qu'en rattachant la discrimination à la protection d'une nouvelle valeur sociale, qu'est le respect de la dignité humaine, la norme pénale avait développé sa propre approche des discriminations. Proche de la confusion quand la discrimination est envisagée sous l'angle de l'égalité, nous avons également réussi à justifier son rattachement à la notion de dignité. Nous avons pu, en second lieu, conforter cette spécificité de l'approche pénale par le constat qu'il existe tant une discrimination *stricto sensu*, qu'une discrimination *largo sensu*. C'est en partant de l'ensemble de ces constats, qu'il nous ait permis de retenir les deux principales finalités de la norme pénale dans la politique criminelle.

335. *Une finalité expressive.* En sanctionnant l'état d'esprit discriminatoire, la norme pénale rend compte de ce que sont les valeurs d'une société. La multiplicité des dispositions légales sanctionnant les infractions motivées par un état d'esprit discriminatoire dénote de la variété des formes de rejet que connaissent nos sociétés. L'infraction de discrimination ne constitue qu'une des formes les moins extrêmes. Il existe d'autres degrés d'intention discriminatoire qui peuvent se matérialiser différemment. C'est cette diversité qu'exprime, en premier lieu, la norme pénale. L'approche strictement égalitaire de la discrimination, en envisageant cette dernière sous un strict rapport de comparaison, ne rend pas compte de cette réalité.

336. *Une finalité éducative.* La norme pénale a, en second lieu, une finalité éducative. Tout au long de l'évolution de la politique criminelle, le législateur n'a cessé de durcir la législation pénale existante en la matière. Accroissement des dispositions légales, durcissement des peines, rajout de critères discriminatoires, c'est un message symbolique, une volonté ferme de sanctionner les discriminations dont le législateur a voulu faire état. La norme pénale éduque plus qu'elle ne sanctionne car la mise en pratique de ces dispositions révèle des difficultés en matière de protection de cette valeur sociale.

PARTIE SECONDE.
LA PROTECTION DE LA VALEUR SOCIALE

337. Une appréciation de la norme sous l'angle de l'effectivité. Loin de se contenter d'exprimer une valeur sociale, la norme pénale a aussi pour vocation de mettre en œuvre un ensemble de moyens qui permettront d'assurer la protection de cette valeur. Tel est l'objet de la seconde fonction du droit pénal, c'est-à-dire sa fonction répressive, au titre de laquelle toute violation de sa norme prescriptive légitime le recours à la sanction. Envisager de quelle manière le droit pénal contribue à la protection de cette valeur sociale revient en quelque sorte à porter une appréciation sur la réalisation du droit par rapport à des considérations d'opportunité. Cela revient, en effet, à apprécier la norme à partir d'un critère d'évaluation qu'est l'effectivité, elle-même définie comme le « caractère d'une norme qui produit l'effet voulu, qui est appliqué réellement »¹⁰⁰⁵.

Si l'appréciation peut porter sur de nombreux points, il en est un que nous retiendrons particulièrement. Ainsi, comme le soulevait Hans KELSEN, l'application du droit concerne bien l'hypothèse où la norme est « appliquée dans les cas concrets par les organes de l'ordre juridique, par les tribunaux, c'est-à-dire lorsque la sanction est ordonnée et exécutée quand la norme le prévoit »¹⁰⁰⁶. Notre démarche consiste alors à apprécier l'effectivité du droit pénal dans l'application directe de cette norme, autrement dit dans la mise en œuvre du processus de sanction applicable aux discriminations. L'idée est bien qu'en dépit de sa légitimité, toute norme peut largement être remise en question à partir du moment où elle ne répond pas à une certaine effectivité¹⁰⁰⁷.

338. L'importance de différencier effectivité et efficacité. Mais, cette effectivité doit

¹⁰⁰⁵ RICHARD V., *Le droit et l'effectivité : contribution à l'étude d'une notion*, Thèse dactyl., Paris, 2003, p. 10.

¹⁰⁰⁶ KELSEN H., *op. cit.*, p. 15. Il souligne également qu'« une norme qui n'est appliquée ni suivie nulle part ni jamais, c'est-à-dire une norme qui, comme on s'exprime habituellement, ne bénéficie pas d'un minimum d'"efficacité" n'est pas reconnue comme une norme objectivement valable », *ibid.*, p. 15.

¹⁰⁰⁷ Ainsi, dans certains systèmes juridiques, comme le système américain ou scandinave, la validité matérielle d'une norme se confond avec la question de son efficacité. Comme le note ainsi GOZLER K. : « selon ces courants, le vrai droit est celui effectivement appliqué par les tribunaux, non pas celui exprimé dans les lois. Autrement dit, les défenseurs de ces courants considèrent seules les normes effectivement appliquées et suivies comme normes juridiques » : *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Thèse, Villeneuve d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, V. 1, 1997, p. 251. Notons cependant que l'auteur préfère l'utilisation du terme efficacité à celui d'effectivité bien qu'il vise directement dans son propos cette dernière notion.

être distinguée d'une autre notion, avec laquelle elle est largement confondue, qui est celle de l'efficacité de la norme. Ainsi, si l'effectivité permet de mesurer la réalisation des règles que la norme énonce¹⁰⁰⁸, l'efficacité est, quant à elle, l'« aptitude à procurer le résultat en vue duquel il a été conçu »¹⁰⁰⁹. La démarche est très différente. En effet, si la mesure d'efficacité permet de mesurer le gain produit par l'adoption de la norme pénale prescriptrice de l'interdiction de discrimination, elle n'en reste pas moins très difficilement mesurable. L'effectivité, quant à elle, est d'appréhension plus aisée puisqu'elle implique une dynamique de recherche totalement différente. En effet, l'efficacité de la norme reviendrait à confronter « l'objectif avec son degré d'accomplissement »¹⁰¹⁰ et donc à mesurer directement le résultat, c'est-à-dire observer si finalement, la norme permet dans les faits de réduire les comportements discriminatoires. L'effectivité consiste plutôt, en observant la réalité, à mesurer tout ce qui est susceptible de servir ou de desservir l'application de la norme pénale¹⁰¹¹, tout en intégrant notre raisonnement dans une démarche prospective.

Il s'agit d'analyser la pertinence des nombreuses théories avancées en ce qui concerne la capacité de la norme pénale à protéger contre les discriminations, en cherchant les éventuelles difficultés qui freineraient l'effectivité de la norme. D'abord, il est possible que la norme ne soit pas appliquée en raison de l'absence de mobilisation des acteurs et nous touchons alors à la question du traitement des situations de discrimination (Titre premier). Ensuite, il faut envisager le problème sous l'angle de la sanction des discriminations et dans ce cas la difficulté ne se situe plus au niveau de la mobilisation du droit mais de son application¹⁰¹² (Titre second).

¹⁰⁰⁸ LASCOUMES P., v° Effectivité, in ARNAUD A.-J. et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1993, p. 217 et s.

¹⁰⁰⁹ Par opposition à l'effectivité qui s'entend, quant à elle, d'un « rapport quantitatif (statistique) de conformité des situations ou opérations concrètes qu'elle vise au modèle que constitue cette norme » : JEAMMAUD A. et SERVERIN E., *Evaluer le droit*, D. 1992, p. 263.

¹⁰¹⁰ PERRIN J.-F., *Pour une théorie de la connaissance juridique*, 1^{ère} éd., Genève : Librairie Droz, Coll. Travaux de Sciences Sociales, 1979, p. 91.

¹⁰¹¹ LASCOUMES P. et SERVERIN E., *Théories et pratiques de l'effectivité du droit*, Droit et société, 2-1986, p. 127.

¹⁰¹² Ainsi, comme le note un auteur, dont le propos faisait état de l'application insuffisante des règles de droit : « en ne faisant pas appliquer les sanctions prononcées, c'est notre société qui s'effrite et l'idée d'une vie en commun qui est grandement remise en cause » : MASDEU-ARUS J., Propositions concernant les peines de substitution, in de CHARETTE H. et al. (dir.), *Réflexion sur l'effectivité de la sanction pénale*, Paris : Economica, 2003, p. 53.

TITRE PREMIER :

LE DROIT PENAL ET LE TRAITEMENT DES DISCRIMINATIONS

339. *Effectivité et mesure de l'utilisation de la voie de recours.* L'action pénale n'étant pas l'unique voie de recours existante en matière de traitement des discriminations, il n'est pas possible d'en apprécier sa contribution sans l'envisager au sein de l'ensemble des voies d'action existant à cet effet. Nécessairement cette démarche implique l'adoption d'une méthode comparative où l'effectivité de la norme pénale sera appréciée en partant de la réalité factuelle à laquelle nous nous confrontons. Aussi, cela suppose, dans un premier temps, d'observer l'utilisation des différentes voies d'action existantes afin de mesurer la capacité de chaque voie d'action à permettre à la victime de discrimination de bénéficier d'une prise en charge et d'un traitement adéquat (Chapitre premier).

340. *Effectivité et coordination des voies d'action.* Mais cette démarche ne peut suffire car elle se contente d'analyser chaque voie d'action de manière autonome. Or, il faut garder à l'esprit qu'il n'existe pas de frontière imperméable séparant chacune de ces voies d'action ; une voie d'action peut parfaitement se substituer à une autre. Il importe donc d'envisager ces différentes actions dans leur globalité car le traitement d'une discrimination est nécessairement tributaire de la façon dont chacune de ces voies se coordonnent entre elles (Chapitre 2).

Chapitre premier:

L'utilisation des voies d'action dans le traitement des discriminations

341. A l'origine, la victime de discrimination disposait des voies de droit classiques pour faire entendre sa cause. Elle pouvait ainsi utiliser la voie pénale, éventuellement complétée d'une action civile ou saisir directement le juge civil. La nécessité d'améliorer le traitement d'une victime de discrimination a abouti ultérieurement à la mise en place d'une institution spécialisée sur la question. Chacune de ces voies d'action occupe une place plus ou moins importante selon le critère ou le champ sur lequel porte la discrimination. S'interroger sur l'utilisation des voies d'action revient d'abord à constater comment se répartissent les voies d'action au niveau de l'ensemble du contentieux relatif aux discriminations (Section 1). Ensuite, il faut garder à l'esprit que l'utilisation des voies d'action ne répond pas uniquement à des questions de compétence matérielle. Bien au contraire, il existe un certain nombre de facteurs qui vont influencer directement sur leur utilisation respective (Section 2).

Section 1 - Evaluation de la répartition des voies d'action

342. L'évaluation de la répartition des voies d'action consiste à mesurer la part représentative de chaque voie de recours dans le contentieux des discriminations (§2). Néanmoins la multiplicité des voies d'action existantes en matière de discrimination justifie préalablement de s'intéresser aux caractéristiques propres à chacune d'elles (§ 1).

§ 1 - La multiplicité des voies d'action existantes

343. Intimement liées, la voie pénale et la voie civile constituent les voies d'action classiques du traitement des discriminations (A). Mais depuis 2004, une autorité administrative spécialement compétente en la matière peut désormais être saisie (B).

A) *La coexistence de la voie pénale et de la voie civile*

344. *Pertinence de la voie pénale.* La multiplicité des voies d'action existantes n'est pas le fruit d'un engouement autour de la problématique des discriminations mais bien un choix de politique criminelle. Si l'incrimination pénale bénéficie d'une autonomie normative certaine¹⁰¹³, il n'en reste pas moins que celle-ci doit répondre à un besoin, à une transformation et ne pas se contenter d'être « une réponse apparente et de pure façade ». La valeur sociale protégée ne doit pas être « une valeur incantatoire »¹⁰¹⁴. Ce choix ne présente aucune difficulté quand la réponse qu'il impose est moralement partagée par tous, mais quand ce n'est pas le cas, il importe de mesurer la légitimité d'une valeur à recevoir une protection pénale¹⁰¹⁵. Deux variables vont être prises en compte : la justice ou l'utilité que l'on retraduit sous formes d'indicateurs afin d'éviter toute appréciation subjective¹⁰¹⁶. La question est alors de savoir quelle(s) voie(s) sera(ont) la(les) plus pertinente(s) comme réponse au comportement asocial en question.

¹⁰¹³ L'autonomie normative du droit pénal l'autorise ainsi à prescrire une norme de comportement en dépit de l'absence de violation d'une norme préexistante : v. à ce sujet : TULKENS Fr., VAN de KERCHOVE M., *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 2^{ème} éd., Bruxelles : Story-Scientia, Coll. A la rencontre du droit, 1993, p. 111.

¹⁰¹⁴ DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit : du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris : PUF, Coll. Quadrige. Essais, débats, 2004, p. 66. V. aussi à ce sujet, MALABAT V., Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal, in MALABAT V., de LAMY B. et GIACOPELLI M. (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, op. cit., p. 71. L'auteur considère qu'il existe à l'heure actuelle dans le Code pénal plusieurs catégories d'infractions pénales inutiles, à savoir celles qui sont créées en réaction à un fait social et celles qui font doublon avec d'autres normes préexistantes.

¹⁰¹⁵ MAYAUD Y., *Ratio legis et incrimination*, RSC 1983, p. 597.

¹⁰¹⁶ Telle est la méthode qui fut utilisée par la Commission de révision du Code pénal. Les critères permettent ainsi de délimiter la notion d'infraction. Comme l'explique DELMAS-MARTY M., l'association des indicateurs et des critères qu'ils comprennent, permet de situer un seuil au-delà duquel on considère que le comportement doit relever de l'infraction pénale. Nous avons d'abord recours au principe de justice et si l'appréciation qui en découle reste mitigée, nous utilisons ensuite le principe d'utilité pour mesurer à nouveau ce seuil : DELMAS-MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 286 et s.

Si l'on conçoit aisément l'importance de protéger l'individu dans sa dignité, la portée de cette protection ne fait l'objet d'aucun consensus. En effet, si la France a fait le choix d'incriminer la discrimination au nom du respect de la dignité humaine, nous noterons, à l'inverse, que rares sont les législations étrangères qui ont choisi la voie de la sanction des discriminations alors même que la notion de dignité y est tout autant omniprésente. Pour Madame MASSIAS, qui s'était intéressé à la question du racisme, il ne fait aucun doute que les manifestations racistes doivent subir la sanction pénale¹⁰¹⁷. Il en va de même selon nous s'agissant de la discrimination compte tenu de l'ampleur des comportements discriminatoires, de leur impact sur les victimes et de l'importance de recourir à une norme éducative qu'est la norme pénale.

345. Exercice exclusif ou cumulatif des voies civile et pénale. A partir du moment où l'on opte pour la voie pénale, l'action civile, c'est-à-dire l'action en réparation des dommages causés par l'infraction pénale¹⁰¹⁸, lui est complémentaire. Mais tout dépend en réalité du choix effectué par le plaignant, soit que ce dernier ouvre accessoirement la voie civile devant la juridiction pénale¹⁰¹⁹, que le plaignant exerce directement son action devant la juridiction civile.

L'exercice de la voie civile s'effectue, en toute hypothèse, dans les limites de ce que la norme pénale permet de sanctionner, ce qui peut convaincre la victime à se tourner directement vers la voie civile. Pour mémoire, nous rappellerons que la question de l'intention discriminatoire n'intéresse pas l'action civile ; de même l'action civile permet de sanctionner une variété de comportements discriminatoires plus importante¹⁰²⁰. La voie

¹⁰¹⁷ V. ainsi la démonstration menée par MASSIAS F., *Faut-il pénaliser le racisme*, RTDH 2001, p. 601.

¹⁰¹⁸ BONFILS Ph., *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, Thèse, Aix-en-Provence : PUAM, 2000, p. 16.

¹⁰¹⁹ Il convient cependant de noter que l'action civile, selon la théorie de la conception unitaire de l'action civile, se distingue de la citation directe ou de la constitution de partie civile. L'action civile est une action en réparation qu'elle soit menée devant la juridiction pénale ou civile ; la citation directe et la constitution de partie civile sont, quant à elles, « une participation de la victime au procès pénal ». La jurisprudence pénale va dans le même sens. V. sur cette distinction : AMBROISE-CASTEROT C. et. BONFILS Ph, *Procédure pénale*, PUF, Coll. Thémis Droit, 2011, p. 126-127; v. également : BONFILS Ph, La participation de la victime au procès pénal une action innommée in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris : Cujas, Mélanges offerts à Jean PRADEL, 2006, p. 179.

¹⁰²⁰ Pour mesurer la portée de compétence du juge civil, il faut se référer au champ de protection que nous avons synthétisé précédemment : voir *supra* n° 192 et s. Voir également annexe n° 3.

civile peut donc être privilégiée et utilisée sans exercice antérieur ou postérieur de l'action publique.

Enfin, en cas de passage d'une voie de recours à une autre, ce dernier s'effectue aux conditions exprimées par l'adage *una via electa non datur recursus ad alteram*¹⁰²¹. Aussi, si la victime a préalablement engagé la voie civile, elle ne pourra s'engager dans l'action pénale qu'en cas d'absence d'identité de cause, d'objet ou de parties.

346. Il n'existe donc pas de grande spécificité relative au contentieux des discriminations puisque les voies d'action existantes sont les voies de droit commun. Néanmoins, ce paysage judiciaire a été bouleversé dans le début des années 2000 par l'instauration d'une institution spécialisée en matière de discrimination.

B) La voie institutionnelle et la compétence du Défenseur des Droits

347. Face aux nombreuses difficultés rencontrées en matière de traitement des discriminations (1), il importait de créer une institution spécialement compétente sur la question. L'étendue des pouvoirs de cette institution a fait d'elle une véritable référence relativement au traitement des discriminations (2).

1) La légitimité de l'instauration d'une institution chargée de la promotion de l'égalité

348. L'échec des premières tentatives de création d'un organe compétent. Conscient de l'ampleur des phénomènes discriminatoires, le gouvernement français avait, dès la fin des années 1990, proposé la création d'un groupement d'intérêt public chargé de mettre à disposition une cellule d'écoute pour les personnes qui s'estimaient victimes de

¹⁰²¹ Ainsi, en application de l'article 5 du Code de procédure pénale, si la victime choisit en premier lieu la voie civile, elle ne pourra, en principe, pas changer d'avis au profit de l'action pénale. Le choix en sens inverse est néanmoins possible. V. pour une application, CA Lyon, 8 mars 2007, n° 1125/05: la saisine du bureau de conciliation sans choix de la voie pénale autorise les réclamants à saisir la juridiction pénale uniquement en ce qui concerne les faits discriminatoires intervenus postérieurement à la saisine du bureau de conciliation.

discrimination. Le groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD) et son numéro d'écoute, le 114, furent mis en place sur la question exclusive de la discrimination raciale. L'impact de cette initiative est néanmoins resté limité pour plusieurs raisons. D'une part, pendant longtemps la politique de lutte contre les discriminations s'est construite de manière sectorielle¹⁰²². Dans cette perspective, il n'était pas question de créer une seule et unique institution mais plusieurs. C'est ainsi que certaines compétences du GELD se retrouvaient aussi au niveau d'autres acteurs tels le service des droits des femmes et de l'égalité, le délégué interministériel aux personnes handicapées etc. D'autre part, il n'était pas question de traitement de la victime¹⁰²³ mais essentiellement d'écoute et d'analyse.

349. *Un changement de dialectique dans la perception des discriminations.* En réalité, la création de ces institutions était surtout symptomatique d'un changement de dialectique dont les conséquences sur la voie juridique ne sont pas à minimiser. En effet, la lutte contre les discriminations s'est pendant longtemps appuyée sur le dispositif répressif existant. Mais paradoxalement, subsistait une certaine méconnaissance de l'ampleur de la problématique et donc un déficit au niveau de la mise en œuvre de politiques publiques parallèles. Ce n'est qu'au terme de nombreuses études que le caractère inopérant du dispositif juridique existant sera mis en avant.

Concrètement, nous sommes donc passés en vingt ans de la méconnaissance à la prise de conscience pour finir par un renversement total de la question des discriminations. Ce renversement s'exprime, notamment, dans le discours public, par la substitution de l'appellation positive « promotion de la diversité » à l'appellation péjorative de

¹⁰²² C'est ce que soulignait la commission Stasi dans son rapport 2004 précédant la création de la HALDE. Cette dernière n'est autre que la première institution spécialisée créée en matière de discrimination. Le rapport constate que le traitement des discriminations faisait l'objet d'une gestion éclatée, si bien que « cette fragmentation des moyens a également rendu plus difficile l'obtention d'une efficacité d'échelle et a brouillé la perception de cette politique par l'opinion publiques et les autres acteurs » : STASI B., *Vers la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : rapport au Premier ministre*, Paris : La Documentation française, Coll. des rapports officiels, 2004, p. 25-26. V. aussi sur cette question : CLEMENT P., *Rapport sur le projet de loi portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Paris : Assemblée nationale, Rapport n° 1827 fait au nom de la commission des affaires constitutionnelles, enregistré le 22 sept. 2004, p. 10 et s.

¹⁰²³ Cette affirmation vaut exception faite des autorités administratives préexistantes susceptibles, dans une certaine mesure, de recevoir des réclamations portant sur des discriminations. C'était le cas notamment de la CNIL, du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants et de Commission d'accès aux documents administratifs etc.

« discrimination »¹⁰²⁴. Dans cette nouvelle dialectique, l'accent est mis sur le développement d'actions publiques préventives menées au profit de l'éducation des citoyens et de la promotion de la diversité. L'exercice de la voie judiciaire est, dans cette perspective, ramenée au second plan puisque jugé moins favorable à la résorption des discriminations.

350. Le traitement des discriminations et la question du droit à un recours effectif.

Parallèlement, la nécessité de garantir l'existence d'un droit à un recours effectif¹⁰²⁵ a conduit les institutions européennes à imposer la création d'une autorité compétente spécialement sur la question¹⁰²⁶. En réalité, ce n'était pas tant l'existence d'un droit à un recours qui posait problème que la mise en œuvre de cette voie de recours. Comme le rappelle la CJCE, dans son arrêt *Von Colson et Kamann*, « les Etats membres sont tenus de prendre des mesures qui soient suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive et de faire en sorte que ces mesures puissent être effectivement invoquées devant les tribunaux nationaux par les personnes concernées »¹⁰²⁷. Pour la CJCE, cette efficacité se traduit par l'existence de voies de recours et de sanctions effectives, dissuasives et proportionnelles, c'est-à-dire selon Madame B. COHEN, capables de produire le résultat escompté, de refléter adéquatement la gravité du dommage et de permettre de dissuader les éventuels futurs actes de discrimination¹⁰²⁸.

¹⁰²⁴ V. sur ce changement de dialectique: TANDE A., « *La notion de discrimination dans les discours de l'action publique en France (1992-2005)* ». *Entre intégration et égalité des chances*, Informations sociales 2008/4, n° 148, p. 20.

¹⁰²⁵ Le principe général du droit communautaire du droit à une protection juridictionnelle effective, tiré des articles 6 et 13 de la Conv.EDH, a été reconnu par la CJCE dans son arrêt du 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Aff. 222/84, Rec., p. 1651, n° 17-18.

¹⁰²⁶ Cf. directives préc. n° 2000/43/CE du 29 juin 2000, art. 13 ; n° 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive n° 76/207/CE, art. 8 bis.

¹⁰²⁷ CJCE, 10 avr. 1984, *Sabine Von Colson et Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, Affaire 14/83, Rec. 1984, p. 1891, § 18. V. aussi CJCE, 22 avr. 1997, *Nils Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG*, aff. C-180/95, Rec. 1997, p. I-2195.

¹⁰²⁸ COHEN B., *Voies de recours et sanctions pour discrimination dans la vie professionnelle selon les directives d'anti-discrimination de la CE in La discrimination dans la vie professionnelle : Voies de recours et application du droit*, Rapport de la 4^{ème} commission d'experts dans le cadre du projet « Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation d'anti-discrimination de l'UE : le rôle des organismes spécialisés », Bruxelles : Janet Cormack, Migration Policy Group, 2004, p. 19. L'approche française reste toutefois relativement ambiguë puisque, comme le note un auteur, nous avons d'une part, un ensemble de politiques publiques territorialisées travaillant exclusivement autour de la promotion de la diversité et d'autre part, une réaffirmation constante, depuis ces dernières années, du dispositif répressif de lutte contre les discriminations : CALVES G., *Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques publiques de lutte contre les discriminations*, Informations sociales 2008/4, n° 148, p. 34.

351. Rôle des organismes spécialisés. La création d'organes spécialisés dans chaque pays de l'Union européenne devait donc permettre de favoriser le respect de ces exigences, mais il convient dès à présent de nuancer le rôle incombant à de telles institutions. Ainsi, l'organe spécialisé n'est jamais une autorité de substitution à l'autorité judiciaire mais bien un organisme complémentaire, dont la création répond à un certain besoin. Si ses tâches et compétences ont été conçues de manière différente selon les pays, les objectifs poursuivis restent sensiblement les mêmes. Les objectifs principaux, tel qu'ils ressortent des recommandations européennes, sont de fournir « aide et assistance aux victimes (...) en vue de faire valoir leurs droits auprès des institutions et des tribunaux », d'« être saisi de plaintes et de requêtes (...) et en chercher le règlement, soit par la conciliation à l'amiable, ou, dans les limites fixées par la loi par des décisions juridiquement contraignantes »¹⁰²⁹. L'utilité de ces organes attrait à leur capacité d'assistance, de prise en charge de la victime et de soutien apporté au travail mené par les juridictions judiciaires et donc de suppléer aux carences du dispositif existant. Le rôle préventif de ces organes, de même que leur capacité d'observation et d'analyse, allaient favoriser la mise en place de politiques de promotion de l'égalité et donc, indirectement, de restreindre l'intervention de l'autorité judiciaire.

352. Création de la HALDE en France. La Haute Autorité de Lutte contre les discriminations (HALDE)¹⁰³⁰, récemment intégrée sous le Défenseur des Droits¹⁰³¹ avait

¹⁰²⁹ ECRI, Annexe à la Recommandation générale n° 2 sur les organes spécialisés dans la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance au niveau national du 13 juin 1997, Principe n° 3 (D) et (F).

¹⁰³⁰ V. pour une présentation de la HALDE : GRAEFFLY R., *Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations*, AJDA 2005, n° 17, p. 934; *La Halde, trois ans après sa création*, SSL Act. 2008, n° 1353, p. 2 ; BURNIER F., *La Halde et l'entreprise, pouvoirs et enjeux*, Dr. soc. 2008, n° 11, p. 1042 ; PETTITI C., *La loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Gaz. Pal. 2005, n° 85, p. 2 ; GRENET N., *La Halde, mode d'emploi*, SSL 2007, n° 1317, p. 7.

¹⁰³¹ La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (par la suite HALDE), instaurée en 2004, a fait place en 2011 au Défenseur des Droits. Ce dernier a vocation à regrouper sous une institution unique le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la HALDE et la Commission nationale de déontologie de la sécurité. Cette fusion est issue de la loi organique n° 2011-333 et n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JO 2011, n° 35, p. 5504. Elle est applicable depuis le 1^{er} mai 2011. V. pour une présentation de cette institution : DORD O., *Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés*, AJDA 2011, p. 958 ; MATUTANO E., *Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits*, Dr. adm. 2011, n° 8-9, p. 18. Ce passage a d'ailleurs été critiqué par une partie de la doctrine qui y voit une source d'affaiblissement considérable de l'institution, tout autant qu'une manière de l'écartier d'une problématique considérée comme hétérodoxe. V. notamment : LYON CAEN A.: *Feu la HALDE*, RDT, 2011, p. 1.

donc été conçue autour de trois axes principaux, à savoir le traitement des discriminations, la promotion de l'égalité et la possibilité de faire des recommandations générales aux pouvoirs publics. Ainsi, si chaque Etat avait l'obligation d'instaurer un organisme chargé de promouvoir l'égalité de traitement, chacun disposait néanmoins d'une marge de manœuvre pour définir le rôle et les compétences de cet organisme. Seule la nécessité d'apporter assistance aux victimes, comme le précise la directive Race, importait avant tout¹⁰³². Doté de compétences larges et de pouvoirs conséquents, le Défenseur des Droits est un atout de taille dans le traitement d'une situation discriminatoire.

2) *Un champ d'intervention très large*

353. La compétence matérielle du Défenseur des Droits. L'existence du Défenseur des Droits présente un avantage indéniable, en ce qu'elle facilite la centralisation au sein d'une même institution de tout litige portant sur une discrimination¹⁰³³, quel que soit le critère ou le domaine en présence. Le Défenseur des Droits est ainsi compétent pour « toutes discriminations directes et indirectes prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie »¹⁰³⁴. La largeur de cette définition nous amène au constat que le Défenseur des Droits partage actuellement ses compétences avec le juge pénal sur un certain nombre d'infractions. Mais, en réalité, si sa compétence est large, les pouvoirs d'action, dont il dispose, diffèrent selon l'infraction en question.

354. Compétences communes et pouvoir de sanction commun. Le Défenseur des Droits est compétent relativement à la discrimination sanctionnée par les articles 225-1, 225-

¹⁰³² « Les Etats membres font en sorte que ces organismes aient pour compétence : (...) d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination » : directive n° 2000/43/CE, *préc.*, art. 13.

¹⁰³³ Tous les pays de l'Union européenne n'ont pas fait le choix d'avoir une institution unique compétente pour toutes les discriminations. Ainsi en Belgique, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme est compétent pour tout critère discriminatoire à l'exception de celui du sexe et de la langue. Il coexiste avec l'Institut pour l'égalité entre les femmes et les hommes qui est compétent, quant à lui, uniquement en matière de discrimination sexuelle.

¹⁰³⁴ Loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004, art. 1^{er}. Cette compétence sera reprise en ce qui concerne le Défenseur des droits : cf. loi n° 2011-333 du 29 mars, *préc.*, art. 4. Tombent dès lors dans la compétence de la HALDE, tous comportements discriminatoires prohibés par les articles 225-1, 225-1-1, 225-2, 432-7 du Code pénal, L. 1132-1, L. 1142-1, L. 1142-2, L. 1146-1, L. 2155-5 et L. 2146-2 du Code du travail, l'article 6 de la loi Le Pors, l'article 1^{er} de la loi Mermaz, ainsi que la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, *préc.*

2 et 432-7 du Code pénal¹⁰³⁵, sous les réserves que nous exprimerons ultérieurement. Dorénavant, il sera aussi amené à connaître de la discrimination faisant suite au harcèlement, une infraction qui vient d'être créée à l'article 225-1-1 du Code pénal¹⁰³⁶. Bien que ni la loi relative au harcèlement sexuel, ni sa circulaire d'application ne fassent état de cette compétence, elle nous paraît incontournable pour une raison simple. En effet, à s'en tenir à la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011¹⁰³⁷, son principal pouvoir de sanction, qu'est la transaction, peut être mis en œuvre « lorsqu'il constate des faits constitutifs d'une discrimination sanctionnée par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal »¹⁰³⁸. Peu importe donc l'apparition d'un nouvel article 225-1-1 au sein du Code pénal, son pouvoir transactionnel ne se définit qu'eu égard à la matérialité de l'infraction.

355. *Compétences communes et absence de pouvoirs communs.* Le juge pénal et le Défenseur des Droits ont également en partage les infractions de harcèlement sexuel et de harcèlement moral. Cette compétence trouve appui sur la conception européenne qui assimile le harcèlement à de la discrimination¹⁰³⁹. Néanmoins, le Défenseur des Droits ne dispose à cet égard d'aucun pouvoir répressif propre. Sa faculté de traitement du litige se cantonne à une résolution amiable, exception faite du cas où les faits présentés sont constitutifs des infractions de harcèlement sexuel ou moral. Dans ce dernier cas, il sera tenu à la transmission de la plainte au procureur de la République.

356. *Compétence exclusive du juge pénal.* Il existait parallèlement d'autres infractions que le Défenseur des droits était amené à connaître, de façon totalement exclusive, sans disposer, pour autant, de pouvoirs répressifs. Il en allait ainsi du « harcèlement discriminatoire », défini comme tout agissement lié à l'un des motifs discriminatoires ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité¹⁰⁴⁰. Dès lors quand ce harcèlement était en lien avec l'un de critères discriminatoires prohibés, seul le Défenseur des droits

¹⁰³⁵ De même, entrent dans sa compétence les dispositions pénales trouvant assises dans le Code du travail, tels que les articles L. 1142-1, L. 1142-2, L. 1146-1, L. 2155-5 et L. 2146-2 du Code du travail.

¹⁰³⁶ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 *préc.*, art. 3.

¹⁰³⁷ Cette disposition reprend elle-même les compétences de la HALDE telles que définies par la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004.

¹⁰³⁸ Loi n° 2011-333 du 29 mars 2011, *préc.*, art. 28.

¹⁰³⁹ V. ce point, *supra* n° 235.

¹⁰⁴⁰ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, *préc.*, art. 1^{er}.

restait compétent¹⁰⁴¹ puisqu'il n'y avait pas en droit pénal de « harcèlement discriminatoire »¹⁰⁴². Il n'en va plus de même depuis la création de l'article 225-1-1 du Code pénal.

A l'inverse, reste sous la compétence du juge répressif, l'ensemble des incriminations en lien avec la notion de discrimination et faisant partie intégrante de la politique criminelle de lutte contre les discriminations. Il en va ainsi d'infractions telles que l'injure raciale, la diffamation raciale, la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, ainsi que les crimes de haine.

357. Bilan de la répartition des compétences. La compétence du Défenseur des Droits empiète sur celle du juge pénal, tout en n'étant pas exclusivement régie par les dispositions pénales relatives aux discriminations. Or, la compétence d'autres organismes européens – comme c'est le cas en Belgique - est parfois tributaire des dispositions répressives adoptées en la matière¹⁰⁴³. Dès lors, du point de vue de ce champ de compétences, l'implantation de l'ancienne Halde dans le paysage français s'inscrit dans une perspective de complémentarité. Compte tenu de la largeur de son champ d'intervention, le Défenseur des droits est amené à traiter les discriminations plus du point de vue civil que pénal¹⁰⁴⁴. Mais parce qu'il est aussi susceptible d'avoir connaissance de comportements discriminatoires infractionnels, cette institution est incontournable dans l'amélioration du traitement répressif des discriminations.

358. Cette première appréciation permet uniquement de se rendre compte de l'ampleur des moyens d'action et de sanction existants en matière de discrimination. Si ces moyens ont été construits *a priori* de manière complémentaire, rien n'indique pour autant que cette

¹⁰⁴¹ Le juge civil sera également compétent ; la transposition des directives européennes a abouti à l'intégration de cette même sanction du harcèlement discriminatoire au sein du Code du travail.

¹⁰⁴² L'art. 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 dispose que « la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa (...) et ayant pour objet ou effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Ce comportement est plus communément appelé par la doctrine « harcèlement discriminatoire ».

¹⁰⁴³ Ainsi, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, instauré par la loi du 15 févr. 1993, trouve sa compétence exclusive dans les dispositions résultant de la loi du 30 juillet 1981, modifiée par la loi du 10 mai 2007.

¹⁰⁴⁴ La conception civile de la notion de discrimination fait abstraction de toute exigence d'intentionnalité. Elle permet un traitement plus efficace, puisque la matière civile bénéficie d'un allègement de la charge de la preuve. V. *infra* n° 501 et s.

complémentarité ait une quelconque répercussion relative au traitement des discriminations. Aussi, seule une évaluation quantitative de l'utilisation des voies d'action est susceptible de nous renseigner à cet effet.

§ 2 - Mesures de l'utilisation des différentes voies d'action

359. La mesure de l'utilisation des voies d'action, et par conséquent de la contribution de la voie pénale, s'analyse au regard de la fréquence de ce contentieux (A) mais aussi de son aspect qualitatif (B).

A) Analyse de la fréquence du contentieux

360. Méthodologie. L'analyse quantitative de la fréquence du contentieux relatif aux discriminations tend à mesurer la dynamique de traitement de chaque voie de recours existante. Pour ce faire, nous avons constitué à partir de différentes bases de données un panel de décisions rendues par les différentes juridictions et institutions compétentes en la matière, à savoir la juridiction pénale, sociale et le Défenseur des Droits. Les périodes couvertes varient néanmoins selon l'institution en question, compte tenu de la disproportion en nombre d'affaires existante entre chacune d'elles. De même, le décalage existant dans l'adoption des mesures législatives, ayant eu un impact direct sur leurs compétences respectives, justifie l'absence de similitude entre les différentes périodes couvertes¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁵ En effet, les compétences de chaque juridiction ou institution sont régies par des dispositions qui diffèrent dans le temps. Le contentieux répressif permet de remonter jusqu'à plus de trente années d'existence puisque le point de départ de la répression pénale se situe en 1978, par l'adoption de la loi n° 72-546 du 1^{er} juill. 1972 relative à la lutte contre le racisme, dite loi Pléven. Cette loi est à l'origine de l'instauration de l'infraction de discrimination à l'article 416 de l'ancien Code pénal. Ce que nous dénommons contentieux civil n'a été étudié qu'en ce qui concerne le domaine du travail, à travers la jurisprudence des juridictions sociales. Il a trouvé un essor considérable à la suite de l'adoption de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001. Enfin s'agissant de la HALDE, sa création résulte de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, date à laquelle son activité a réellement démarré.

361. Panel étudié.

	Contentieux pénal	Contentieux social	HALDE
Nombre de décisions	188 ¹⁰⁴⁶	145	s/o ¹⁰⁴⁷
Période couverte	1981 à 2011	Déc. 2008 à déc. 2010	2004-2011
Sources	Dalloz Juris-Classeur Légifrance Lexbase	Juris-Classeur (Lexisnexis)	1. Rapports annuels de la Halde de 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 2. Rapport annuel du Défenseur des droits 2011

Cette mesure permet de faire état d'une tendance de la criminalité légale¹⁰⁴⁸ qu'il nous est impossible de calculer, ni au titre des statistiques policières¹⁰⁴⁹, ni au titre des statistiques judiciaires¹⁰⁵⁰. Elle ne doit donc pas être comprise comme représentative de la réalité du

¹⁰⁴⁶ Il est intéressant de croiser ces données avec les données présentées dans les rapports de la Commission nationale des droits de l'homme qui fournit avec précision les chiffres statistiques du ministère de la Justice. Nous noterons néanmoins que ces statistiques ne portent que sur les infractions à caractère raciste, antireligieux ou antisémite. Ainsi, par exemple, en 2009 ont été enregistrées 428 discriminations raciales avec un taux de réponse pénale de 75,2%, dont 29,7% ont donné lieu à des poursuites pénales. Le rapport précise qu'ont été prononcées, en 2008, 18 condamnations à des peines d'amende : CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2009*, Paris : La Documentation française, 2010, p. 66 à 71.

¹⁰⁴⁷ Compte tenu de l'importance des réclamations traitées annuellement par la HALDE, dont une bonne partie ne porte pas réellement sur des situations de discrimination, le nombre de décisions sera mesuré ultérieurement au cours de nos développements.

¹⁰⁴⁸ Par opposition à la criminalité apparente qui vise à mesurer l'ensemble des faits portés à la connaissance des services de police ou des organes judiciaires de poursuite et à la criminalité réelle qui vise à mesurer la réalité de la criminalité à une période donnée. V. sur cette distinction et sur les statistiques criminelles : GASSIN R., CIMAMONTI S et BONFILS Ph., *Criminologie*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis de droit privé, 2011, p. 144, n° 160 et s.

¹⁰⁴⁹ Les statistiques policières relatives à l'évolution de l'activité des services de police et de gendarmerie, que nous retrouvons publiées sur le site du ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, ne donnent pas de précisions sur les discriminations. Celles-ci sont intégrées dans la catégorie plus générale des atteintes à la dignité humaine, sans qu'il soit possible d'en mesurer la proportion.

¹⁰⁵⁰ Au titre des statistiques de la justice, il existe deux outils de mesure, à savoir les statistiques de la justice et les condamnations. Les statistiques de la justice regroupent la discrimination sous la catégorie des atteintes à la dignité humaine et cette fois encore, il n'est pas possible de mesurer la proportion des discriminations. En ce qui concerne les rapports publiés relatifs aux condamnations prononcées par les juridictions répressives, ceux-ci ne différencient pas les discriminations, des diffamations et des injures. Il n'est donc à nouveau pas possible de mesurer la part respective des discriminations. V. ainsi, Ministère de la Justice et des Libertés, *Les*

contentieux des discriminations¹⁰⁵¹. Afin d'éviter toute confusion, nous étudierons successivement le contentieux judiciaire (1) puis les réclamations traitées par le Défenseur des Droits (2).

1) *Fréquence du contentieux judiciaire*

362. *Un décalage flagrant existant au niveau du contentieux judiciaire.* Il existe une importante disparité entre la fréquence des décisions rendues au niveau de la juridiction pénale par rapport à celles existantes au niveau de la juridiction civile. Ainsi, la mesure de deux années de contentieux social donne un résultat représentatif de 75% des décisions rendues au niveau de la juridiction pénale sur trente ans. Il n'a donc pas été utile de mesurer la quantité des décisions rendues par ces mêmes juridictions sociales sur une période plus longue puisque deux ans de contentieux suffisent à faire apparaître un décalage flagrant.

Si le résultat donne une tendance, il ne permet en rien de comprendre les raisons pour lesquelles le contentieux pénal traite si peu de la problématique de la discrimination. En effet, cette mesure ne permet pas de connaître la proportion des affaires de discrimination pour lesquelles le parquet est saisi, ce qui rend impossible d'apprécier le taux de poursuite existant en la matière. Il importait alors de coupler cette première mesure avec une seconde que nous avons calculée à partir des différentes données, fournies dans les rapports de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)¹⁰⁵², relatives aux discriminations raciales et religieuses et autres crimes de haine. Ces critères de la race et de la religion représentent, comme nous le verrons par la suite, une importante partie des discriminations présentes à l'heure actuelle. A défaut d'autres statistiques exhaustives, l'utilisation de celles tirées des rapports de la CNDCH nous paraît pertinente puisqu'elle

condamnations. Année 2010, Paris : Ministère de la Justice, 2011, disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/>, p. 23 et p. 245.

¹⁰⁵¹ En effet, seules ont été prises en compte les décisions faisant l'objet d'une publication dans les différentes sources de données étudiées.

¹⁰⁵² CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, Paris : La Documentation française Rapports 2005 à 2009. Notons dès à présent, qu'à compter du rapport 2010 de la CNCDH, il ne nous est plus possible de mesurer de la même manière le traitement des discriminations puisque ce rapport ne fait plus qu'état du nombre de condamnations prononcées par les juridictions pénales. Pour éviter toute confusion, notre étude ne prendra en compte que les rapports précités.

nous permet de faire état d'un reflet assez significatif du traitement pénal existant en la matière.

363. Statistiques calculées à partir des rapports de la CNCDH.

		2005	2006	2007	2008
Discriminations	Affaires enregistrées	564	660	556	541
	Taux de réponse pénale ¹⁰⁵³	81%	65%	79%	75%
	Taux de poursuite ¹⁰⁵⁴	41%	33%	37%	28%
	Condamnations ¹⁰⁵⁵	12	7	10	17
Atteintes aux biens aggravées	Affaires enregistrées	365	276	193	138
	Taux de réponse pénale	91%	65%	83%	86%
	Taux de poursuite	74%	41%	37%	55%
	Condamnations	12	50	22	20
Atteintes aux personnes aggravées	Affaires enregistrées	299	393	322	317
	Taux de réponse pénale	79%	70%	91%	72%
	Taux de poursuite	44%	44%	76%	33%
	Condamnations	6	89	79	94
Infractions à la loi sur la presse (condamnations)	Diffamation	11	7	8	5
	Injure	292	371	405	458
	Provocation à la discrimination	86	65	68	78

364. Interprétation des éléments statistiques. Les éléments statistiques présentés nous

¹⁰⁵³ Le taux de réponse pénale correspond « aux affaires effectivement poursuivies rapportées au nombre d'affaires poursuivables ». Sont considérées comme des affaires poursuivables, celles qui remplissent les conditions de droit et de fait permettant l'exercice des poursuites pénales. Notons enfin que la réponse pénale comprend à la fois la mise en œuvre des poursuites pénales classiques et le recours aux alternatives aux poursuites : CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2008*, Paris : La Documentation française, 2009, p. 63.

¹⁰⁵⁴ Le taux de poursuite « correspond au nombre d'affaires ayant fait l'objet d'une poursuite pénale au sens strict, à l'exclusion de tout recours à la troisième voie », *ibid*, p. 63.

¹⁰⁵⁵ Notons qu'il existe, dans chaque rapport, un décalage entre les condamnations qui sont comptabilisées au titre de l'année N-1, les affaires enregistrées ainsi que les différents taux qui sont comptabilisés au titre de l'année N.

permettent d'avancer différentes pistes de réflexion. Tout d'abord, si l'on s'intéresse uniquement aux chiffres relatifs à l'infraction de discrimination, le petit nombre d'affaires pour lesquelles la juridiction pénale est saisie indique que la victime rencontre encore des difficultés à se tourner vers la juridiction pénale. Ensuite, on observe un net décalage existant entre le nombre d'affaires transmises au parquet et le nombre de condamnations, ce qui laisse entendre que la phase de traitement se complexifie à partir du moment où elle entre dans la voie judiciaire. La part des affaires poursuivables, c'est-à-dire réunissant les conditions de droit requises pour être poursuivies, est importante si bien que ni la qualification, ni l'identification de l'auteur, ni les autres conditions requises à cet effet, forment un réel obstacle aux poursuites.

En réalité, c'est davantage au niveau du traitement pénal existant pour chacune de ces affaires que s'observe un décalage. Ainsi, si le taux de réponse pénale reste toujours assez élevé, le taux de poursuite, quant à lui, est beaucoup plus bas. Si l'on prend, par exemple, les chiffres de l'année 2007, on obtient une réponse pénale pour 439 affaires et des poursuites pour 162 affaires mais seulement 17 condamnations. Cela laisse supposer d'une part, qu'une partie considérable des affaires traitées fait l'objet d'alternatives aux poursuites, d'un simple rappel à la loi ou d'un classement sous condition et d'autre part, en présence de poursuites, que les chances de condamnation restent faibles. Ces tendances peuvent s'expliquer en grande partie par les difficultés probatoires existantes. Il apparaît, en effet, peu probable que le choix de recourir à la troisième voie soit motivé par la faible gravité de l'atteinte puisque nous sommes en présence de discrimination raciale.

L'étude des autres infractions dites à caractère raciste nous conforte dans ce postulat d'un traitement des discriminations ralenti par des difficultés probatoires conséquentes. Ainsi, toute proportion gardée, si les atteintes à caractère raciste sont quantitativement plus faibles, elles donnent lieu à un nombre de condamnations plus important. Or, comme nous l'avions relevé précédemment, ces atteintes sont souvent revendiquées ou parfaitement assumées. De plus, la circonstance aggravante relative au critère de la race exige une objectivisation du comportement à travers un propos, un écrit, une image, un objet ou autres actes de nature à

porter atteinte à la considération de la victime¹⁰⁵⁶. L'élément moral étant, de ce fait, largement moins difficile à prouver, il est donc logique que le nombre de condamnations s'en ressente.

365. L'efficacité répressive est donc principalement freinée en ce qui concerne la discrimination alors que parallèlement elle conserve une bonne capacité de traitement des infractions dites discriminatoires. Reste alors à savoir si la création de la HALDE a permis d'améliorer le traitement des discriminations.

2) *Fréquence des réclamations du Défenseur des droits*

366. *Traitement des discriminations par le Défenseur des Droits.* Le traitement des réclamations par le Défenseur des Droits est particulièrement conséquent en comparaison du traitement pénal. Mais, pour apprécier avec exactitude la réalité de ce traitement, il importe de respecter une démarche similaire quelles que soient la juridiction ou l'institution en question. Il convient, à partir du nombre de réclamations portées devant la HALDE¹⁰⁵⁷, de mesurer celles qui ont fait l'objet d'un traitement approfondi et celles qui n'en ont pas fait l'objet¹⁰⁵⁸.

	2008	2009	2010
Nombre de réclamations portées	6414	10734	37336
Réclamations rejetées, abandonnées ou réorientées	5412	8982	31678

¹⁰⁵⁶ *C. pén.*, art. 132-76 et 132-77.

¹⁰⁵⁷ Nous n'utiliserons volontairement pas le premier rapport 2011 rendu par le Défenseur des droits. Celui-ci ne fait état que du nombre de réclamations portées devant lui et ne nous permet donc pas de mesurer les réclamations rejetées, abandonnées ou réorientées. V. en effet, Le Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, Paris : Le Défenseur des Droits, p. 104.

¹⁰⁵⁸ Ces données ont été établies à partir des rapports de l'ancienne HALDE : *Rapports d'activités de 2008 à 2010*. Les rapports précédents ne nous permettent pas de définir avec exactitude le nombre de réclamations rejetées et réorientées.

Réclamations rejetées après enquête	460	795	4882
Réclamations aboutissant à une mesure¹⁰⁵⁹	542 (278) ¹⁰⁶⁰	957 (412)	776 (279)

367. Interprétation des éléments statistiques. L'analyse des données tirées de l'activité de l'ancienne Halde permet de mettre en avant deux tendances. Si nous partons du constat qu'il existe là encore un décalage considérable entre le nombre de réclamations portées devant cette institution et le nombre d'affaires faisant l'objet d'une mesure, il est possible d'affirmer, cette fois encore, que la difficulté de prouver la discrimination dénoncée par la victime ne permet pas toujours d'assurer à la réclamation une issue favorable. Ainsi, le nombre de réclamations rejetées après enquête ou instruction laisse penser que les faits sont, à la suite d'une première évaluation, constitutifs d'une discrimination mais qu'il manque des éléments pour pouvoir poursuivre vers un traitement plus approfondi.

Ce décalage indique aussi la particulière méconnaissance de la notion de discrimination par la victime. Ainsi, si l'importante augmentation des saisines indique que l'accès au droit de la victime s'est considérablement amélioré, le nombre de rejets ou de réorientations suppose qu'une bonne partie de ces saisines portent plus sur un sentiment de discrimination que sur une réalité discriminatoire.

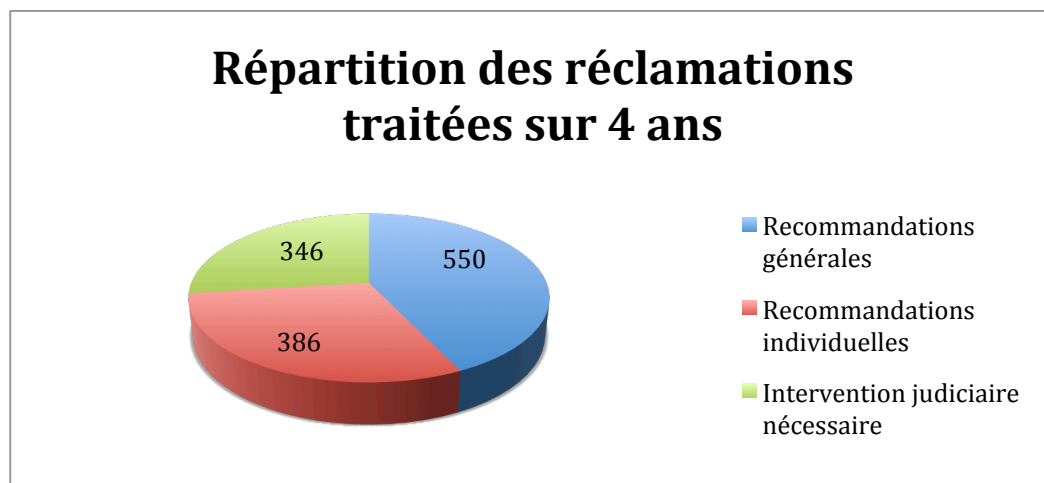
Enfin, ces mesures doivent être encore relativisées en considération d'un dernier point, à savoir que le Défenseur des Droits n'est pas uniquement compétent en matière de traitement des comportements discriminatoires. En effet, il dispose, de surcroît, de la faculté d'émettre toute recommandation portant sur une éventuelle réglementation contraire au principe de non-discrimination. Cette faculté, qui contribue indéniablement à l'avancement de la politique de lutte contre les discriminations, amène un travail considérable à l'autorité mais tend, parallèlement, à diminuer sa capacité de traitement des situations discriminatoires.

¹⁰⁵⁹ Cette mesure pourra principalement consister en une transmission au parquet, un rappel à la loi, des bons offices et règlements amiables ou en une délibération du Collège.

¹⁰⁶⁰ Les chiffres indiqués entre parenthèses indiquent le nombre de réclamations ayant fait l'objet d'une délibération du collège du Défenseur des Droits.

Cette donnée doit donc être déduite des mesures que nous venons de présenter, ce pour assurer la comparabilité du traitement des discriminations entre chaque institution.

368. Répartition des réclamations traitées par la HALDE. Eu égard aux précisions que nous venons d'apporter, la répartition des réclamations traitées par la HALDE se présente telle que :



Si l'on peut se féliciter du travail mené par la Halde en ce qu'il permet d'assurer une prise en charge des victimes considérable, il convient néanmoins de ne pas surestimer le potentiel de cette institution. A défaut d'assurer à cette institution un développement en termes de ressources humaines et financières, elle ne pourra plus être en mesure de traiter plus d'affaires que ce que ces moyens lui permettent. Ainsi, si le nombre de réclamations augmente considérablement, le nombre de mesures et de délibérations qui ont été prises par la HALDE est resté stagnant. Les inquiétudes suscitées par la fusion de la HALDE au sein du Défenseur des droits sont difficilement vérifiables, compte tenu du caractère récent de cette institution. Le premier rapport du Défenseur des Droits fait état d'une baisse de 34,7 % du nombre de réclamations traitées, sans que ce chiffre ne soit forcément significatif¹⁰⁶¹. La perte de visibilité de l'institution qu'était la HALDE est une explication potentielle de cette diminution. En tout état de cause, l'enjeu de cette institution ne sera pas de traiter plus mais de traiter encore plus efficacement en favorisant la coordination devant exister entre cette

¹⁰⁶¹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, préc.*

dernière et les autres acteurs compétents en matière de traitement des discriminations.

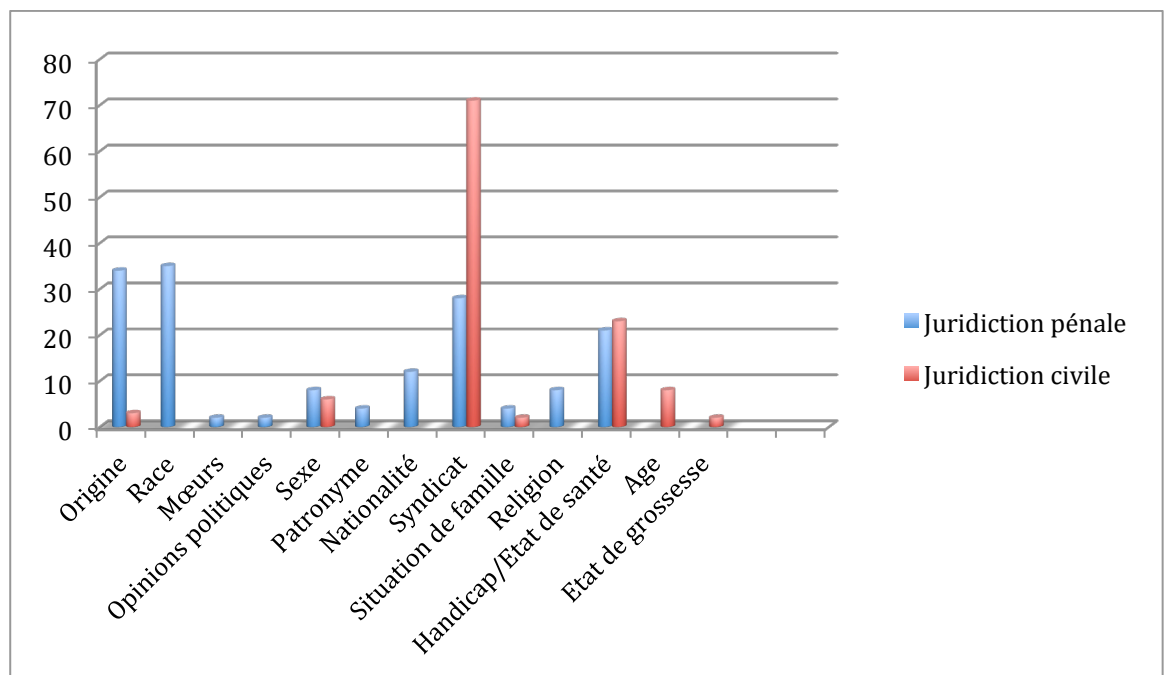
369. Ces premiers résultats permettent de rendre compte d'une répartition quantitative du contentieux. Ils ne renseignent en rien sur la répartition qualitative de ce contentieux, c'est-à-dire relative aux types de discrimination traités.

B) Analyse de la nature du contentieux

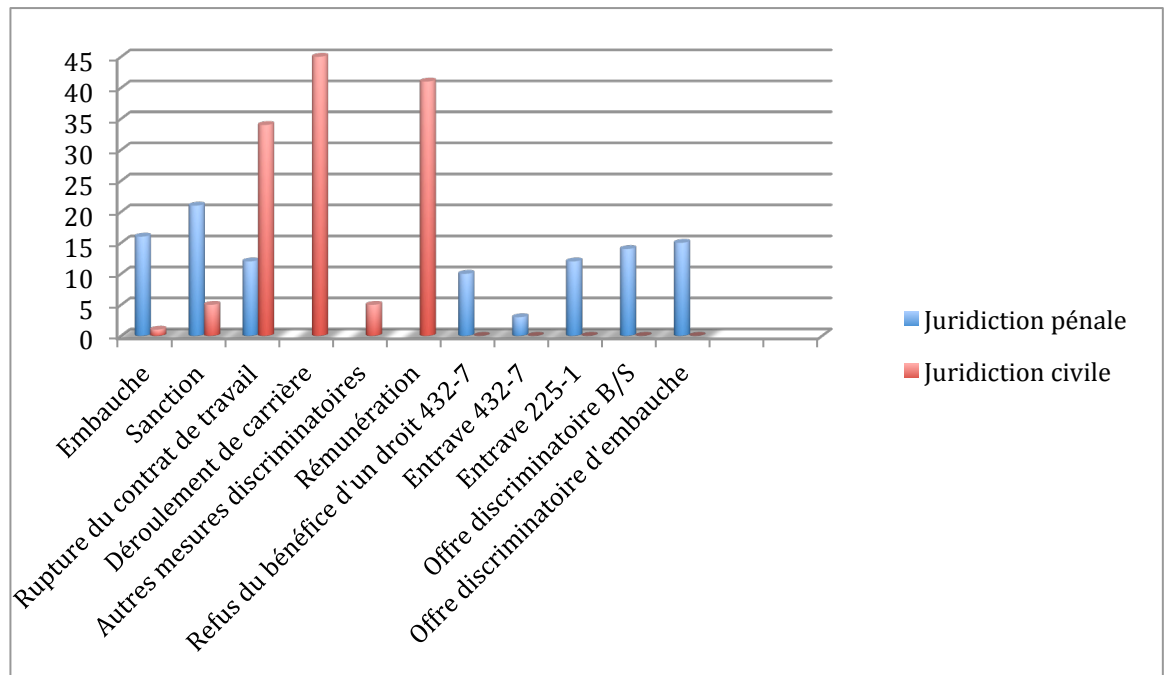
370. Nous envisagerons successivement le contentieux traité par les juridictions judiciaires (1) puis les réclamations traitées par le Défenseur des Droits (2).

1) Les juridictions judiciaires

371. Critères discriminatoires.



372. *Champ d'application*¹⁰⁶².



373. *Typologie de la victime de discrimination dans le contentieux judiciaire.* C'est ainsi sans surprise que l'on constatera que la catégorie de victimes qui s'engage le plus aisément dans la voie du contentieux judiciaire est bien souvent une victime de discrimination syndicale. La raison en est simple, ces victimes ont une meilleure connaissance de la sphère juridique et bénéficient assez largement du soutien du syndicat auquel elles se rattachent. Elles n'hésitent donc pas à saisir le juge afin que leur cause soit entendue. Parallèlement, ce sont les critères du handicap ou de l'état de santé qui figurent parmi les critères les plus invoqués que ce soit au titre de la juridiction civile ou pénale. En réalité, les discriminations subies par ces victimes portent bien souvent sur des cas où les comportements discriminatoires sont flagrants ou très apparents, ce qui motive la victime à saisir la juridiction judiciaire. Ce constat vaut tout autant en ce qui concerne le critère de la race ou de l'origine où l'atteinte particulièrement violente subie par la victime l'engage à

¹⁰⁶² La catégorie « autres mesures discriminatoires » porte sur des mesures discriminatoires qui ne sont ni relatives à l'évolution de carrière, ni à la rémunération. Tel est le cas, par exemple, du contentieux dans lequel la partie estime discriminatoire, la demande de changement de prénom imposé par son employeur ou encore du contentieux portant sur l'application d'une convention collective.

faire appel à la juridiction pénale.

L'absence de représentativité de certains critères au niveau de la juridiction pénale laisse, à l'inverse, supposer que certaines victimes n'identifient pas suffisamment la gravité de l'atteinte qui leur a été causée, que ce soit par absence de connaissance de l'existence d'une voie pénale ou par jugement personnel. Ces facteurs peuvent les conduire à se tourner vers d'autres institutions dont le traitement proposé leur apparaîtra plus opportun. Du reste, il est également possible qu'en dépit de cette gravité, certaines victimes soient réfractaires à la saisine de la juridiction pénale. Cela expliquerait, par exemple, l'absence de représentativité du critère de l'orientation sexuelle qui, parce qu'il touche directement à la vie privée de la victime, peut l'amener à privilégier une voie de recours plus anonyme et plus discrète. Paradoxalement, on s'étonnera, au niveau de la juridiction civile, du faible traitement des discriminations raciales et sexuelles, alors même qu'il s'agit pourtant d'une des problématiques les plus récurrentes en ce domaine là¹⁰⁶³.

374. Typologie de l'acte de discrimination. Les disparités constatées, quand on s'intéresse au champ matériel des discriminations, appellent des constats plus limités, étant entendu que la compétence des juridictions est conditionnée par la définition matérielle des discriminations qu'elles peuvent traiter. Il est donc dans une certaine mesure logique que le contentieux pénal soit privilégié s'agissant de discriminations portant sur des refus de bien et de service et que son impact, au niveau des discriminations commises dans l'emploi soit plus limité. Par contre, il est intéressant de noter que le contentieux civil traite essentiellement de litiges mettant en cause des mesures discriminatoires¹⁰⁶⁴ liées à des disparités de

¹⁰⁶³ C'est au niveau du contentieux civil que nous retrouvons le moins de critères. Les critères évoqués sont des critères visibles qui, d'une manière ou d'une autre, sont portés à la connaissance de l'employeur au cours de la carrière du salarié. L'absence de certains critères, dans ce contentieux, peut s'expliquer de deux manières. Tout d'abord, un certain nombre de critères relèvent de la vie privée, si bien que l'employeur n'en aura pas forcément connaissance. Il en va ainsi des opinions politiques, des convictions religieuses, des mœurs etc. Ensuite, certains critères doivent être considérés comme résiduels car ils sont intimement liés à d'autres. Or, ces derniers sont plus souvent privilégiés en raison de la portée qui leur est rattachée. Tel est le cas de l'apparence physique ou du patronyme où l'on retiendra plus facilement et plus directement le critère de l'origine.

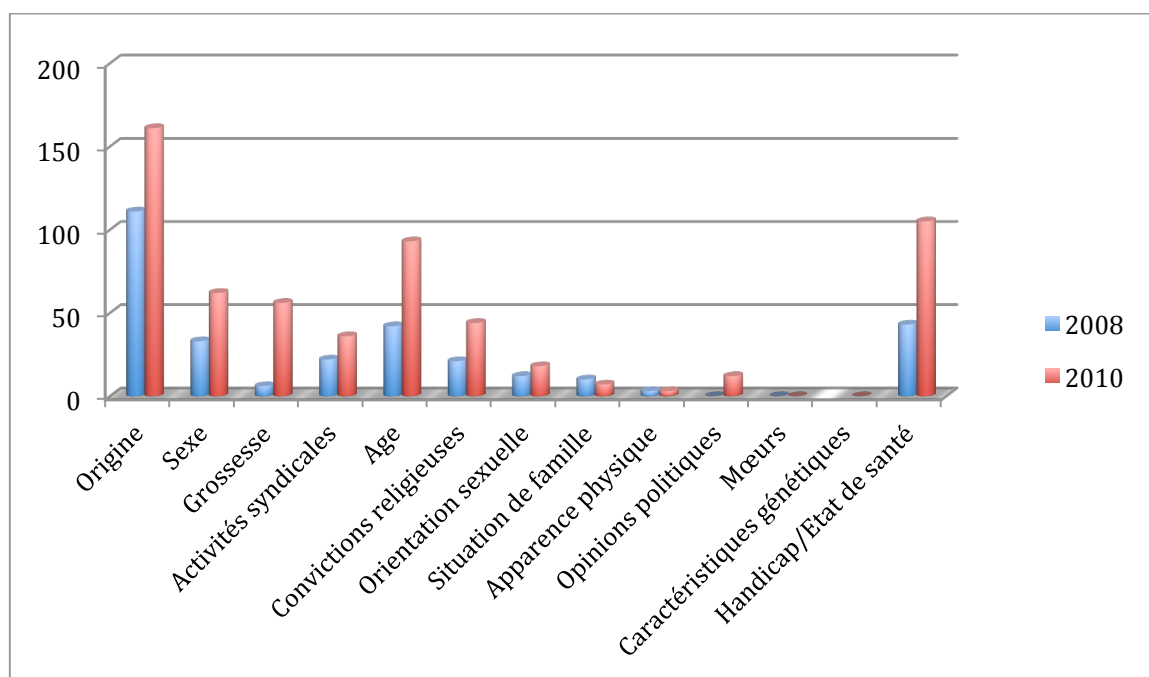
¹⁰⁶⁴ S'agissant du contentieux civil, nous recensons 91 affaires portant sur des mesures discriminatoires et 152 réclamations portées devant la HALDE pour l'année 2009. A l'inverse, au niveau du recrutement, nous ne recensons que 28 réclamations pour la même année.

rémunération ou à des ralentissements de carrière¹⁰⁶⁵. A l'inverse, le recrutement¹⁰⁶⁶ représente toujours la part la plus faible du traitement judiciaire quel qu'il soit, alors même qu'il s'agit d'une des difficultés centrales de la problématique des discriminations¹⁰⁶⁷.

375. Si nous pouvons donc faire état de premières tendances, celles-ci ne peuvent, en toute hypothèse, faire l'objet d'interprétation à défaut de l'étude des réclamations traitées par le Défenseur des Droits.

2) Les réclamations traitées par le Défenseur des Droits¹⁰⁶⁸

376. Critères discriminatoires.



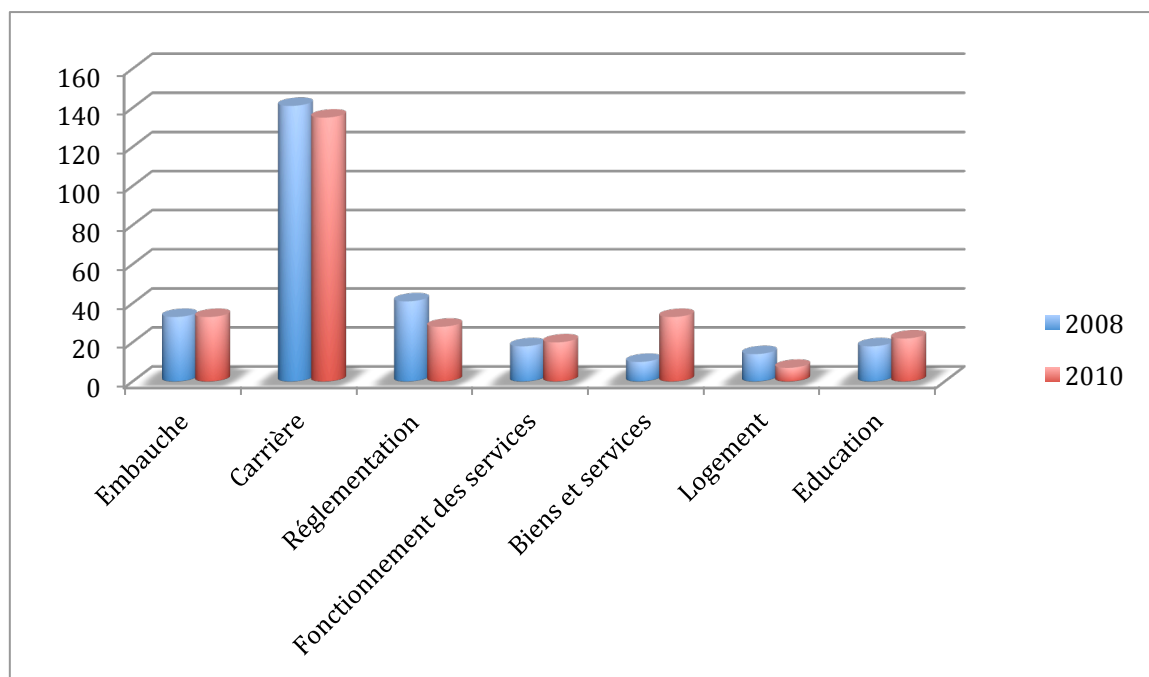
¹⁰⁶⁵ Dans ce dernier cas, le litige porte également sur la question de la rémunération salariale.

¹⁰⁶⁶ La sanction des discriminations prévue par l'article L. 1132- 1 du Code du travail porte notamment sur la phase de recrutement. Néanmoins, cette phase étant antérieure à la conclusion du contrat de travail, le contentieux relatif au recrutement discriminatoire relève du tribunal de grande instance.

¹⁰⁶⁷ Le seul cas recensé porte sur la rupture d'une période d'essai : CA Toulouse, 20 mai 2009, n°08/02015.

¹⁰⁶⁸ Afin d'assurer une comparabilité similaire à notre étude, nos graphiques portent sur le nombre de réclamations ayant fait l'objet d'une délibération du Défenseur des Droits et non pas sur le nombre de réclamations pour lesquelles il a été saisi.

377. *Champ d'application.*



378. *Typologie de la victime.* Compte tenu des critères discriminatoires sur lesquels portent les réclamations, il apparaît que la victime porte son action plus aisément devant la HALDE que devant l'autorité judiciaire. La réalité des comportements discriminatoires est donc mieux retranscrite par l'activité de la HALDE que par celle de l'autorité judiciaire. L'étude des pratiques discriminatoires laisse penser qu'il y a, d'une part, des critères majoritaires, d'autre part des critères minoritaires. Les critères majoritaires représentent, à chaque fois en moyenne 75% du contentieux des discriminations alors que les critères minoritaires sont plus résiduels bien qu'en progression constante. L'institution paraît donc plus accessible à la victime qui l'identifie réellement comme une voie de résolution de son litige et il en va ainsi particulièrement pour des critères comme le sexe, l'âge, l'état de grossesse ou encore l'orientation sexuelle. L'absence de représentativité de certains critères indique donc la quasi-désuétude dans laquelle ils sont tombés. Ainsi, le critère du patronyme apparaît quasiment inopportun en raison de la possibilité de sanctionner les discriminations qui s'y rattachent par le recours à d'autres critères tels que l'origine, la race ou la religion.

379. *Typologie de l'acte discriminatoire.* L'acte discriminatoire apparaît, lui aussi, plus

homogène en comparaison de celui traité au niveau du contentieux des juridictions judiciaires, exception faite des discriminations portant sur le déroulement de carrière. Celui-ci fait l'objet d'une saisine quasiment équivalente de la juridiction sociale ou de la HALDE. A l'inverse, les tendances mesurées confortent la carence existante relativement au traitement des discriminations ayant trait au recrutement¹⁰⁶⁹. Pour se rendre compte de la difficulté inhérente à ce type de réclamation, il suffit de comparer l'écart existant entre le nombre de réclamations portées devant la HALDE et celui des réclamations donnant lieu à une délibération. Ainsi pour l'année 2009, nous passons de 1279 réclamations à seulement 28 ayant donné lieu à une délibération.

Si les données recensées ne permettent de rendre compte du nombre de cas de discriminations indirectes traitées annuellement par la HALDE, la question mérite que l'on s'y intéresse. La discrimination indirecte, à défaut d'exiger un élément intentionnel pour sa constitution, n'intéresse pas le droit pénal. Cette notion au service de l'égalité réelle dispose d'un potentiel certain mais insuffisamment exploité. Les différents rapports de la HALDE font état des quelques cas de discrimination indirecte rencontrés, mais il n'est pas possible de mesurer réellement la part des pratiques discriminatoires indirectes traitées par cette institution¹⁰⁷⁰. Elle est en toute hypothèse très résiduelle¹⁰⁷¹, en ce qui concerne les litiges portés devant les juridictions sociales. Ceci nous laisse penser que subsistent encore des difficultés dans l'appréhension de cette notion du point de vue des juridictions.

¹⁰⁶⁹ Nous notons, par ailleurs, qu'aucune référence n'est faite à cette problématique dans l'étude juridique figurant dans son rapport d'activité 2006. Il va de soi, qu'en la matière, la HALDE privilégie davantage la sensibilisation et l'accompagnement afin de diminuer la récurrence des pratiques discriminatoires dans le recrutement.

¹⁰⁷⁰ Le critère de l'âge a été un terrain favorable pour la sanction des discriminations indirectes. C'est ainsi qu'elle s'est intéressée à la question des limites d'âge existantes au niveau de la fonction publique. Certaines de ces limites ont, par la suite, été supprimées. V. HALDE, *Rapport d'activité 2009, préc.*, p. 57. V. pour des exemples de discriminations indirectes: Délib. n° 2009-404 du 14 déc. 2009, Délib. n° 207-156 du 18 juin 2007, Délib. n° 2009-347 du 5 oct. 2009. V. en ce qui concerne l'exigence de diplômes qui aboutissait à discriminer indirectement les personnes en fonction de leur origine : Délib. n° 2009-140 du 30 mars 2009.

¹⁰⁷¹ Pour les décisions relatives à des discriminations indirectes, v. notamment : Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 07-43.945 ; CA Poitiers, 17 févr. 2009, n° 08/00461. Ce dernier arrêt est lui même en lien avec la délibération de la HALDE n° 2006-20 du 6 févr. 2006.

Section 2 – Facteurs d’influence dans l’utilisation des voies d’action

380. A partir du moment où la victime est la principale source d’information quant à la commission d’un délit de discrimination¹⁰⁷², la question de son accessibilité au droit doit donc être appréhendée avec un intérêt tout particulier. Il s’avère, en effet, que sa prise en charge est très problématique compte tenu des différents obstacles qu’elle rencontre encore à l’heure actuelle tout au long de son parcours judiciaire (§1). La présence d’un accompagnement cohérent et structuré de la victime est donc particulièrement importante pour se prémunir d’une prise en charge inadéquate ou insuffisante (§2).

§ 1 - L’accès au droit de la victime de discrimination

381. L’accès au droit de la victime de discrimination dépend pour l’essentiel de deux facteurs. D’une part, la logique veut que la dénonciation d’une discrimination suppose préalablement que la victime soit en mesure de qualifier l’atteinte qu’elle a subie (A). D’autre part, son choix est nécessairement conditionné par un certain nombre de contraintes, inhérentes à l’action, qui sont susceptibles de l’influencer (B).

A) Connaissance de la victime et discrimination

382. *L’accès au droit de la victime, une problématique incontournable.* S’interrogeant sur les causes de l’ineffectivité du droit pénal en matière de lutte contre le racisme, Monsieur MASSIAS notait que « la raison majeure de l’ineffectivité tient selon un constat unanime à la mauvaise qualité de la relation à la victime directe du racisme. C’est pourquoi certains ont

¹⁰⁷² L’hypothèse du constat d’une discrimination à l’occasion d’une enquête de flagrance, bien qu’envisageable, reste somme toute assez rare, compte tenu de la discrétion du comportement ou de sa commission dans un cadre très privé. De même, la dénonciation d’un témoin effectuée directement auprès du procureur de la République est une hypothèse peu fréquente, en raison des craintes éprouvées par ces témoins de subir des rétorsions consécutives à cette dénonciation. La protection contre les rétorsions prévues par l’article L. 1132-3 du Code du travail, applicable aux discriminations commises dans le domaine de l’emploi, devrait néanmoins faciliter ces dénonciations. L’absence d’études actuelles portant sur les origines de la dénonciation des comportements discriminatoires ne permet pas de se prononcer sur l’efficacité de cette mesure.

pu en conclure qu'il valait mieux privilégier le réseau des sanctions civiles, réseau "naturel" de la victime »¹⁰⁷³. Mais, pour écarter cet argument, l'auteur ne manque pas de rappeler qu'en présence de manifestations racistes, ce n'est plus la victime qui est seule concernée, c'est l'ordre public tout entier. Pourtant, tout commence nécessairement au niveau de la victime puisqu'en matière de discrimination, seule cette dernière est susceptible de nous renseigner sur l'existence de comportements discriminatoires. Il importe donc de se placer à son niveau pour mieux comprendre comment fonctionne l'utilisation des voies d'action.

L'accès au droit d'une victime doit être différencié d'une autre notion avec laquelle elle entretient des liens ténus et à laquelle on fait plus communément référence, à savoir l'accès à la justice. L'accès à la justice est classiquement entendu comme la faculté de saisir le juge afin que sa prétention soit entendue par ce dernier. Mais, l'accès à la justice s'intéresse aussi à la question des mesures mises en œuvre aux fins d'en faciliter l'exercice et visant à supprimer les obstacles financiers, juridiques ou propres à la situation du demandeur qui entacheraient ce droit. L'accès à la justice se situe dans la continuité logique de l'accès au droit, car il n'y a pas d'accès à la justice si préalablement la victime ne connaît pas l'étendue, ne serait-ce au moins de manière vague ou abstraite, de ces droits. C'est à cette idée là que correspond l'accès au droit. Concrètement, il s'agit d'informer la victime potentielle de l'existence de ses droits, de lui indiquer les voies d'action existantes et de l'assister dans les démarches à effectuer pour ce faire. « Le défi n'est pas uniquement de rendre la justice plus commode d'accès, plus compréhensible, (...) : il s'agit d'y rendre le droit plus présent (...), et d'essayer de le repositionner en tant que ressource concrète pour les habitants »¹⁰⁷⁴.

383. L'étape préalable, le ressenti de la victime. Le point de départ de l'action de la victime ne commence pas, comme on serait tenté de le croire, par la qualification de l'atteinte subie car la victime n'est pas forcément en mesure de le faire. En réalité, cette qualification succède à l'étape préalable qu'est le ressenti de la victime. Si la victime n'est pas toujours capable de confronter une règle de droit à l'acte qui lui a porté atteinte, elle reste pleinement consciente de la profonde injustice qu'elle vient de subir. Il faut pourtant garder à l'idée que le ressenti ne se confond pas avec le vécu, car si ce dernier renvoie à une

¹⁰⁷³ MASSIAS F., *Faut-il pénaliser le racisme*, loc. cit., p. 611.

¹⁰⁷⁴ V. sur cette distinction : PEYRAT D., *La politique judiciaire de la ville*, Gaz. Pal. 2000, n° 88, p. 8.

appréciation objective de la situation, le ressenti appartient au subjectif et s'exprime par le biais du soupçon et du doute¹⁰⁷⁵. La discrimination existe dans l'esprit de la victime quand celle-ci perçoit le comportement en question comme injuste.

Ainsi les recherches menées en psychologie sociale, sur la perception des victimes des décisions prises dans le domaine de l'emploi, permettent de constater que la victime considère la décision comme juste en présence de deux critères. D'une part, il est nécessaire que la décision réponde à une exigence d'équité – une juste rétribution – et d'autre part, il importe que la procédure utilisée au cours du processus décisionnel soit juste aux yeux de la victime, même si elle ne lui est pas nécessairement favorable¹⁰⁷⁶. Ce ressenti est donc subjectif puisqu'il est propre à la victime, et sa fonction principale porte sur sa capacité à octroyer à la personne concernée le statut psychologique de « victime ».

384. *Besoin de reconnaissance et action de la victime.* Il va de soi qu'à partir du moment où chaque victime est animée d'un besoin de reconnaissance, l'écoute et la prise en considération de la victime constituent une étape particulièrement importante de son accompagnement. Pour autant, seule l'action judiciaire, par la condamnation de l'auteur de l'atteinte, peut conforter la reconnaissance de sa qualité de victime¹⁰⁷⁷. C'est donc ce besoin de reconnaissance qui va impulser l'action de la victime, car seule cette reconnaissance est susceptible de la rendre à nouveau visible aux yeux de la société¹⁰⁷⁸. La discrimination emporte des conséquences psychologiques lourdes, allant du dénigrement à l'auto-victimisation et l'enjeu d'un traitement juridique est donc particulièrement important. Mais la capacité d'action de la victime est contingente des connaissances dont elle dispose dans le domaine juridique et l'enjeu est de taille car comme le notait lui-même Monsieur le

¹⁰⁷⁵ GIP ARIFOR, *Du ressenti au vécu des discriminations par les victimes*, Synthèse du colloque régional tenu les 23 oct. 2007 à Chaumont, le 25 oct. 2007 à Charleville-Mézières, le 13 nov. 2007 à Troyes et le 22 nov. 2007 à Reims Châlons-en-Champagne, 2007, disponible sur : <http://www.discriminations-egalite-champagneardenne.fr>, p. 7 et p. 15.

¹⁰⁷⁶ STEINER D., Les perceptions de justice comme mécanisme pour comprendre et combattre les discriminations dans l'emploi in AFPA/INOIP, *Exclusions et discriminations : comprendre et agir*, Actes du colloque AFPA/INOIP du 16 et 17 nov. 2006, 2006, disponible sur : webtv.afpa.fr/fichiers/open/8321, p. 91 et s.

¹⁰⁷⁷ V. sur cette distinction entre victime psychologique et victime juridique : DHUME F., *Comment penser l'action avec les victimes de discrimination ?* in GIP ARIFOR, *op cit.*, p. 16.

¹⁰⁷⁸ AUDET J. et KATZ J-F., *Précis de victimologie générale*, 2^{ème} éd., Paris : Dunod, Coll. Psychothérapies, 2006, p. 464.

Professeur CARIO « la reconnaissance suppose tout d'abord le droit d'accéder au droit. A défaut, de nombreuses victimes demeurent méconnues, voire inconnues »¹⁰⁷⁹.

385. *Connaissance et action de la victime.* Dans le meilleur des cas, la victime connaît la règle de droit, est en mesure d'apprécier sa violation et sait à qui s'adresser pour obtenir la sanction de cette violation ou sa réparation. A l'inverse, il est aussi possible que la victime ne soit pas en mesure de déterminer avec exactitude la violation qu'elle a subie et, de surcroît, qu'elle ne sache pas de quelle manière procéder. La démarche est d'emblée moins évidente. Aussi, l'action de la victime est nécessairement tributaire de la visibilité de l'infraction en question, c'est-à-dire des informations et connaissances diffusées au profit du profane, relativement à l'atteinte qu'il a subie, et qui permettront que sa réaction ne soit pas entravée. S'il va de soi que le vol ou les violences sont des atteintes qui, de manière précoce, sont parfaitement intériorisées dans l'esprit du profane, il n'en va pas de même en ce qui concerne la discrimination.

En effet en 2006, la notoriété de la législation anti-discrimination était encore très faible et on estimait que seuls quatre citoyens sur dix savaient que la législation interdisait les critères de l'origine ethnique, du handicap, de la religion, de l'âge, du sexe et de l'orientation sexuelle. Au final, seuls 29% des Français affirmaient connaître leurs droits en cas de discrimination commise à leur encontre¹⁰⁸⁰ et parallèlement 16% des Français s'estimaient avoir été victimes de discrimination¹⁰⁸¹. Précisons que ces mesures n'indiquent ni la proportion de français victimes, ni celle de personnes en situation de connaissance de leurs droits. Aussi, ces mesures doivent nous rendre particulièrement attentifs au fait que la présence soutenue d'acteurs de proximité dans l'accompagnement des victimes constitue encore un enjeu actuel de la lutte contre les discriminations. Le savoir juridique s'acquiert et ne s'improvise guère ; si les mécanismes de connaissance du droit sont insuffisants, l'action

¹⁰⁷⁹ CARIO R., *Victimologie, op. cit.*, p. 174.

¹⁰⁸⁰ Commission européenne, *La discrimination dans l'Union européenne*, Eurobaromètre spécial n° 263, Bruxelles : Commission européenne, janv. 2007, p. 27-28. Ce chiffre passe à 38% en 2009 : v. *Discrimination dans l'UE en 2009*, Rapport Eurobaromètre spécial n° 317, Bruxelles : Commission européenne, nov. 2009, p. 38. En dépit de la persistance des méconnaissances relatives au phénomène discriminatoire, la comparaison de ces chiffres rend compte de manière positive de l'efficacité des nombreuses campagnes menées en la matière depuis ces dernières années.

¹⁰⁸¹ Commission européenne, *La discrimination dans l'Union européenne : Perceptions, expériences et attitudes*, Eurobaromètre spécial n° 296, Bruxelles : Commission européenne, juill. 2008, p. 15.

en faveur de la sanction d'une discrimination va dépendre essentiellement de la volonté de la victime d'aller à la rencontre de ceux qui sont susceptibles de lui porter assistance et conseil.

386. Choix de la victime et écueils éventuels. La victime dispose ainsi de trois alternatives principales : elle porte plainte auprès des services de police ou directement auprès du procureur de la République, elle saisit le Défenseur des Droits ou enfin, elle se dirige vers une structure de proximité, type association ou autre organisme. Chacune de ces alternatives comporte un certain nombre d'écueils.

Les services de police sont confrontés à des difficultés d'ordre structurel et juridique. La prise en charge policière a d'abord essuyé un retard considérable, après avoir refusé pendant un certain temps de prendre les plaintes¹⁰⁸² pour discrimination, qui passaient alors sous main-courante. Si cette pratique n'est plus au goût du jour, la prise de plainte au niveau des services de police rencontre encore des difficultés. Les propos étant bien souvent peu étayés par des faits matériels, la plainte est en substance vide, abstraction faite du ressenti de la victime qui constitue parfois le seul point de départ de l'enquête préliminaire. Parallèlement, le déficit de formation de services de police qui perçoivent encore la question de la discrimination dans une logique d'affrontement¹⁰⁸³, associé à des contraintes structurelles de gestion des plaintes impactent nécessairement sur le succès des démarches de la victime. Aussi, l'inaboutissement de l'enquête policière contribue à donner à la victime le sentiment d'un désintéressement de l'institution à l'égard de sa plainte, alors même que cet échec peut être dû à des causes objectives extérieures à la victime. Ce facteur renforce de ce fait le découragement de la victime. Parallèlement, le positionnement de la victime à l'égard de l'institution policière entrave également les démarches instaurées en faveur de l'amélioration de la prise en charge de ces victimes par les services de police. Si cette affirmation ne doit pas faire l'objet d'une généralisation abusive, il n'en demeure pas moins que cette logique de

¹⁰⁸² Cette obligation a pourtant été édictée par l'article 15-3 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁸³ DHUME F. et AZEMAR J. rapportent ainsi dans le cadre de leur synthèse sur les formations de sensibilisation aux discriminations conduites auprès de l'école nationale de police qu'« un support vidéo utilisé avec les deux premières promotions, qui présente des paroles de personnes victimes de discriminations et à l'égard desquelles la police n'a pas pris leur plainte, a suscité de vives réactions, comme si cela agressait *en soi* les policiers. Les discours consistent à dénier la réalité des propos tenus par les victimes » : *Note sur la formation des policiers à la discrimination. Synthèse de la sensibilisation des élèves policiers de l'ENP de Marseille sur la discrimination*, Montpellier : ISCRA, déc. 2004, disponible sur www.iscra.org, p. 4.

confrontation victime-services de police ou de gendarmerie contribue, dès le départ, à entraver l'utilisation de la voie pénale.

Les difficultés relatives à la connaissance de la discrimination peuvent être également soulevées en ce qui concerne la prise en charge des victimes par les acteurs de proximité. Cette fois encore deux facteurs vont influencer sur la prise en charge de la victime. Dans l'hypothèse, tout d'abord, où l'acteur s'estime incompetent pour traiter de la question, mais il est parfois dans l'incapacité de déterminer avec précision quel acteur ou quelle voie serait propice à la résolution du litige. Ensuite, dans le cas inverse où l'acteur s'estime compétent, bien souvent, celui-ci travaille de manière isolée, sans prendre nécessairement l'initiative de consulter ou de renvoyer la victime vers d'autres acteurs jugés plus compétents, notamment ceux susceptibles d'intervenir au niveau de la preuve de la discrimination. Or, il peut arriver que leur incapacité à définir les moyens qui peuvent être mis en œuvre dans la prise en charge de la victime aboutisse à son échec¹⁰⁸⁴.

387. Si la connaissance de la discrimination, que ce soit de la victime ou des acteurs qui contribuent à sa prise en charge, a des conséquences certaines sur le choix et l'utilisation d'une voie de recours, d'autres facteurs influent également. Il en va ainsi des contraintes pesant directement sur la victime.

B) Contraintes pesant sur la victime et choix de la voie de recours

388. Les contraintes pesant sur la victime et susceptibles d'avoir une incidence sur le choix de la voie de recours sont de deux ordres. Il existe d'une part des contraintes inhérentes à la victime (1) et d'autre part, celles qui sont inhérentes à l'action (2).

¹⁰⁸⁴ Ces constats résultent notamment des travaux menés à l'initiative de l'association Droit pour la Justice au cours d'une journée d'étude relative au traitement de la victime de discrimination. L'accueil d'acteurs institutionnels provenant de différents horizons et la confrontation de leurs expériences a permis d'aboutir à de telles conclusions. La synthèse de ces travaux est consultable dans les actes de ce colloque : Droit pour la Justice, *Journée d'étude et de formation sur le traitement de la victime de discrimination*, Strasbourg : Droit pour la Justice, Actes du colloque organisé par l'association Droit pour la Justice le 29 mars à Strasbourg 2011, disponible sur : <http://droitpourlajustice.e-monsite.com>, p. 9.

1) *Contraintes inhérentes à la victime*

389. La dynamique de plainte d'une victime. Le choix de la victime est fonction d'un certain nombre de contraintes qui sont d'abord inhérentes à sa personne – que ce soit d'ordre psychologique ou matériel - et qui influent directement sur sa volonté d'action ou d'inaction. Ainsi, la connaissance du droit n'est pas une garantie à part entière de l'engagement de la victime vers la dénonciation de l'atteinte qu'elle a subie. La connaissance du droit est en effet bien peu de choses à côté de la volonté de la victime. Or, cette volonté n'est pas impulsive, elle est parfaitement réfléchie. En effet, elle répond, comme le démontrait Madame KOWALSKY dans son étude du mécanisme de plainte ou de plainte, à deux principales variables. Si la plainte est le fruit de l'insatisfaction d'une personne par rapport à une situation donnée, elle résulte avant toute chose d'une estimation de l'intérêt qu'elle a à se plaindre. Aussi, même en l'absence de toute insatisfaction, si la personne perçoit une utilité particulière à la plainte, alors celle-ci sera nécessairement amenée à se plaindre. A l'inverse, l'insatisfaction n'est pas un moteur suffisant de la plainte si le bénéfice retiré est absent¹⁰⁸⁵.

Le bénéfice de l'utilisation d'une voie de recours, et tout particulièrement de la voie pénale, doit dans cette perspective être replacé au niveau du rapport entretenu entre la victime et le système de droit pénal. A partir des constats généraux et donc propres à toute victime confondue, on rappellera que la victime est avant tout un être psychologiquement fragilisé, en perte de repères et qui considère que sa démarche risque d'être laborieuse, infructueuse, coûteuse et peut donc être potentiellement découragée. Si en plus de cette fragilité psychologique, la victime est vulnérable en raison de sa situation sociale, géographique ou de son origine, les chances d'une action de sa part, en vue d'une reconnaissance de l'atteinte qu'elle a subie, s'amenuisent considérablement¹⁰⁸⁶. Son action risque de dépendre, en réalité, de l'existence et de la proximité de structures d'accompagnement qui permettront de la

¹⁰⁸⁵ KOWALSKI R. M., *Complaints and Complaining : Functions, Antecedents, and Consequences*, Psychological Bulletin, 1996, 199 (2), p. 180.

¹⁰⁸⁶ « Les raisons pour lesquelles elles n'ont pas signalé leur situation de victime d'infraction pénale sont diverses. Certaines sont dominantes comme l'ignorance, la nécessité de se déplacer, le sentiment d'inutilité des démarches, les menaces de représailles, la crainte du mépris ou de l'abus de pouvoir de la police, celle de perdre un équilibre relationnel fragile ou encore la disqualification des institutions aptes à régler le problème » : LIENEMANN M.-N., MAGLIANO H. et CALMETTES J., *Pour une nouvelle politique publique d'aide aux victimes : rapport au Premier ministre*, Paris : La Documentation française, déc. 1999, p. 19.

soutenir tout au long de son parcours.

390. Particularités relatives à la victime de discrimination. La psychologie de la victime de discrimination comporte néanmoins certaines particularités supplémentaires dont il convient de faire état. Ainsi, le bénéfice ou l'intérêt retiré par sa propre action ne sont pas nécessairement des éléments qui vont convaincre la victime de discrimination à agir. En effet, en agissant, la victime va devoir se confronter au regard de son agresseur qui n'est autre, bien souvent, qu'une personne avec laquelle elle est en relation sociale constante. Ainsi en va-t-il dans les cas de discrimination commis par l'employeur à l'égard de son salarié. Elle prend davantage le risque de donner une impression négative de sa propre personne à l'égard de son entourage, que d'en tirer un bénéfice réel et concret¹⁰⁸⁷. Au final, la victime sera plus encline à agir dans les hypothèses où il est possible de rester discret, c'est-à-dire quasiment sous couvert d'anonymat.

Mais, le découragement peut aussi laisser place à l'acceptation et il en va ainsi particulièrement pour les victimes de discrimination. Celles et ceux qui la subissent finissent par l'intégrer ou par l'accepter, non pas parce qu'ils la considèrent finalement normale, mais bien parce qu'ils l'identifient comme un mal que l'on ne saurait combattre. Du point de vue de la victime, le comportement est banalisé - « j'ai l'habitude » pourra-t-elle dire – voire même relativisé - « ce n'est pas si grave » - et partant de là, elle ne trouve même plus un quelconque intérêt à son action : « qu'est-ce que cela changera ? »¹⁰⁸⁸. Agir devient synonyme de stigmatisation supplémentaire pour la victime car pire que de la vivre, le fait d'être étiquetée « victime de discrimination » lui renvoie à nouveau cette image de *personne discriminée*. Dans cette perspective, elle envisage l'action comme une démarche plus péjorative pour elle-même que profitable. La victime réagit dès lors de façon idiosyncratique aux fins de refouler le ressenti car d'évidence mieux vaut ne pas agir, que de ressentir à

¹⁰⁸⁷ BOURGUIGNON D., Suis-je ou non victime de discrimination? Quand la victime « passe sous silence » l'expérience de discrimination, in *Journée d'étude et de formation sur le traitement de la victime de discrimination*, op. cit., p. 15.

¹⁰⁸⁸ V. ainsi l'étude de BUMILLER K., qui explore toutes justifications de l'action ou de l'inaction de la victime de discrimination. Il s'agit de motifs très variés, tels que l'acceptation, la normalisation, la peur du conflit avec une autorité hiérarchiquement supérieure ou encore la colère exprimée par un recours à la violence. Pour d'autres, il s'agira d'une question d'honneur et de fierté : « *Victimes dans l'ombre de la loi* ». *Une critique du modèle de protection juridique*, Politix, 2011/2, n° 94, p. 131.

nouveau cette différence que le discriminant a jugé bon de lui rappeler.

391. Si ces contraintes sont inhérentes à la victime de discrimination, il ne faut pas pour autant en conclure qu'elle s'applique à toute victime. Certaines y succombent, d'autres non, et il en va de même en ce qui concerne les contraintes inhérentes à l'action.

2) *Contraintes inhérentes à l'action*

392. Des contraintes qui écartent la victime de la poursuite de ses fins. Quand la victime choisit malgré tout d'agir, la voie de recours choisie ne correspond pas nécessairement à la finalité recherchée par la victime. Cette finalité est bien souvent biaisée par de nombreux facteurs qui entrent en ligne de compte. Ainsi, le recours aux juridictions judiciaires peut perdre en légitimité aux yeux de la victime en raison de sa lourdeur, de sa longueur, de l'incertitude relative au résultat, du coût qu'elle représente et enfin, de la perspective de représailles. Le potentiel de chaque voie est apprécié par la victime ou par la structure qui la prend en charge. Ce qui est classiquement présenté comme avantages inhérents à l'action pénale - office de la preuve à la charge du ministère public, moindre coût, célérité, simplicité - est porté au profit de la juridiction civile ou du Défenseur des Droits en ce qui concerne la discrimination. De surcroît, il est communément admis que la preuve de la discrimination présente un risque considérable de classement sans suite, ce qui en tant que tel peut être une épreuve particulièrement douloureuse pour la victime.

393. L'enjeu de la réparation civile. Plus problématique encore est la question de la réparation de cette victime. Si cette dernière entreprend une démarche devant la juridiction pénale, les conséquences d'un insuccès peuvent être assez lourdes puisque l'action civile subit l'influence de l'action publique. En effet, le criminel ayant autorité de chose jugée sur le civil, le juge civil ne pourra allouer de réparation en cas de relaxe¹⁰⁸⁹, qu'à la condition de se fonder sur une faute civile distincte de la faute pénale écartée. Or, en admettant que la discrimination n'ait pas fait l'objet d'un classement sans suite, l'hypothèse d'une relaxe,

¹⁰⁸⁹ A l'inverse s'il s'agit d'un classement sans suite, celui-ci n'est dépourvu d'aucune autorité de la chose jugée à l'égard du civil : Cass. civ 2^{ème}, 11 juill. 2005, n° 03-30.712, Juris-data n° 2005-029638. Il en va de même s'agissant d'un rappel à la loi : Cass. soc., 21 mai 2008, *SAS Frigoccasion et a. c/ B*, n° 06-44.948, Bull. civ. 2008, V, n° 107, Juris-data n° 2008-043994 ; JCP G 2008, n° 28, II-10135, p. 48, comm. DETRAZ S.

compte tenu du principe *in dubio pro reo* et des difficultés de la preuve, ne doit pas être minimisée. La perte de chance d'obtenir réparation rentre nécessairement dans le choix de la victime puisque cela pourrait l'amener à privilégier le recours à la voie civile. Pour autant, ces difficultés doivent être à notre sens relativisées à différents égards.

Le premier élément de relativité concerne les juridictions sociales. Ces dernières sont également soumises à l'autorité de chose jugée de la décision prononcée par le juge pénal, mais ce principe trouve, en la matière, une application plus limitée. En effet, il est classiquement admis que le juge prud'homal doit simplement se contenter de statuer sans contredire la qualification pénale quant à la matérialité des faits, la participation du prévenu et sa culpabilité¹⁰⁹⁰. Ainsi, par exemple, si le salarié poursuit son employeur pour discrimination devant la juridiction pénale et saisit le juge prud'homal aux fins de contester le bien-fondé de son licenciement, ce dernier reste soumis à l'autorité de la chose jugée du jugement pénal en ce qui concerne la détermination et la qualification de la mesure litigieuse.

Mais, cette règle n'est valable que si l'une des parties demande en ce sens un sursis à statuer au juge¹⁰⁹¹. De plus, depuis la loi du 5 mars 2007¹⁰⁹², ce principe n'est dorénavant applicable qu'en ce qui concerne l'action civile en réparation. Tout autre est le régime applicable en ce qui concerne les actions aux fins civiles, que l'on définit comme des actions découlant de la commission de l'infraction mais n'ayant pas pour objet la réparation de l'infraction¹⁰⁹³. Or, ces dernières présentent un intérêt très particulier en ce qui concerne la discrimination, puisque la législation sociale autorise le salarié à demander la nullité de la mesure litigieuse ou encore sa réintégration suite à un licenciement discriminatoire. Or, il semble que ces actions ne soient plus soumises au régime de l'autorité de chose jugée¹⁰⁹⁴ depuis la loi du 5 mars 2007. En effet, il est désormais prévu que « la mise en mouvement de l'action publique

¹⁰⁹⁰ STASIAK F., *L'autorité de chose jugée d'une décision de relaxe sur l'instance prud'homale en licenciement*, RSC 1994, p. 267.

¹⁰⁹¹ SERRATRICE-COUTTENIER B., *L'incidence de la phase préparatoire du jugement pénal sur le droit disciplinaire du travail*, RSC 1997, p. 579.

¹⁰⁹² Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, JO du 6 mars 2007, n° 55, p. 4206.

¹⁰⁹³ AMBROISE-CASTEROT C. et BONFILS Ph, *op. cit.*, p. 131, n° 201.

¹⁰⁹⁴ ROBERT J.-H., *L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, Procédures 2007, Etude n° 19, p. 42.

n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil »¹⁰⁹⁵. L'inapplicabilité de la règle « le criminel tient le civil en l'état » aurait pour conséquence directe la suppression du principe de l'autorité de chose jugée en la matière.

Il convient cependant de rester vigilant à l'égard de cette affirmation puisqu'une partie de la doctrine n'adhère pas à cette proposition. Elle soutient à cet effet que le texte n'exclut en aucune manière la faculté du juge de recourir à la suspension du jugement dans l'attente d'une décision intervenue au pénal¹⁰⁹⁶. Cet argument trouve d'ailleurs écho auprès d'un autre auteur qui constate, qu'en l'état de la jurisprudence actuelle, les actions à fins civiles continuent d'être soumises à l'autorité de chose jugée de la décision pénale¹⁰⁹⁷.

L'avantage engendré par l'inapplicabilité de l'autorité de chose jugée aux actions aux fins civiles est donc pour le moment incertain, d'autant plus que cette hypothèse ne s'est pour le moment pas présentée en jurisprudence. Nous remarquerons néanmoins qu'il n'est pas certain que le juge civil, conscient des difficultés inhérentes au traitement pénal des discriminations, fasse preuve d'une aussi grande rigueur.

Le second élément de relativité concerne l'appel de la partie civile sur ses seuls intérêts civils. Si la partie civile fait uniquement appel sur ses seuls intérêts civils, l'autorité de chose jugée a une application beaucoup plus limitée. En effet, la jurisprudence autorise classiquement les juges à « rechercher si les faits qui leur sont déférés constituent une infraction pénale et de prononcer en conséquence sur la demande de réparation de la partie civile »¹⁰⁹⁸. La relaxe au pénal en première instance aurait donc des conséquences limitées

¹⁰⁹⁵ *C. proc. pén.*, art. 4 al. 3. Avant la loi du 5 mars 2007, la doctrine et la jurisprudence appliquaient l'article 4 du Code de procédure pénale aux actions à fins civiles. Ces dernières se trouvaient ainsi soumises au sursis à statuer. De manière plus générale, la jurisprudence avait interprété l'article 4 de façon particulièrement extensive puisqu'elle admettait l'application du sursis en présence d'une décision pénale susceptible d'exercer une influence sur la décision à venir au civil. V. à ce sujet : TELLIER V., *En finir avec la primauté du criminel sur le civil !*, RSC 2009, p. 797.

¹⁰⁹⁶ LE TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2010, p. 296, n° 701.

¹⁰⁹⁷ V. sur ce point: BOTTON A., *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, Thèse Toulouse, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. des sciences criminelles, T. 49, 2010, p. 206-209.

¹⁰⁹⁸ Cass. crim., 18 janv. 2005, n° 04-85.078, Bull. crim. 2005, n° 18, p. 48. V. pour un précédent : Cass. crim., 20 mai 2003, n° 02-84.307, Bull. crim. 2003, n° 101, p. 404. BOTTON A. en conclut alors que « l'ensemble

eu égard à la réparation demandée par la victime. Le juge des discriminations fait application de ce principe en permettant à la victime d'obtenir éventuellement gain de cause du point de vue de ses intérêts civils¹⁰⁹⁹.

Le troisième élément de relativité concerne la portée de l'autorité de chose jugée. Il arrive, parfois, que le discriminé saisisse la juridiction civile après une première saisine de la juridiction pénale, au terme de laquelle elle a déjà rendu son jugement. Dans ce cas là, rappelons que l'autorité de chose jugée ne vaut qu'en cas d'identité d'objet, de cause et de partie. Or, en matière de discrimination, il est parfaitement possible de constater une absence d'identité de partie, et il en ira ainsi quand la personne morale a été poursuivie au pénal, alors que la personne physique sera poursuivie au civil. Il en va de même, quand l'action civile du discriminé ne porte que sur une simple demande de dommages et intérêts et que par la suite, celui-ci saisisse la juridiction prud'homale aux fins de constatation de la nullité de son licenciement. L'autorité de chose jugée ne joue pas, faute d'identité d'objet¹¹⁰⁰.

394. Face à la complexité des enjeux et de l'examen du potentiel de chaque voie, l'on comprend dès lors l'importance d'un appui et d'un accompagnement de la victime dans ses démarches.

§ 2 - L'accompagnement de la victime

395. Il peut paraître surprenant de constater que l'accompagnement de la victime de discrimination fait encore à l'heure actuelle l'objet de certaines carences, alors que parallèlement les politiques publiques ont pendant longtemps multiplié le nombre d'acteurs susceptibles de traiter d'une situation discriminatoire. En réalité, c'est à force d'accroissement de ces acteurs, que nous avons perdu en lisibilité et que nous avons

(*sic*) la jurisprudence de la Cour de cassation paraît donc procéder d'une prise en considération de la dépendance de l'action civile au sens de la décision rendue sur l'action publique. Là où cette action civile peut exister nonobstant l'intangibilité du sens de la décision pénale de première instance, la Cour admet l'intervention de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *ibid.*, p. 206.

¹⁰⁹⁹ V. ainsi, bien que concernant un refus de fourniture de service : CA Aix en Provence, 17 février 2009, n° 213/M/2009. Mais il arrive aussi que la victime n'obtienne pas gain de cause.

¹¹⁰⁰ CA Versailles, 26 mars 2010, n° 181.

involontairement entravé leur action commune (A). Parallèlement, ceux qui allaient permettre de favoriser de manière considérable l'accompagnement des victimes n'ont pas disposé des moyens suffisants pour mener à bien leur action (B).

A) Difficultés de coordination des structures institutionnelles dans la prise en charge des victimes

396. Diversité des structures compétentes dans la prise en charge des victimes. L'accompagnement de la victime dans son parcours juridique est le fait d'acteurs de proximité aux profils et aux compétences variés. Ainsi, il existe en premier lieu des structures institutionnelles qui feront uniquement office d'intermédiaire, en ce qu'elles ne disposent pas directement d'une capacité d'action ou de prise en charge. Elles sont simplement habilitées à fournir des informations relatives aux litiges qui leur sont soumis et à rediriger la victime vers une structure plus à même de la prendre en charge. Ces structures ont un profil généraliste¹¹⁰¹ et donc une capacité plus ou moins grande à rediriger efficacement la victime de discrimination selon leur degré de connaissance et de pratique.

Il existe parallèlement des acteurs de proximité spécialisés soit parce qu'ils sont uniquement compétents en matière d'aide aux victimes – ceci vaut pour toute victime confondue – soit qu'ils sont habilités à intervenir à différents niveaux, mais uniquement sur la question des discriminations¹¹⁰². Mais quelle que soit la structure, il subsiste toujours des inconvénients. Ainsi, la structure spécialisée dans l'aide aux victimes est techniquement apte à prendre en charge la victime de discrimination, sans pour autant maîtriser réellement, dans la pratique, les spécificités de ce type d'infraction. Tel est le cas, par exemple, d'associations d'aide aux victimes, compétentes pour toutes infractions confondues. Ensuite, pour les structures spécialisées sur la question, leur capacité de prise en charge se limite parfois à un critère discriminatoire. Nous citerons à cet effet des structures type, pour les plus connues, SOS

¹¹⁰¹ Nous citerons notamment les Maisons de la Justice et du Droit, les points d'accès au droit, les Unions départementales des syndicats et le Conseil départemental d'accès au droit.

¹¹⁰² V. pour une présentation détaillée de ces structures : ORIV, *Etat des lieux des pratiques d'accompagnement des victimes de discriminations et de leurs accès aux droits en Alsace*, Strasbourg : ORIV, Dossier thématique, sept. 2011, p. 14.

Racisme, la Licra, SOS Homophobie, le MRAP ou encore le Centre d'information sur les droits des femmes et des familles¹¹⁰³.

S'il existe donc beaucoup de structures amenées à connaître de la question des discriminations, bon nombre d'entre elles ne sont pas toujours en mesure de déterminer avec précision l'existence, le rôle, voire les fonctions des autres structures compétentes. Or, l'absence de détermination de ces structures-relais aboutit bien souvent à la multiplication des renvois de la victime d'une structure à une autre. La pénibilité d'une telle situation contribue à l'accroissement du découragement de la victime et à l'aggravation de son mal-être. Ce risque est plus ou moins accru selon le schéma d'orientation utilisé par l'association d'accueil de la victime. Les pratiques apparaissent très divergentes selon la structure concernée. De manière générale, si les structures généralistes procèdent au renvoi de la réclamation devant le correspondant local du Défenseur des droits, celles qui sont spécialisées prennent en charge ces victimes dans une perspective de recours, en faisant notamment appel à d'autres acteurs de proximité¹¹⁰⁴.

397. Enjeux de la coordination des actions entre les structures. Les difficultés de prise en charge d'une victime de discrimination ne résultent donc pas tant de l'absence ou de l'insuffisance des structures de proximité susceptibles de prendre en charge la victime que de leur capacité de diagnostic et de coordination des acteurs-relais compétents. Si l'on devait répartir les structures en fonction du rôle qu'elles sont amenées à jouer à l'égard de la victime, on distinguerait alors les structures d'accompagnement des structures de traitement¹¹⁰⁵. Le traitement de la victime suppose que chacune d'elles travaille dans la complémentarité.

En effet, si nous nous intéressons aux structures d'accompagnement, nous observons qu'elles rencontrent bien souvent des difficultés portant sur le diagnostic des discriminations dont elles sont saisies et sur l'appréciation du potentiel des voies d'action existantes ou

¹¹⁰³ CIDFF. Bien que l'on notera s'agissant de cette dernière que son domaine d'intervention ne porte pas uniquement sur la discrimination mais sur tout type d'infraction portant atteinte aux droits des femmes.

¹¹⁰⁴ Etat des lieux des pratiques d'accompagnement des victimes de discriminations et de leurs accès aux droits en Alsace, préc., p. 30-31.

¹¹⁰⁵ *Ibid*, p. 23.

encore, des moyens existants aux fins de faciliter l'administration de la preuve. Il importe donc qu'elles fassent systématiquement appel aux structures de traitement soit pour coordonner leurs compétences respectives¹¹⁰⁶, soit pour que ces dernières assurent le relais au niveau de la prise en charge de la victime.

Les structures de traitement, quant à elles, présentent l'inconvénient de focaliser systématiquement la prise en charge de la victime par rapport au schéma d'orientation qu'elles ont l'habitude de pratiquer. Quand elles envisagent la voie judiciaire, elles sont nécessairement tributaires du degré de connaissance ou d'implication de l'acteur-relais auquel elles vont faire appel. Associé au manque de moyens dont elles disposent, il est probable que, pour des raisons de nécessité, elles privilégient des voies moins contentieuses alors même que la situation mériterait certainement de recourir à la voie contentieuse. Or, ces associations présentent un intérêt considérable dans l'engagement des voies d'action judiciaire. Ainsi, rappelons que seules certaines associations spécialement habilitées par la loi disposent, aux termes des articles 2-1 à 2-21 du Code de procédure pénale, de la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile. Indépendamment de la complexité du régime applicable aux associations¹¹⁰⁷ et des critiques que sa faculté d'action a pu susciter¹¹⁰⁸, celle-ci trouve une véritable pertinence en la matière puisqu'elle va permettre de soutenir l'action de la victime démunie face à un classement sans suite tout en l'appuyant dans l'administration de la preuve. Mais cette habilitation, qui a été définie épisodiquement et

¹¹⁰⁶ Ainsi, si la structure d'accueil envisage uniquement d'accueillir et d'informer la victime, il peut apparaître intéressant de faire appel à une structure spécialisée, si celle-ci dispose de pouvoirs dans la constitution de preuves ou encore dans la saisine d'une juridiction.

¹¹⁰⁷ De nombreuses propositions avaient été formulées afin de réformer le régime juridique applicable à l'action civile des associations compétentes relativement aux discriminations. Chaque tentative d'unification était restée infructueuse, alors même que parallèlement l'existence de ces acteurs intermédiaires est indispensable pour combler la solitude de la victime face à la justice : SUR P.-O., *L'action pénale des associations de défense de victimes 1901-2001*, Gaz. Pal. 2001, n° 226, p. 5. De manière générale, l'incohérence du régime applicable aux associations a fait l'objet d'une critique assez ferme de la part de la doctrine.

¹¹⁰⁸ V. à ce sujet AMBROISE-CASTEROT C., *Action civile* in Rep. pén. Dalloz, 2002, n° 389 et s. – v. pour une vive critique de la pertinence de cette faculté : RASSAT M.-L., *Traité de procédure pénale*, Paris : PUF, Coll : Droit fondamental - Droit pénal, 2001, n° 180 et s. Cette doctrine considère que la référence à la défense d'un intérêt collectif, qui justifie le droit d'agir des actions associationnelles puisque celui-ci ne peut répondre aux critères classiques du préjudice direct et certain, n'a pas de pertinence particulière car la notion ne se distingue pas par elle-même de l'intérêt général. Partant de là, nous serions en présence d'un octroi camouflé d'une parcelle de l'action publique dont l'exercice est classiquement attribué au ministère public.

progressivement par des réformes législatives qui ne sont pas sans incohérences¹¹⁰⁹, reste bien évidemment limitée aux seules structures spécialisées¹¹¹⁰ dont l'objet social porte sur la protection des personnes susceptibles d'être discriminées à raison de certains critères.

398. Préconisations : création d'une chaîne du droit. A défaut de pouvoir former l'ensemble des acteurs susceptibles d'intervenir sur la question – ce qui est encore loin d'être réalisable compte tenu du temps et des exigences imparties aux missions de chaque acteur – l'amélioration du traitement de la victime et l'accessibilité aux voies d'action, passent donc par l'élaboration « d'une démarche globale de traitement des victimes de discrimination » ainsi que par l'utilisation d'un « mode opératoire à destination de celles et ceux qui sont amenés à entrer en relation avec des personnes qui se disent victimes de discrimination », autrement dit une **chaîne du droit**¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ Ainsi en ce qui concerne l'article 2-6 du Code de procédure pénale, la référence aux mœurs paraît redondante puisque nous savons que ce critère est désuet. Il aurait été plus convenable de faire référence au critère de l'orientation sexuelle, d'autant plus que celui-ci est parallèlement une circonstance aggravante de certains crimes de haine. De même, en ce qui concerne l'article 2-10 qui limite le champ matériel d'intervention de l'association aux cas de discrimination prévus par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal, le texte fait référence aux « personnes en état de grande pauvreté » alors même qu'il ne s'agit pas d'un critère discriminatoire. Compte tenu de son champ d'intervention, cet article fait doublon avec l'article 2-6 du Code de procédure pénale.

¹¹¹⁰ Ainsi l'article 2-1 du Code de procédure pénale circonscrit son habilitation aux associations existantes depuis cinq ans et ayant pour objet statutaire la lutte contre le racisme ou l'assistance aux victimes de discriminations nationales, ethniques, religieuse ou raciale. D'un point de vue matériel, elles ne sont recevables qu'en ce qui concerne la discrimination au sens des articles 225-2 et 432-7 du Code pénal ou à l'égard de certains crimes de haine motivés par ces mêmes critères. L'article 2-6 du Code de procédure pénale prévoit, quant à lui, l'habilitation des associations luttant contre les discriminations commises à raison du sexe ou des mœurs à exercer les droits de la partie civile en ce qui concerne les discriminations prévues aux articles 225-2 et 432-7 commises à raison du sexe, des mœurs et de la situation de famille, à l'article L. 123-1 du Code du travail ou en ce qui concerne certains crimes de haine commis à raison du sexe ou des mœurs. L'article 2-8 prévoit une habilitation pour les discriminations ainsi que certaines autres atteintes à la personne pour les critères du handicap et de l'état de santé. L'article 2-10 du Code de procédure pénale prévoit l'exercice des droits de la partie civile aux associations de lutte contre l'exclusion sociale et culturelle des personnes en état de grande pauvreté ou en raison de leur situation de famille en ce qui concerne les discriminations prévues aux articles 225-2 et 432-7 du Code pénal. Nous pouvons faire état indirectement de l'habilitation octroyée aux associations de défense des consommateurs en ce qui concerne les faits portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs prévu par l'article L. 421-1 al. 1^{er} du Code de la consommation. Doit être également mentionné l'article L. 211-3 en ce qui concerne l'action civile des associations familiales. Enfin, en ce qui concerne la loi sur la presse, l'article 48-1 de la loi de 1881 permet aux associations d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par l'article 24 al. 8, 32 al. 2 et 33 al. 3 pour les associations ayant pour objet statutaire de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination nationale, raciale, ethnique ou religieuse.

¹¹¹¹ CUTAJAR C., *Propos introductif* in *Journée d'étude et de formation sur le traitement de la victime de discrimination*, *op. cit.*, p. 5.

L'enjeu est double en ce qui concerne les structures institutionnelles assurant un accueil des victimes de discrimination. Tout d'abord, un mauvais diagnostic du cas présenté ou un mauvais repérage des acteurs dont l'intervention peut apparaître pertinente risque de nuire aux éventuelles chances de succès d'un recours potentiel. Ensuite, ces acteurs institutionnels peuvent être d'une particulière utilité dans l'exercice des voies d'action, et donc atténuer la carence des services de police ou du parquet en termes de poursuites, ou simplement éviter le risque d'un traitement strictement interne du Défenseur des droits.

399. S'il subsiste donc encore un certain nombre de carences relatives à la liaison et à la coordination des structures de proximité susceptibles de prendre en charge les victimes, l'absence d'engagement suffisant d'autres acteurs de défense alourdit parallèlement les difficultés rencontrées en matière de prise en charge des victimes de discrimination.

B) Une intervention insuffisante des autres acteurs de défense des victimes

400. Certains acteurs constituent des acteurs clés dans le traitement des discriminations compte tenu de leur proximité particulière avec la victime, mais aussi des pouvoirs dont ils disposent à cet effet. Pourtant, ces acteurs sont insuffisamment engagés sur la question et cela se traduit de double manière. D'abord nous observons qu'au niveau des institutions représentatives du personnel, ces dernières interviennent de façon trop fractionnée (1). Ensuite, le domaine de l'emploi est aussi marqué par une intervention trop résiduelle de l'inspecteur du travail (2).

1) L'intervention fractionnée des institutions représentatives du personnel

401. Droit d'alerte des délégués du personnel. Si la victime de discrimination est bien souvent jugée isolée, cet isolement est moindre dans le domaine du travail où la législation sociale lui offre un accompagnement considérable. De nombreux acteurs sont compétents dans l'écoute et le traitement d'une victime de discrimination, du moins en principe. La réalité est quelque peu différente car la réactivité de ces acteurs dépend de la réunion d'un

certain nombre de facteurs.

Les institutions représentatives du personnel disposent ainsi d'un pouvoir d'intervention conséquent en matière de discrimination. Prenons exemple sur les délégués du personnel qui bénéficient pour ce faire d'une procédure d'alerte¹¹¹². Cette dernière leur permet de saisir l'employeur en cas de constat de discrimination afin de travailler de concert à la cessation du trouble existant. Le droit d'alerte présente ainsi trois intérêts considérables. D'abord, sans attendre l'éventuelle dénonciation de la victime, le délégué du personnel dispose de la faculté d'exercer ce droit de son plein gré. La protection existante à l'égard des représentants du personnel place le délégué du personnel en position de force¹¹¹³ pour agir et négocier la cessation du trouble. Ensuite, la lourdeur de la procédure et le risque d'un procès coûteux sont des facteurs qui peuvent convaincre l'employeur à privilégier la voie de la négociation¹¹¹⁴. Enfin, le plan d'enquête conduit par le délégué du personnel en association avec l'employeur est toujours une occasion de récolter des éléments de preuve qui font bien souvent défaut dans la procédure classique.

402. Limites relatives à l'exercice du droit d'alerte. Mais, il ne faut pas hâtivement surestimer l'exercice de ce droit d'alerte car s'il présente un intérêt véritable, notamment dans les cas de refus d'embauche¹¹¹⁵ où une réaction rapide est nécessaire aux fins de constater l'éventuelle discrimination, il comporte certaines limites. Le droit d'alerte, en étant rattaché aux compétences du délégué du personnel, ne peut être utilisé que dans les entreprises dans lesquelles existe un délégué du personnel. Cela écarte *de facto* les entreprises de moins de onze salariés. Ensuite, le délégué du personnel est bien souvent l'acteur auquel on ne pense pas, quand ce n'est pas l'« acteur qu'on n'attendait plus » et pour

¹¹¹² C. trav., art. L. 2313-2 : le droit d'alerte des délégués du personnel est prévu en cas d'atteintes aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise, non justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché.

¹¹¹³ Il est ainsi protégé contre toute mesure de rétorsion éventuellement prise par l'employeur. De plus, le refus de donner droit à la procédure d'alerte fait courir à l'employeur le risque d'être poursuivi pour entrave à l'exercice d'une activité syndicale.

¹¹¹⁴ LE COHU P., *Réagir à l'exercice du droit d'alerte des délégués du personnel*, Les cahiers du DRH 2008, n° 142, p. 4.

¹¹¹⁵ C. trav., art. L. 1134-2, Circ. DRT n° 93-10 du 15 mars 1993, BO Min. trav. n° 10 du 5 juin 1993.

cause bon nombre de salariés – quand ce n'est pas le délégué du personnel lui-même¹¹¹⁶ - méconnaissent l'existence et le pouvoir de ce droit d'alerte.

Enfin, notons qu'en cas de carence, de divergences d'appréciation ou à défaut de solutions trouvées avec l'employeur¹¹¹⁷, le délégué du personnel dispose de la faculté de saisir directement le bureau de jugement. Mais l'exercice de ce droit de substitution est limité. Ainsi, la jurisprudence sociale n'autorise toujours pas le délégué du personnel à faire une demande de nullité du licenciement à la place du salarié¹¹¹⁸. Or, si cette solution se conçoit au regard de la finalité qu'elle poursuit, à savoir ne pas imposer une solution que la victime n'aurait pas forcément souhaitée¹¹¹⁹, elle est critiquable en ce qui concerne la discrimination. Le salarié qui fait appel au délégué du personnel est bien souvent celui qui ne dispose pas du courage ou d'une capacité d'action suffisante. Aussi, lui laisser la succession de la charge du contentieux, à l'issue d'une procédure d'alerte infructueuse, risque de ne pas produire le résultat escompté. Il y a fort à penser que le salarié se décourage entre temps.

403. Action du syndicat. Ce sont ces mêmes arguments qui paradoxalement ont conduit à reconnaître au syndicat ce pouvoir de substitution totale¹¹²⁰, dans les cas expressément prévus par la loi et parmi lesquels figure notamment la discrimination. Cette action n'est pas une action en représentation du salarié¹¹²¹ mais bien une action en substitution car elle permet au syndicat de se départir de l'inertie du salarié pour s'ériger en véritable défenseur de ses droits sans requérir son accord exprès¹¹²². Certains auteurs ont pourtant douté de la

¹¹¹⁶ RAY J.-E. note ainsi que l'article « L. 2313-2 est l'un des articles les plus méconnus du Code du travail, y compris pour les délégués du personnel eux-mêmes, ignorant souvent que depuis 1992 ils ont été promus délégués aux libertés individuelles » : *Actualité des TIC*, Dr. soc. 2010, p. 267. A l'heure actuelle, il est vrai que le contentieux portant sur l'exercice de ce droit d'alerte reste encore particulièrement faible.

¹¹¹⁷ *C. trav.*, art. L. 2313-2 al. 3.

¹¹¹⁸ Cass. soc., 10 déc. 1997, n° 95-42.661, Bull. civ. 1997, n° 434, V, p. 310 ; Juris-data n° 1997-004946 ; Dr. soc. 1998, p. 130 ; JCP E 1998, n° 6, p. 206 ; D. 1998, IR, p. 28. V. pour une application extensive de ce droit : Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016, Bull. civ. 2006, V, n° 126, p. 122 ; RDT 2006, p. 116, note LECLERC O., Juris-data n° 2006-032938, JCP S 2006, p. 1381 comm. VERKINDT P.-Y.

¹¹¹⁹ BOSSU B., *L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés*, Dr. soc. 1998, p. 127.

¹¹²⁰ Cette faculté doit être différenciée de son action collective relative aux faits portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente : *C. trav.*, L. 2132-3.

¹¹²¹ Son opposition n'équivaut pas à une renonciation de ses droits d'action : Cass. soc., 12. févr. 2008, n° 06-45.397, RDT 2008, p. 404, obs. KELLER M.

¹¹²² Antérieurement, l'article L. 122-45-1 du Code du travail exigeait un tel accord. Comme le note la commission du Sénat : « le refus de mentionner l'accord écrit préalable du salarié et sa capacité de mettre un

pertinence d'une telle action, soutenant que le principe d'unicité d'instance risquait d'imposer au salarié les termes du jugement qu'il n'avait peut-être ni souhaité, ni voulu¹¹²³.

A notre sens, la vraie question est plutôt de savoir s'il faut préférer l'inaction à la réactivité d'un syndicat qui, bien que défenseur d'un intérêt individuel, recherche aussi parallèlement un bénéfice collectif¹¹²⁴, et pour lequel, la haute juridiction prend soin de vérifier que le salarié a pleinement conscience des conséquences de cette action¹¹²⁵. Fort de son pouvoir et de la légitime qu'il a acquise en vertu de sa connaissance et de son imprégnation dans le domaine de l'emploi, le syndicat dispose d'un régime différent de celui de l'association, qui reste, quant à elle, contingentée à l'exigence d'un accord du salarié. Pourtant, l'efficacité de son action est néanmoins dépendante dans une certaine mesure d'une intervention préalable du délégué du personnel, particulièrement si le syndicat envisage de saisir la juridiction répressive. En effet, puisque ceux-ci ne disposent pas des mêmes pouvoirs en matière d'enquête, il serait judicieux que le syndicat succède à l'action préalable et infructueuse du délégué du personnel - notamment en cas d'échec du droit d'alerte - ce qui dans la pratique est encore loin d'être le cas.

2) *La présence résiduelle de l'inspecteur du travail*

404. Les pouvoirs de l'inspecteur du travail et leur impact sur le contentieux répressif des discriminations. Intervenant à des fins répressives et d'accessibilité plus aisée pour la

terme à l'action syndicale, tels que mentionnés dans le texte adopté par le Sénat, a été justifié notamment par le souci d'éviter que des pressions ne s'exercent sur le salarié pour empêcher ou éteindre toute action judiciaire » : SOUVET L., *Rapport sur la proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations*, Rapport n° 22 fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 16 oct. 2001, Paris : Sénat, 2001, art. 2. Depuis lors, cette faculté de substitution suppose néanmoins que le salarié ait été averti et qu'il ne se soit pas opposé à l'action du syndicat. Il conserve toujours la possibilité d'y mettre un terme. V. pour une présentation de ces différentes conditions : MAZEAUD A., *Droit du travail*, 7^{ème} éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat, 2010, n° 367 et s.

¹¹²³ COHEN M., *Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats*, Dr. soc. 1990, p. 790. V. pour une mise en cause de la responsabilité d'un syndicat en raison d'un manquement dans la défense des intérêts individuels d'une salariée : DIAKHATE-FAYE M., *Défense des intérêts individuels des salariés et responsabilité syndicale*, D. 2001, p. 3625.

¹¹²⁴ DUQUESNE F. et SACHS-DURAND C., *Syndicats professionnels*, Rép. trav., Dalloz, janv. 2006, n° 157 : « Il s'en déduit que l'avantage individuel procuré par la démarche du groupement s'accompagne nécessairement d'un bénéfice collectif satisfaisant les objectifs généraux poursuivis par l'organisation professionnelle ».

¹¹²⁵ ROY-LOUSTAUNAU C., obs. ss. Cass. soc., 7 oct. 1998, n° 97-60.303, Dr. soc. 2000, p. 516.

victime, l'inspecteur du travail a un rôle stratégique à jouer dans le traitement des victimes de discrimination. Concrètement, cette position stratégique se vérifie à deux égards. En premier lieu, l'inspecteur du travail peut être une source d'informations précieuse quant à la réalité d'un comportement discriminatoire en entreprise. En second lieu, les pouvoirs dont il dispose en matière de discrimination lui permettent de faciliter la réunion d'éléments de preuve relatifs aux discriminations dénoncées. Ce dernier point ayant vocation à être développé ultérieurement, nous nous contenterons d'évoquer le premier.

L'inspecteur a la faculté de recueillir le signalement de toute personne, ce dans le respect de toute confidentialité. Il dispose ainsi d'un pouvoir de constatation des faits susceptibles de constituer une discrimination prévue au 3° et au 6° de l'article 225-2 du Code pénal¹¹²⁶. L'inspecteur du travail occupe donc une place stratégique dans l'utilisation de la voie répressive à des fins de sanction des discriminations constatées. Sa faculté de choix¹¹²⁷, quant aux suites à donner à une plainte déposée auprès de ses services, lui permet d'analyser la solution qui lui paraît être la plus propice à la résolution du litige.

Aussi, il n'a pas l'obligation de transmettre systématiquement la plainte auprès du procureur de la République ; il peut, si la faible gravité de l'atteinte ou l'absence de preuve le justifie, se contenter de procéder à un avertissement¹¹²⁸ ou à un conseil à l'égard de l'entreprise. Même en admettant que celui-ci ne prenne aucune mesure, le signalement devrait suffire à susciter la vigilance de l'inspecteur à l'égard du comportement adopté par l'employeur. A l'inverse en cas de constat d'infraction, celle-ci sera dressée par procès-verbal et transmise au procureur de la République qui collaborera avec l'inspecteur dans l'appréciation des faits qui lui ont été soumis par ce dernier. Dans la pratique, c'est particulièrement à l'égard des discriminations syndicales que l'inspecteur du travail va pouvoir être le plus efficace pour mettre un terme aux comportements discriminatoires constatés. Il s'agit en effet du seul critère pour lequel il dispose, en plus de son pouvoir de contrôle, d'un pouvoir de décision. Ce pouvoir de décision s'exprime notamment à travers les autorisations préalables et

¹¹²⁶ *C. du trav*, art. L. 8112-2.

¹¹²⁷ Convention internationale n° 81 du 11 juill. 1947 sur l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce, art. 17 al. 2

¹¹²⁸ Comme par exemple, une observation ou une mise en demeure.

obligatoires rendues par l'inspecteur du travail en cas de mutation ou de licenciement d'une institution représentative du personnel.

405. Une intervention trop limitée de l'inspecteur du travail. Aujourd'hui la fréquence d'intervention de l'inspecteur du travail est moins faible que celle constatée au début des années 2000. Récemment, le retrait dans lequel se placent les inspecteurs du travail, souvent par faute de moyens ou de temps, a fait l'objet de vives préoccupations. Afin de renouveler la dynamique, cette question figure parmi les grands axes du programme n° 111 « Amélioration de la qualité de l'emploi et des relations du travail » de la politique publique du travail¹¹²⁹. Un effort considérable a donc été mené depuis 2008¹¹³⁰ afin de mieux former les agents sur la question des discriminations pour que cette dernière rentre progressivement dans le travail quotidien de l'inspecteur du travail¹¹³¹.

Parallèlement, les victimes n'ont pas encore suffisamment le réflexe de faire appel à lui et c'est notamment la raison pour laquelle nous retrouvons assez souvent le même profil de victime au niveau des signalements effectués auprès de l'inspecteur du travail¹¹³². De même, nonobstant l'apparition d'améliorations, les procédures donnent des suites insuffisantes car il subsiste une démesure considérable entre le nombre de cas de discrimination pris en charge

¹¹²⁹ Direction générale du travail, *L'inspection du travail en France en 2009*, Paris : Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, 2010, p. 212.

¹¹³⁰ Un certain nombre de guides, de fiches méthodes, d'instructions, de circulaires ont été diffusés en 2009 par le biais de l'intranet de leur site professionnel.

¹¹³¹ Les rapports de l'inspection du travail ne nous renseignent pas directement sur le nombre de signalements effectués au titre de la discrimination mais plutôt sur le nombre de suites menées à l'issue d'une intervention de l'inspecteur du travail après saisine de celui-ci. Le rapport de 2007 fait état de 10923 références dans les suites à intervention mais il n'est pas possible de mesurer la part des discriminations puisque cet indicateur comprend toutes les atteintes aux libertés et droits fondamentaux. Ce chiffre était de 20257 références en 2008 : Direction générale du travail, *L'inspection du travail en France en 2008*, Paris : Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, 2009, p. 208. Le rapport de 2009 fait état de 1661 références aux articles relatifs à la discrimination dans les suites à intervention menées par l'inspecteur du travail sur les 19939 suites à intervention ayant donné lieu à constatation une infraction, soit 8% de ces suites à intervention : *L'inspection du travail en France en 2009, préc.*, p. 264. Le rapport de 2010 fait état, quant à lui, de 2413 interventions de l'inspecteur sur 27326 suites à intervention ayant donné lieu à la constatation d'une infraction, soit 9% : Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, *L'inspection du travail en France en 2010*, Paris : Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, 2011, p. 212. Les rapports antérieurs à 2007 ne font pas état avec précision de la discrimination.

¹¹³² Le rapport de 2010 souligne ainsi qu'une bonne partie des critères évoqués en matière de discrimination concerne le critère de l'activité syndicale ou de l'état de santé, ce qui laisse supposer qu'il y est bien question de défaut d'information de la victime en la matière : *L'inspection du travail en France en 2010, préc.*, p. 213. De manière générale, il s'agit particulièrement de salariés internes à l'entreprise si bien qu'en présence de refus d'embauche, la victime aurait tendance à saisir une autre voie.

et le nombre de procès-verbaux pris à cet effet¹¹³³. L'inspecteur du travail a davantage recours aux observations, prises à l'encontre de l'entreprise¹¹³⁴. Ces constats ne doivent pas nous conduire à sous-estimer le potentiel de l'inspecteur du travail car celui-ci a un véritable rôle à jouer dans un futur proche. Doté d'un pouvoir d'investigation très large¹¹³⁵, sa saisine est beaucoup moins lourde et moins complexe que les autres si bien qu'à terme, il importe de mobiliser davantage l'inspecteur du travail sur la question des discriminations

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

406. *Constats.* L'analyse quantitative mais aussi qualitative conforte l'insuffisance de la voie répressive dans le traitement des discriminations. Néanmoins, ce constat doit être relativisé à de nombreux égards.

Tout d'abord il apparaît qu'en dépit d'un champ de compétences large, le traitement des discriminations par la HALDE est certes plus conséquent, mais il reste, toute proportion gardée, insuffisant au regard du nombre de discriminations commises quotidiennement. De même, l'utilisation de chacune de ces voies ne suffit pas à apporter une réponse à la question des discriminations à l'embauche.

407. *Préconisations.* Le traitement des discriminations n'est donc pas pleinement effectif, quelle que soit la voie choisie. Deux raisons permettent d'expliquer la subsistance de telles carences. Le choix de la victime, en premier lieu, influe considérablement l'utilisation des voies d'action : soit que celle-ci refuse d'agir, soit que, pour des raisons propres ou extérieures à cette dernière, son initiative ne la conduise pas au résultat voulu. L'absence de « parcours de la victime » clairement défini au niveau des structures d'accompagnement ou de traitement contribue à la dispersion de la victime. En second lieu,

¹¹³³ Ainsi, en ce qui concerne le rapport de 2009, les procès-verbaux établis au titre de la discrimination représentent que 23% des 96 procès-verbaux établis (soit 22) et 7% pour 2010 (soit 10). Notons néanmoins que les procès-verbaux établis en matière d'atteintes aux libertés et aux droits fondamentaux sont moindres par rapport à d'autres secteurs (soit 0,5 % de la totalité depuis 2004) : *L'inspection du travail en France en 2010, préc.*, p. 223.

¹¹³⁴ 2170 observations pour 2010 et 1586 en 2009.

¹¹³⁵ V. *infra* n° 414.

l'accroissement des pouvoirs aux principaux acteurs de défense de la victime des discriminations, par l'adoption de diverses modifications législatives à cet effet, n'a pas suffi à améliorer le traitement des discriminations.

Les préconisations que nous pouvons émettre portent sur deux axes. D'une part, il importe que les acteurs de défense de la victime de discrimination, que sont les institutions représentatives du personnel ou l'inspecteur du travail, soient davantage dotés de moyens humains pour qu'ils puissent mener à bien leur mission. La sensibilisation et la formation de ces acteurs doit être renforcée afin de leur donner la capacité d'être mieux à même de traiter de ce type d'infractions. D'autre part, il importe que l'ensemble des acteurs, quelle que soit leur contribution dans la prise en charge d'une victime, travaillent dans la complémentarité afin que les pouvoirs des uns puissent bénéficier à ceux qui n'en bénéficient pas, mais qui restent à même d'apporter leur pierre à l'édifice.

Chapitre second:

La coordination des voies d'action dans le traitement des discriminations

408. La coordination est «une harmonisation d'activités diverses dans un souci d'efficacité»¹¹³⁶. La coordination des voies d'action est donc intimement liée à l'efficacité des voies d'action existantes en matière de discrimination. L'harmonisation n'a pas pour objectif premier de permettre la substitution d'une voie à une autre ; elle cherche, au contraire, à se départir des inconvénients engendrés par l'action autonome d'une institution, en favorisant l'action complémentaire de l'ensemble des acteurs. Le constat est, pour l'heure actuelle, que ces voies d'action sont utilisées de façon très fractionnée (Section 1). Ce fractionnement de voies d'action pèse directement sur l'effectivité, non pas seulement de la voie répressive, mais bien de l'ensemble des voies de traitement. Partant de ce constat, il convient, à des fins prospectives, de proposer des pistes de réflexion qui favoriseront cette coordination (Section 2).

Section 1 – D'une coordination des voies d'action trop fractionnée

409. Le fractionnement des voies d'action est favorisé par l'absence de définition et d'encadrement du rôle que chaque acteur doit être amené à jouer (§1). Or, indépendamment de la volonté, de la participation et de la contribution apportée par chaque acteur, ce fractionnement emporte des conséquences importantes qui pèsent sur les parties en présence (§2).

¹¹³⁶ v° Coordination in *Dictionnaire Larousse préc.*

§ 1 - Le rôle incertain des acteurs de traitement

410. S'il nous est possible de faire état du caractère particulièrement incertain du rôle dévolu aux acteurs de traitement des discriminations, cela résulte de l'observation de deux éléments. En premier lieu, si les acteurs de traitement se sont multipliés, pour offrir de plus grandes chances à la victime de faire entendre sa cause, il n'en demeure pas moins que la démarcation existante entre les pouvoirs dévolus à chacune de ces autorités est largement insuffisante (A). Or, cette absence de démarcation empiète considérablement sur les pouvoirs de l'autorité répressive, ce qui contribue à son recul dans le traitement des discriminations (B).

A) L'absence de démarcation existante entre les pouvoirs dévolus à chaque autorité

411. S'il subsiste, encore aujourd'hui, une large confusion autour du rôle que chaque acteur doit être amené à jouer, cela résulte en partie de l'élargissement progressif du statut octroyé à l'ancienne HALDE. Définie au départ comme autorité de régulation (1), son succès lui a valu l'octroi du statut d'autorité de sanction (2).

1) D'une autorité de régulation

412. **Réguler, c'est contrôler.** Le statut octroyé à une institution a nécessairement des conséquences sur le champ dans lequel elle intervient, surtout quand cet octroi s'accompagne toujours d'un message politique. La HALDE, intégrée par la suite dans l'institution du Défenseur des droits, a été mise en place en 2004 sous le statut d'autorité administrative indépendante. Cette autorité, ni juridictionnelle ni administrative, se caractérise principalement par sa fonction de régulation. La conciliation et la médiation sont les modes de traitement privilégiés des litiges soumis à ce type d'autorité¹¹³⁷.

Ces autorités administratives exercent, en général, une mission de service public qui porte

¹¹³⁷ Conseil d'Etat, *Rapport public 2001. Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes*, Paris : La Documentation française, Coll. Etudes et documents n° 52, 2001, p. 278.

directement sur la régulation économique, tout autant que sur la défense des droits et libertés. Essentiellement définies par la présence de trois caractéristiques communes que sont d'une part, le pouvoir décisionnaire et le statut d'indépendance dont elles disposent et d'autre part, leur nature administrative¹¹³⁸, les autorités administratives disposent d'une grande diversité de pouvoirs et de fonctions. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il n'existe aucune définition consensuelle qui permet d'harmoniser leur statut.

En sa qualité d'autorité, l'autorité administrative poursuit une fonction essentielle de régulation¹¹³⁹ qui l'amène à « encadrer le développement d'un secteur de la vie sociale, en s'efforçant d'assurer le respect de certains équilibres ». Elle « prend souvent un caractère arbitral, qui la rapproche de celle du juge »¹¹⁴⁰. Proche mais n'ayant ni le même rôle, ni les mêmes pouvoirs, elle n'a pas vocation à se substituer à l'autorité judiciaire ou à l'autorité administrative. La nécessité de réguler a, dès lors, justifié l'octroi de pouvoirs de contrôle, de qualité et d'intensité très variables, à certaines autorités administratives, allant de la concession de pouvoirs d'investigation à celle de pouvoirs de contraintes.

Mais l'octroi de certains de ces pouvoirs a considérablement amenuisé cette mince frontière qui permettait classiquement de démarquer les pouvoirs de l'autorité administrative de ceux de l'autorité judiciaire¹¹⁴¹. Tel est notamment le cas de la Halde et le contexte de son adoption y est pour beaucoup. Ainsi, si les motivations liées à l'instauration d'une autorité administrative indépendante sont très variées, il ne fait aucun doute, pour Monsieur le Président CHAZAL de MAURIAC, que la création de la HALDE est « née d'un échec

¹¹³⁸ GOHIN O., *Institutions administratives*, 4^{ème} éd., Paris : LDGJ, 2002, p. 234. Bien que certaines n'aient pas été expressément qualifiées d'autorités « administratives », comme ce fut le cas notamment pour le Médiateur de la République, cette qualité ne fait pour autant aucun doute. V. ainsi, la jurisprudence *Retail* du Conseil d'Etat : CE, ass., 10 juill. 1981, n° 05130, *Retail*, Rec. Cons. d'Et. 1981, p. 303 ; Juris-data n° 1981-040785 ; RD publ. 1981, p. 1441, concl. FRANC M. et p. 1687, note AUBY J.-M.

¹¹³⁹ V. pour une critique de cette fonction de régulation : TRAORE S. qui n'a ainsi pas hésité à dénoncer l'hypocrisie de cette fonction théorique de régulation attachée aux AAI, pour aboutir à la conclusion qu'il ne s'agit ni plus ni moins d'une fonction d'administration classique : *Les autorités administratives indépendantes dotées de la personne morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique*, Dr. adm. 2004, n° 8, p. 16.

¹¹⁴⁰ CHEVALLIER J., *Réflexions sur l'institution administrative indépendante*, JCP 1986, II-3254.

¹¹⁴¹ CHEVALLIER J., *Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification*, RFDA 2010, p. 896.

judiciaire »¹¹⁴². Mais cette création résultait également d'une certaine ambiguïté politique : entre volonté politique d'apporter une réponse efficace à des discriminations de plus en plus évoquées et nécessité de ne pas empiéter sur les pouvoirs judiciaires, le compromis était forcément difficile à trouver ; le résultat, non sans ambiguïtés.

413. Mais réguler, ce n'est pas filtrer. Derrière cette nécessité de réguler le traitement des discriminations, il y avait cette l'idée de faire de la HALDE, et maintenant du Défenseur des Droits, une entité à part entière. La régulation devait être un complément parallèle et la définition même de cette régulation contribuait à l'éloignement de cette entité administrative du domaine judiciaire. Initialement, c'est donc à travers un rôle de magistrète moral que la HALDE présentait un vif intérêt en termes de lutte contre les discriminations. La définition de son pouvoir de médiation et de recommandation allait permettre d'assurer un contrôle considérable des pratiques discriminatoire.

La HALDE n'avait donc pas vocation, à l'inverse de certains de ses homologues étrangers, à effectuer le filtrage du contentieux. Ce pouvoir de filtrage du contentieux se retrouve notamment dans le système québécois, dont nous reconnaissons la capacité à assurer une protection efficiente des droits de la personne. La Charte des droits de la personne¹¹⁴³, qui protège les droits de la personne et régit les différentes institutions compétentes, prévoit, en effet, un double degré de traitement des plaintes. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse est chargée en amont d'apprécier les affaires qui feront l'objet d'une transmission au Tribunal des droits de la personne¹¹⁴⁴. Pour autant, dans l'hypothèse où

¹¹⁴² Ce propos a été tenu par le premier président de la Cour d'appel de Paris à l'occasion d'un entretien avec FRISON ROCHE M. -A. Il constate parallèlement que d'autres AAI ont été créées en raison « du caractère très spécifique des matières traitées » : GELARD P. et FRISON ROCHE M. -A., Office parlementaire d'évaluation de la législation, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, T1, Paris : Assemblée nationale-Sénat, 2006, rapport n° 3166, p. 27.

¹¹⁴³ La Charte des droits de la personne énumère tous les droits qu'elle confère à la personne. A cet effet, la prohibition des discriminations est prévue en son article 10 avec un domaine d'application assez large, puisqu'il couvre celui de l'emploi, des actes juridiques, de l'accès aux lieux publics etc. Pour une présentation de la notion de discrimination dans la Charte des droits de la personne, v. CARON M. et al., *Notion de discrimination. Analyse de la notion de discrimination contenue dans la charte des droits et libertés de la personne*, Québec : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, déc. 1980, disponible sur : <http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs53687>, p. 17 à 25.

¹¹⁴⁴ CDPDJ, *La personne au cœur des actions de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Déclaration de services aux citoyens*, Québec : CDPDJ, 2001, disponible sur : <http://www.cdpedj.qc.ca/>, p. 2 à 4. Le système Canadien est d'ailleurs assez similaire. Il est régi, quant à lui, par

aucune solution au règlement du litige n'a été trouvée, seule cette Commission dispose de la faculté de saisir le Tribunal des droits de la personne¹¹⁴⁵. En France, le système des voies d'action a été conçu de manière quasiment concurrentielle et la transposition d'un tel système n'aurait pu être envisageable. En effet, le système québécois est essentiellement régi par la Charte¹¹⁴⁶ alors qu'au niveau du système français les compétences des différentes institutions résultent d'un ensemble de dispositions législatives très variées. Concrètement, la HALDE était un subtil mélange de fonctions d'enquêteur, de juge et de conseil, mais elle n'avait pas, pour autant, de fonction précontentieuse.

Parallèlement, la création de la HALDE reposait bien sur l'idée qu'elle devait permettre de jouer, dans la pratique, le rôle de filtre, c'est-à-dire d'un relais par lequel il était possible de passer directement en cas de plainte. Si au détour de sa saisine, la HALDE rencontrait des affaires dont l'opportunité commandait le dessaisissement de l'autorité, il importait qu'elle en assure la redirection à l'autorité judiciaire. Cette capacité de filtrage a donc aussi inspiré la création de la HALDE¹¹⁴⁷ et c'est la raison pour laquelle elle dispose d'un pouvoir de transmission directe du litige aux tribunaux judiciaires. En réalité, la mise en application de ce pouvoir s'est avérée plus complexe qu'il n'y paraît. De même, l'adoption de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006¹¹⁴⁸, donnant faculté à la HALDE de recourir à la transaction pénale pour procéder au règlement du litige, est venue amoindrir la démarcation des rôles respectifs de chacune de ces autorités.

la Loi canadienne sur les droits de la personne. Celle-ci a institué en premier ressort la Commission Canadienne des droits de la personne et en second ressort le Tribunal Canadien des droits de la personne.

¹¹⁴⁵ Ceci n'ôte pas la possibilité pour la victime de saisir directement le Tribunal des droits de la personne, en présence d'un refus de la commission de transmettre le dossier. Néanmoins, cela suppose qu'initialement la personne ait saisi la Commission des droits de la personne. V. pour une présentation détaillée de ce fonctionnement ; LAMARCHE L., *Les institutions de défense des droits de la personne au Québec*, RF adm. publ. 2011, n° 139, p. 487.

¹¹⁴⁶ BOSSET P., *Les mesures législatives de lutte contre la discrimination raciale au Québec : un bilan institutionnel*, Nouvelles pratiques sociales 2005, vol. 17, n° 2, p. 15.

¹¹⁴⁷ Les systèmes anglais, belge et québécois constituaient d'ailleurs des terrains d'étude dans le cadre de la commission STASI, chargée de réfléchir sur la mise en place d'une autorité de lutte contre les discriminations. Nous en ressentons d'ailleurs l'influence dans les pouvoirs dont disposait la HALDE, et dorénavant le Défenseur des Droits. STASI B., *Vers la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : Rapport au Premier ministre, préc.*, p. 45-50.

¹¹⁴⁸ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, JO 2006, n° 79, p. 4950.

2) *A une autorité de sanction*

414. *Le pouvoir de sanction de la HALDE ne s'apparente pas aux sanctions classiques que peuvent prononcer les autorités administratives indépendantes.* On considère classiquement que l'octroi d'un pouvoir de sanction à une autorité administrative n'emporte aucune conséquence sur la séparation existante entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, étant entendu que la sanction revêt en elle-même un caractère administratif. La question mérite néanmoins d'être posée en ce qui concerne l'ancienne HALDE. En effet, deux ans seulement après son instauration, une nouvelle mesure législative est venue lui octroyer un pouvoir de transaction pénale. D'une certaine manière, conférer un pouvoir de sanction à cette autorité revenait à marquer une rupture avec le traitement pénal des discriminations, autrement dit exprimer clairement la perte de confiance du législateur à l'égard de l'autorité répressive.

Du point de vue juridique, l'initiative n'emporte pas la critique puisque nous savons que la fonction de régulation d'une autorité ne s'oppose en aucune manière à l'attribution d'un pouvoir de sanction à cette dernière, sous réserve que ce pouvoir soit jugé nécessaire pour le bon exercice de sa mission. En réalité, c'est davantage l'ambiguïté du message politique, qui sous-tend cette initiative, qui est critiquable. En effet, rien ne nous permet, en l'état actuel de nos observations, d'affirmer que l'ancienne HALDE, dorénavant le Défenseur des Droits, dispose d'un pouvoir de sanction. Mais, sous prétexte qu'aucune des catégories juridiques que nous connaissons ne permet de rendre compte du pouvoir de sanction de la HALDE, il serait paradoxal de faire comme si cette autorité n'intervenait en aucune manière dans le processus de sanction. Plusieurs éléments donnent pourtant l'illusion que la HALDE n'est pas une autorité de sanction.

D'abord, ce pouvoir de transaction ne s'apparente pas aux pouvoirs classiques de sanction, tel qu'ils sont octroyés aux autres autorités administratives. En effet, si l'ancienne HALDE apprécie l'opportunité du recours à la transaction pénale, au terme de laquelle une amende transactionnelle peut être proposée¹¹⁴⁹, la validité d'une telle transaction reste soumise à

¹¹⁴⁹ Loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004, art. 11-1 à 11-3 créés par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances. Ces articles sont complétés par le décret n° 2006-641 du 1^{er} juin 2006 relatif aux transactions proposées par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, BO Min. just.,

homologation judiciaire. De même, il est admis que la sanction administrative échappe à l'application du principe *non bis in idem*. Ainsi, même si les faits ont déjà donné lieu à une sanction prononcée par l'autorité administrative, rien ne s'oppose au prononcé d'une sanction judiciaire pour les mêmes faits.¹¹⁵⁰ Bien que cette solution soit critiquée par la doctrine et condamnée par les instances européennes¹¹⁵¹, la transaction pénale fait exception de cette règle. En effet, l'amende transactionnelle prononcée par l'ex-Halde, exception faite de l'hypothèse où elle est inexécutée, emporte l'extinction de l'action publique.

415. *Compte tenu du domaine dans lequel elle intervient, la HALDE est nécessairement une autorité de sanction.* L'amende transactionnelle ne saurait donc être assimilée à une sanction administrative classique et c'est la raison pour laquelle elle reste sujette à caution. Si de par sa nature, la transaction n'est pas assimilée à une sanction, elle l'est nécessairement compte tenu du domaine dans lequel elle intervient. Monsieur le Professeur MAYAUD relève, à cet effet, « qu'il est très rare qu'une autorité administrative indépendante dispose ainsi d'un pouvoir de sanction visant directement des actions ou omissions constitutives d'infractions pénales (...) même à supposer l'existence de textes d'incrimination pouvant en recouper le principe, les faits sanctionnés sont moins ceux correspondant à leur version pénale, que ceux en relation avec les normes édictées par l'Autorité »¹¹⁵². Autrement dit, la faculté de prononcer une amende transactionnelle sur des faits constitutifs d'une infraction pénale place *de facto* cette autorité au rang d'organe quasi-judictionnel. Cette association ne résulte pas tant de son mode de fonctionnement que du domaine dans lequel cette autorité intervient et contribue à l'éloigner de son rôle principal de

1^{er} avr. au 30 juin 2006, n° 102. Pour une présentation succincte, V. *Lutte contre les discriminations et transactions proposées par la Halde*, JCP S 2006, n° 42, 1828, p. 71.

¹¹⁵⁰ CE, 26 déc. 2008, *Gonzales-Castrillo*, req. n° 282995, Dr. fisc. 2009, n° 10, p. 47, concl. COLLIN P. - S'agissant du cumul d'une condamnation pénale avec une sanction disciplinaire : Cass. crim., 7 sept. 2004, n° 04-80.010, Bull. crim. n° 200, p. 717 ; D. 2004, IR, p. 2691 ; RSC 2005, p. 69, obs. FORTIS E. - Cass. crim., 27 juin 2000, n° 99-83.688 - Cass. crim., 27 mars 1997, n° 96-82669, Bull. crim. 1997, n° 128, p. 431 ; D. 1998, p. 172.

¹¹⁵¹ V. ainsi PIWNICA E., *La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes*, RFDA 2010, p. 915.

¹¹⁵² MAYAUD Y., *La HALDE, une trop « Haute » autorité ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression*, Dr. soc. 2007, p. 930.

régulateur¹¹⁵³.

416. *Le Défenseur des droits, un changement de dialectique ?* L'intégration de la HALDE dans l'institution du Défenseur des droits aurait pu être l'occasion de redéfinir avec plus de précision le statut de cette autorité. Il semble néanmoins qu'aucune démarche n'ait été entreprise en ce sens. L'instauration de ce nouveau Défenseur a pour principal objectif de favoriser une meilleure protection des droits et des libertés des citoyens en comblant les carences constatées au niveau de l'intervention de l'autorité judiciaire et administrative. Pour ce faire, le législateur a procédé à l'alignement d'une importante partie des pouvoirs préexistants ou non préexistants à l'ensemble des entités intégrées en son sein, en dépit des difficultés et contradictions engendrées par leur hétérogénéité¹¹⁵⁴. Si la mission Lutte contre les discriminations du Défenseur des droits n'a donc pas connu d'amplification considérable de ses pouvoirs, l'ancienne Halde a été un modèle d'inspiration pour l'élargissement des pouvoirs reconnus à ces autres entités.

Pour autant, les incertitudes engendrées par son nouveau rôle et son nouveau statut ont su relancer le débat sur la place de cette nouvelle autorité dans le paysage juridictionnel¹¹⁵⁵. Sans prendre part à ce débat, largement enrichi par la doctrine publiciste¹¹⁵⁶, nous tâcherons de reprendre succinctement, à notre compte, ces multiples interrogations afin de mesurer les conséquences de l'intégration de la HALDE au sein du Défenseur des droits.

La mise en place du Défenseur des droits répond à des nécessités pratiques de bonne

¹¹⁵³ Justifiant alors le cumul de pouvoirs procédant de trois ordres différents, à savoir l'exécutif, le législatif et le judiciaire, EPRON Q. note ainsi que « du point de vue du régulateur, il ne s'agit pas d'exercer un pouvoir « législatif », « exécutif » ou « juridictionnel » : il s'agit d'utiliser des compétences données par la loi ou le règlement, dans un domaine particulier, marqué par une forte technicité. C'est en ce sens qu'il y a, entre ses mains, une certaine confusion des pouvoirs : une confusion qui n'est pas tant un cumul de « pouvoirs » qu'un rassemblement d'outils pour répondre, au cas par cas, à des enjeux techniques dans un domaine donné » : *Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs*, RFDA 2011, p. 1007.

¹¹⁵⁴ SLAMA S., *Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal émaillée ?*, RF adm publ. 2011, n° 139, p. 461.

¹¹⁵⁵ BALLADUR E., Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, *Une Vème république plus démocratique*, Paris : La Documentation française-Fayard, 2007, p. 92. V. pour une présentation des différentes propositions portant sur ce vaste projet de modernisation des institutions : VERPEAUX M., *Moderniser et équilibrer les institutions de la Vème République – Premières réflexions sur 77 propositions*, JCP G 2007, n° 46, I -204, p. 15.

¹¹⁵⁶ V. ainsi, ROUYERE A., *La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ?*, RFDA 2010, p. 887, MENARD J.-C., *Le Défenseur des droits : "monstre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ?*, LPA 2008, n° 214, p. 4.

administration, de cohérence et de visibilité pour le fonctionnement des différentes autorités administratives préexistantes¹¹⁵⁷. Sa création s'accompagne de surcroît d'un objectif de rationalisation budgétaire¹¹⁵⁸, dont les conséquences sur l'organisation du Défenseur des droits sont certaines. Mais ce souci de rationalisation budgétaire n'a pas dicté le choix des d'institutions¹¹⁵⁹ ayant vocation à être regroupées au sein d'un organe de défense des droits et des libertés fondamentales. Ce choix devait répondre au contraire à un critère de cohérence. Le champ matériel d'intervention fut le critère de répartition choisi : afin de séparer les autorités de régulation de celles participant à la défense des libertés et des droits fondamentaux, le législateur regroupa ces dernières au sein du Défenseur des Droits¹¹⁶⁰.

Assurément, le choix ne fut pas exempt de critiques face à une sélection d'institutions qui « semble empreinte d'un certain arbitraire »¹¹⁶¹. Pour l'essentiel, la création du Défenseur des droits était surtout l'occasion de combler les difficultés rencontrées par le Médiateur de la République, compte tenu de la dilution de la protection des administrés en un ensemble de différentes autorités administratives « aux attributions voisines ». Dans cette perspective, seule l'instauration d'une institution, chargée de protéger efficacement leurs droits et libertés fondamentaux¹¹⁶², allait créer un nouvel essor dans la protection des administrés. Mais, l'utilisation d'un tel critère n'a pas su emporter la conviction de la doctrine tant, il est vrai, que la défense des droits et des libertés aurait dû autoriser l'inclusion d'autres institutions administratives. Ce critère matériel justifie l'association de la HALDE et du Défenseur des

¹¹⁵⁷ « Il y a tellement de diversité dans ce mode des autorités médiatrices, avec des problèmes de frontières et de concurrence dans l'exercice de leurs compétences. Il faut que les choses, pour être plus claires, soient plus simples » : MAZEAUD P. et SCHRAMECK O., *Rapport de la commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck*, RD publ. 2008, p. 3.

¹¹⁵⁸ V. ainsi PEYRONNET J. -Cl., *Projet de loi de finances pour 2009 : Protection des droits et libertés*, Paris : Sénat, Avis n° 104 de M. J.-. CL. PEYRONNET fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2009, déposé le 20 nov. 2008.

¹¹⁵⁹ Le Défenseur des droits regroupe actuellement le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Commission nationale de déontologie de la sécurité, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

¹¹⁶⁰ FRISON-ROCHE M.-A., *Autorités administratives incomprises*, JCP G 2010, n° 48, Libres propos, 1166, p. 2206.

¹¹⁶¹ RENAUDIE O., *La genèse complexe du Défenseur des droits*, RF adm. publ 2011, n° 139, p. 397 : L'auteur trouve ainsi qu'il est peu logique que la Commission d'accès aux documents administratifs ne fasse pas partie des institutions intégrées sous le Défenseur des droits. V. aussi pour une présentation et une critique de ces réflexions : MENARD J.-C., *loc. cit.*, p. 4.

¹¹⁶² Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, rapport *préc.*, p. 92.

enfants puisque leurs missions portent respectivement sur la lutte contre les discriminations et la défense des droits de l'enfant et donc sur la protection du particulier, en ce qui concerne toute atteinte portée par une personne privée ou publique, physique ou morale. A l'inverse, les missions du Médiateur de la République et de la Commission nationale de déontologie de la sécurité sont tout autres. Si l'intégration de la HALDE se justifie parce que la lutte contre les discriminations constitue « l'un des enjeux des plus forts de la protection des droits et libertés »¹¹⁶³, celle du Médiateur et de la CNDS est moins légitime ; leur mission principale porte pour l'essentiel sur la résolution des différents existants entre le citoyen et l'administration¹¹⁶⁴. Comme le souligne Monsieur le Professeur CHEVALLIER la spécificité, au titre de laquelle la HALDE intervient pour tout litige opposant un citoyen, perd de ce fait en visibilité et en identité¹¹⁶⁵. Entre logique d'intégration et nécessité de différenciation, le compromis était donc loin d'être gagné¹¹⁶⁶.

Enfin l'existence d'une inadéquation entre le statut de cette autorité et les missions qui lui sont rattachées a suscité un certain scepticisme au niveau de la doctrine. A défaut d'autre qualification plus pertinente, le Défenseur des droits a été reconnu comme autorité administrative indépendante¹¹⁶⁷, dont le rang constitutionnel a été consacré par la loi organique du 29 mars 2011 en son article 2 alinéa 1^{er}¹¹⁶⁸. Rattachée au pouvoir exécutif tout en agissant de façon indépendante par rapport à celui-ci¹¹⁶⁹, cette autorité n'a de caractère

¹¹⁶³ GELARD P., *Rapport sur le Projet de loi relatif au Défenseur des droits*, Paris : Sénat, Rapport n° 482 fait au nom de la commission des lois, déposé le 19 mai 2010.

¹¹⁶⁴ La HALDE avait initialement été exclue du projet de loi constitutionnelle puisque le Défenseur des droits n'avait, en effet, vocation qu'à intervenir dans le domaine public. Ce n'est que suite à une proposition de la Commission du Sénat qu'elle fut intégrée en son sein. Interrogée à ce sujet, cette dernière n'estimait pas son intégration pertinente notamment eu égard à son champ d'intervention qui porte sur le domaine privé : PEYRONNET J.-Cl., avis n° 104, *préc.*

¹¹⁶⁵ « La fusion des quatre autorités soulève des problèmes plus délicats encore : chacune de ces autorités avait, en effet, été investie au moment de sa création d'une forte charge symbolique ; érigées en garantes des droits et libertés dans le secteur dont elles avaient la charge, elles se sont attachées à affirmer leur indépendance à l'égard des pouvoirs de toute nature, à renforcer leur visibilité par des opérations de communication vis-à-vis de l'opinion publique, à construire un répertoire d'action qui leur soit propre » : CHEVALLIER J., *Le Défenseur des droits : unité ou diversité ?* RF adm. publ. 2011, n° 139, p. 433.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 443.

¹¹⁶⁷ V. ainsi la démonstration de AUTIN J.-L. par laquelle il écarte soigneusement les qualifications de pouvoir public constitutionnel et d'autorité judiciaire. Il conclut qu'en raison de l'inapplicabilité de ces qualifications, seule celle d'autorité administrative indépendante était recevable au titre de statut de cette nouvelle autorité : *Le statut du Défenseur des droits*, RF adm. publ. 2011, n° 139, p. 421.

¹¹⁶⁸ Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *préc.*

¹¹⁶⁹ V. pour une analyse de cette oxymore : ROUYERE A., *loc. cit.*, p. 887.

administratif que le statut. Comme le soulève ainsi Monsieur le Professeur AUTIN, le caractère administratif de ces autorités paraît légitime à partir du moment où celles-ci servent les intérêts de l'administration, c'est-à-dire quand elles sont « habilités à agir dans la vie sociale sur mandat de la collectivité qu'elles représentent »¹¹⁷⁰. Son intervention dans le champ de la protection des droits et des libertés dessert la légitimité attachée à ce statut d'autorité administrative et les conséquences de ce constat ne sont pas anodines. Il y a d'abord la question de l'empiètement, au niveau du champ d'intervention, que subit l'autorité judiciaire et donc de la juxtaposition de ces autorités. Cette difficulté est accrue par le fait, qu'ensuite, la généralisation ou le renforcement de certains pouvoirs, dont certaines autorités ne bénéficiaient pas antérieurement, laisse penser que, de plus en plus, ce type d'autorité devient un pouvoir qui concurrence directement l'autorité judiciaire.

417. Il serait donc difficile de conclure autrement que de dire que la fusion de la HALDE au sein du Défenseur des droits a été véritablement l'occasion manquée d'améliorer la lisibilité du rôle et des missions dévolues à chaque autorité de traitement des discriminations. Au contraire, il est à craindre que l'empiètement de l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire reste une problématique sans réponse, faute d'y voir un quelconque intérêt. Mais, ce qui suscite également notre inquiétude porte sur le fait que parallèlement, l'autorité judiciaire se désengage progressivement de la lutte contre les discriminations.

B) Le parquet, un acteur fantôme de la lutte contre les discriminations ?

418. ***La méfiance éprouvée à l'égard de l'autorité judiciaire comme origine de son recul.*** Quand une institution intervient sur un champ de compétences propre à une institution, il existe deux façons de concevoir leur coexistence : soit nous tentons de coordonner au mieux leurs actions et interventions respectives au profit d'une meilleure effectivité du droit, soit, dans le cas inverse, l'une est privilégiée au détriment de la seconde. Or, en dépit de toute la légitimité que nous devons reconnaître au Défenseur des droits, il existe un certain nombre d'incohérences dans le dispositif actuel qui nous amènent à

¹¹⁷⁰ AUTIN J.-L., *loc. cit.*, p. 426.

considérer qu'au lieu de résoudre les carences actuelles du système judiciaire, nous avons préféré favoriser le potentiel de cette nouvelle institution¹¹⁷¹. Aussi, abstraction faite du domaine spécifique qui nous intéresse, l'extension généralisée de pouvoirs quasi-judictionnels aux institutions fondues dans le Défenseur des droits constitue un premier indice de cette défiance éprouvée à l'égard du juge judiciaire. A l'instar de l'autorité judiciaire, cette « méga-institution » en est l'étrange reflet, cumulant les fonctions d'enquêteur, d'aide à la victime et de juge.

Mais cette méfiance peut aussi être relevée à un autre égard, notamment celui des rapports entretenus par l'autorité administrative avec l'autorité judiciaire. En rapportant que le Défenseur des droits « se présente en concurrent relatif des juridictions pénales, puisqu'il a pour mission de vider le “litige” jusqu'à pouvoir causer l'extinction de l'action publique »¹¹⁷², Monsieur DETRAZ donne une image somme toute assez claire du chevauchement actuel de ces deux institutions. La substitution du parquet par le Défenseur des droits résulte de deux facteurs. D'une part, le Défenseur des droits est juge de l'opportunité de recourir à la voie pénale (1), et d'autre part, il est également juge de l'opportunité de se substituer à cette dernière (2).

1) Le Défenseur des droits est juge de l'opportunité de recourir à la voie pénale

419. Le Défenseur des Droits doit en principe accueillir et orienter la victime vers les procédures adaptées à son cas. Incidence financière, longueur, austérité, aléa, l'institution judiciaire est au service du justiciable sans toutefois toujours assurer une proximité suffisante avec ce dernier. Une résolution des litiges de proximité passe indéniablement par une faculté de saisine aisée, à moindre coût et d'envergure moindre que celle l'autorité judiciaire. Le Défenseur des droits répond à l'ensemble de ces critères et constitue donc un atout de taille dans le traitement et la résolution de litiges de faible ampleur ou de faible

¹¹⁷¹ Cette affirmation fait écho aux propos tenus par CHAZAL de MAURIAC R.: « il aurait fallu aiguillonner le Parquet plutôt que de passer la main. Il aurait été préférable de cerner les juridictions en difficulté, et de les renforcer pour qu'elles puissent jouer pleinement leur rôle dans le domaine de la lutte contre les discriminations », GELARD P., Office parlementaire d'évaluation de la législation, rapport *préc.*

¹¹⁷² DETRAZ S., *Le rôle du Défenseur des droits, un nouveau « tout-en-un » procédural*, Dr. pén. 2011, n° 6, étude n° 8, p. 7.

gravité. En théorie, il y a donc plus de chances que celui-ci soit privilégié, avant même que se pose la question d'un contentieux judiciaire. Cette variable est essentielle dans la compréhension du raisonnement que nous tenons.

En principe, la victime, en choisissant de recourir au Défenseur des droits n'est pas nécessairement certaine de voir sa réclamation entièrement traitée par ce dernier. La saisine de celui-ci ne constitue pas un choix irrévocable dans le mode de traitement du conflit ; le Défenseur des droits doit être amené à jouer le rôle de conseil auprès de la victime. Aussi, celui-ci doit d'abord lui permettre « d'identifier les procédures adaptées à son cas »¹¹⁷³ et lui proposer, par voie de conséquence, le recours qui lui paraît le plus propice au regard d'un certain nombre de critères. *A priori*, il faudrait concevoir que plus l'atteinte est de faible gravité ou plus le litige peut être résolu simplement et plus adéquate sera la médiation. Cette dernière a, en effet, l'intérêt non négligeable d'éviter la lourdeur et l'éventuel échec de la voie contentieuse¹¹⁷⁴. Mais, dans un tel cas, l'alternative choisie par le Défenseur des droits est essentiellement fonction de la gravité de l'acte et de la prise en compte de l'intérêt de la victime et du plaignant, pour lequel il faudra espérer que cette voie médiane sera suffisamment propice à sa prise de conscience.

420. La HALDE, et dorénavant le Défenseur des Droits, doivent saisir le procureur en présence de faits constitutifs d'une infraction de discrimination. Reste qu'il est parfaitement possible que la réclamation de la victime porte directement sur des faits constitutifs de l'infraction de discrimination. Dans ce cas, le traitement du Défenseur des droits n'est pas suffisant puisqu'indépendamment des attentes de la victime, les faits portent directement atteinte à l'intérêt général. Dans cette perspective, la loi du 30 décembre 2004 - cette solution est reprise par la loi du 29 mars 2011¹¹⁷⁵ - prévoyait la possibilité pour la HALDE de transmettre au procureur de la République la réclamation pour laquelle elle avait

¹¹⁷³ Loi n° 2011-333 du 29 mars 2011, art. 27.

¹¹⁷⁴ La HALDE souligne ainsi dans son rapport annuel 2006 que « le collègue a eu recours à la médiation lorsque celle-ci paraissait la mieux à même de résoudre le problème soulevé » : HALDE, Rapport annuel 2006 *préc.*, p. 33. KERN S. souligne à cet effet l'importance de la médiation qui, dans un certain nombre de cas, permet une résolution du litige et l'obtention par le salarié de ce qui lui avait été refusé. De telles résolutions permettent alors d'éviter le passage à une phase contentieuse, GRENET N., *Débat sur la montée en puissance de la Halde*, Points de vue croisés entre KERN S., TARASEWICZ Y. et GRUMBACH T., SSL 2007, n° 1317, p. 10.

¹¹⁷⁵ Article 33 al. 3.

été saisie. Cependant, ce transfert à l'autorité judiciaire supposait bien évidemment qu'une appréciation soit portée, au préalable, sur les faits et c'est cette démarche particulière qui, à notre sens, peut poser certaines difficultés.

Sous l'empire de la HALDE, les circulaires du 3 octobre 2005 et 26 juin 2006 relatives aux relations entre la HALDE et l'autorité judiciaire, précisent qu'une obligation de dénonciation des faits s'impose à la Haute autorité « lorsque les faits apparaissent suffisamment établis et qu'ils portent une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a mission d'assurer l'application »¹¹⁷⁶. L'exégèse de la circulaire impose donc à la HALDE de saisir le procureur de la République, non pas de tous faits constitutifs de l'infraction de discrimination, mais uniquement de ceux qui apparaissent suffisamment établis et qui, de surcroît, ont entraîné une atteinte suffisamment caractérisée¹¹⁷⁷. Cette exigence couvre alors deux hypothèses.

En premier lieu, l'autorité administrative doit transmettre la réclamation au procureur de la République que s'il a été saisi de faits rapportés par la victime qu'il considère suffisamment établis, parce que ces derniers sont étoffés par des éléments de preuve¹¹⁷⁸. A l'inverse, en admettant que la victime fasse sa réclamation sans aucun élément de preuve ou avec très peu d'éléments de preuve, un transfert de la réclamation au procureur de la République n'est envisageable qu'à partir du moment où l'autorité administrative décide d'aller à la recherche d'éléments de preuve supplémentaires. Si elle ne s'engage pas dans cette voie ou ne les

¹¹⁷⁶ Circulaire de la DACG 3 oct. 2005, portant sur les relations entre la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et l'autorité judiciaire, CRIM 2005-22 CAB/03-10-2005, BO Min. just. du 1^{er} oct. au 31 déc. 2005, n° 100 - Circulaire de la DACG 26 juin 2006 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances relatives à la lutte contre les discriminations et du décret n° 2006-641 du 1^{er} juin 2006 relatif aux transactions proposées par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, CRIM 2006-16 E8/26-06-2006, BO Min. just. du 1^{er} avr. au 30 juin 2006, n° 102.

¹¹⁷⁷ Nous soulignons.

¹¹⁷⁸ Mais cette exigence est quelque peu contradictoire avec les conditions du recours à la transaction pénale telles que précisées par la circulaire du 1^{er} juin 2006. Cette dernière prévoit ainsi que la transaction pourra être envisagée « si la discrimination a été portée par la victime à la seule connaissance de la haute autorité (...) l'autorité judiciaire n'étant pas saisie des faits, la procédure de transaction peut être engagée sans qu'il soit besoin d'en référer au procureur ». Si la discrimination fait l'objet d'une enquête, la Haute Autorité doit obtenir l'accord du procureur pour engager une procédure de transaction. La circulaire précise : « en pratique, cet accord ne devra être refusé que dans les seuls cas où le procureur de la République estime que les faits ne constituent pas une infraction ou alors qu'il a l'intention, en raison de la gravité de ces faits, d'engager des poursuites devant le tribunal correctionnel » : cf. point 1.3.1.

trouve pas, elle peut alors privilégier un traitement interne. N'y a-t-il pas à craindre que faute de temps ou de moyens ou en raison de l'intérêt de la victime, cette voie soit souvent privilégiée ?

En second lieu, il importe, qu'en toute hypothèse, l'atteinte soit considérée comme suffisamment caractérisée. Or, toute la difficulté porte sur la question de savoir de quelle manière il faut entendre cette « atteinte caractérisée ». Si l'on se place du point de vue de la HALDE, cette atteinte n'est-elle pas envisagée au regard des seuls intérêts de la victime, alors qu'en principe, en présence d'une infraction pénale, seul l'intérêt général doit être pris en considération ? Assurément accorder une telle faculté d'appréciation revient à reconnaître la compétence de cette autorité extrajudiciaire en matière de protection de l'intérêt général. Enfin, partant du constat qu'en cas de classement sans suite, il n'est pas certain que le Défenseur des droits puisse, comme le prévoit l'article 40-3 du Code de procédure pénale, former un recours auprès du procureur général, en ce que l'article vise « toute personne » sans autre précision, n'aura-t-elle pas intérêt à privilégier un traitement interne, au besoin en ayant recours à la transaction pénale ?

Nous remarquerons, enfin, que si ces circulaires ne trouvent plus application depuis la création du Défenseur des Droits, il n'est pas certain que, dans la pratique, la gestion des réclamations réponde à une logique différente. Rappelons en effet que beaucoup de pouvoirs dont se dotent le Défenseur des Droits ont été largement inspirés de ceux détenus par l'ancienne HALDE. De surcroît, ni la loi organique, ni les décrets régissant cette institution sont prolixes à ce sujet et l'absence de circulaires d'application permet de laisser intactes les pratiques antérieures existantes dans le domaine de la discrimination.

421. Outre la marge d'appréciation dont dispose le Défenseur des Droits quant à la saisine de l'autorité judiciaire, celui-ci dispose, de surcroît, de se substituer à cette dernière.

2) *Le Défenseur des droits est juge de l'opportunité de se substituer à la voie pénale*

422. Une faculté de substitution à travers l'utilisation de son pouvoir transactionnel.

Cette faculté de substitution s'est exprimée par l'octroi, en 2006, d'un pouvoir transactionnel à la Haute autorité de lutte contre les discriminations¹¹⁷⁹, maintenu dans le cadre du Défenseur des Droits¹¹⁸⁰. En effet, le Défenseur des Droits dispose de faculté de transiger pour toute réclamation relative à une discrimination avérée, cette transaction peut prendre la forme d'une sanction allant de 3000 € s'agissant d'une personne physique, à 15 000 € en ce qui concerne les personnes morales en présence de faits constitutifs d'une infraction de discrimination¹¹⁸¹.

Dans la pratique, l'octroi de cette prérogative permet à cette autorité de traiter les comportements discriminatoires constitutifs de l'infraction de discrimination, mais dont la gravité faible justifie de ne pas saisir le procureur de la République¹¹⁸². Si cette proposition relève de l'oxymore, reste que ce type de situation est fréquent. Dans de tels cas, la résolution intentionnelle discriminatoire existe mais un traitement moins lourd que celui de la voie répressive peut suffire à mettre fin aux pratiques discriminatoires. De même il est fréquent que cette modalité de traitement corresponde aux attentes de la victime, ne souhaitant pas s'engager dans une voie longue et coûteuse. La transaction se présente ainsi comme une voie médiane que l'autorité administrative peut juger propice à la résolution du litige. Le compromis est *a priori* intéressant. La HALDE se substitue à l'autorité judiciaire

¹¹⁷⁹ Loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004, art. 11-1 à 11-3 créés par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, complétés par le décret n° 2006-641 du 1^{er} juin 2006 relatif aux transactions proposées par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *préc.* Pour une présentation succincte, cf. *Lutte contre les discriminations et transactions proposées par la Halde*, *loc. cit.*, p. 71.

¹¹⁸⁰ Loi n° 2011-333, art. 28.

¹¹⁸¹ Cela couvre alors les infractions prévues aux articles 225-2, 432-7 du Code pénal et L. 1146-1 et L. 2146-2 du Code du travail.

¹¹⁸² C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle aboutit AMEDADJIE F. qui estime que la HALDE dispose d'une procédure parallèle, offerte à la victime dans la résolution du contentieux de faible gravité AMEGADJIE F., *La compétence pénale de la Halde, contours et enjeux*, AJ Pén. 2008, p. 307. V. aussi, les conclusions du Commissaire du gouvernement GUYOMAR M. rendues lors du contrôle par le Conseil d'Etat de la légalité de l'article 6 de l'ordonnance n° 2005-805 du 18 juill. 2005 portant la transaction. Il souligne ainsi qu'« à la contrainte juridique qui exige la tenue d'un procès, passé un certain seuil de gravité, s'ajoutent des considérations tenant à la bonne administration de la justice. La recherche d'alternative à la répression pénale n'apparaît en effet justifiée que pour les contraventions et les délits mineurs » : *Les conditions de la transaction pénale*, concl. sur CE Ass., 7 juillet 2006, *France Nature Environnement*, req. n° 283178, RFDA 2006, p. 1261.

dans la mise en œuvre de cette modalité et en cas de non respect, la saisine de l'autorité répressive demeure possible¹¹⁸³.

Cette initiative législative n'est guère surprenante car elle se situe en réalité dans la continuité des arguments avancés lors de la mise en place d'alternatives aux poursuites, c'est-à-dire qu'elle répond à une question d'efficacité répressive¹¹⁸⁴. Plutôt que de laisser un contentieux sans réponse et aux fins d'éviter la lourdeur d'un recours pénal classique, le recours à une voie médiane peut constituer un compromis acceptable ; cette perspective est avant tout un choix de politique pénale. Mais, le pouvoir transactionnel du Défenseur des droits ne se contente pas de répondre simplement à cette économie, et c'est la raison pour laquelle il n'est pas exempt de critiques. Différents points doivent retenir notre attention à cet effet.

423. Ce pouvoir transactionnel dispense l'autorité administrative de son obligation de dénonciation. Tout d'abord la politique pénale est avant tout l'instrument du procureur à travers laquelle il fixe ses objectifs, en fonction du territoire et des moyens dont il dispose¹¹⁸⁵. Aussi, considérer que le Défenseur des droits est légitime à juger quels comportements doivent faire l'objet d'une transaction pénale, revient à absoudre la question des discriminations de cette politique pénale. Ainsi, l'article 28 de la loi du 29 mars 2011 dispose que « lorsqu'il constate des faits constitutifs d'une discrimination (...), le Défenseur des droits peut, si ces faits n'ont pas déjà donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, proposer à l'auteur des faits une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle ».

Mais ce sur quoi la loi n'est pas très explicite est la question de savoir comment se concilie ce pouvoir de transaction avec l'obligation de dénonciation qui est la sienne. Son article 33

¹¹⁸³ La HALDE dispose alors de la possibilité de citer directement la personne devant le juge répressif. Notons que si l'auteur refuse la transaction, une transmission de l'affaire au juge répressif reste envisageable. Dans ce cas, la HALDE pourra effectuer ses observations et remplira ainsi le rôle d'auxiliaire de justice.

¹¹⁸⁴ Rappelons que le pouvoir transactionnel de la HALDE n'est pas la seule transaction pénale existante. Il existe d'autres types de transactions pénales dans des domaines strictement délimités. Il en va ainsi notamment des contributions indirectes et infractions douanières, de la police de l'eau et de la pêche, de la circulation et des transports publics, du droit rural et forestier. V. à ce sujet, REDON M., *v° Transaction*, Rép. pén. Dalloz, juin 2011, p. 2 et s.

¹¹⁸⁵ VOLFF J., *Elaborer et mener la politique pénale d'un parquet*, D. 2009, p. 317.

al. 3 prévoit, à cet effet, que cette obligation de dénonciation doit être mise en œuvre « sans préjudice » de son pouvoir transactionnel. En conséquence, la transaction n'est pas le fruit d'une réflexion commune menée par le procureur de la République et le Défenseur des droits, mais bien une faculté de substitution à la voie pénale. Le Procureur, en tant que défenseur de l'intérêt général, se voit, dès lors, relégué à une place de second rang.

424. Ce pouvoir transactionnel empiète sur les alternatives aux poursuites. Ensuite, cette transaction est le prolongement direct de la composition pénale¹¹⁸⁶, exception faite qu'elle ne relève pas directement de la compétence du procureur de la République. En principe, le recours à la composition pénale est opportun quand il permet d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble à l'ordre public et de contribuer au reclassement de l'auteur. La création d'une alternative aux poursuites supplémentaire, que constitue la transaction pénale, répond à une tendance de privatisation du procès pénal, pour reprendre les termes de Monsieur le Professeur PIN, qui imprègne de plus en plus le droit pénal. Les conséquences sur la portée de la répression ne sont pas neutres. Comme le souligne Madame le Professeur LEBLOIS-HAPPE, à l'occasion de l'adoption de la loi ayant instauré la composition pénale¹¹⁸⁷, « le Parlement paraît en effet avoir esquissé, à travers les textes qu'il a adoptés entre 1975 et 1993, une hiérarchisation des réponses à la criminalité ». Selon elle, parmi les cinq réponses existantes, la composition figurerait entre la médiation et la déclaration de culpabilité avec dispense de peine¹¹⁸⁸. Le pouvoir transactionnel de la HALDE s'inscrit nécessairement dans un constat similaire propre à la question des discriminations. La discrimination est dorénavant traitée par une

¹¹⁸⁶ *C. proc. pén.*, art. 41-2 et 41-3 : la composition pénale, depuis la loi du 9 mars 2004, a été élargie à tout délit dont la peine principale est une peine d'amende ou une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans. Néanmoins, la transaction pénale doit être distinguée de la composition pénale. Cette dernière est strictement une alternative aux poursuites, prévue par les articles 41-2 et 41-3 du Code de procédure pénale. En ce qui concerne la composition pénale, comme le soulève REDON M., « il s'agit là non pas de transiger sur l'action, puisqu'elle n'est pas encore mise en mouvement, mais d'opter pour l'application de mesures préalables à son exercice dont la conséquence en cas de réussite, est de ne pas exercer l'action publique à l'égard de l'intéressé », *loc. cit.*, p. 2.

¹¹⁸⁷ Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, JO du 24 juin 1999, n° 144, p. 9247.

¹¹⁸⁸ LEBLOIS-HAPPE J., *De la transaction pénale à la composition pénale - Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, JCP G 2000, n° 3, I-98, p. 63.

justice où l'intérêt individuel¹¹⁸⁹ se substitue à l'intérêt général, pour des exigences de compensation et de considérations de la victime¹¹⁹⁰. Elle ne suppose néanmoins pas les mêmes garanties.

S'il est commun de souligner qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès, il n'en reste pas moins que la transaction présente des garanties moindres que celles supposées par le recours à la composition pénale. Nous pouvons nous étonner, en premier lieu, de ce que la transaction suppose préalablement l'accord de la victime¹¹⁹¹. De même, nous observerons que si la composition suppose l'homologation du président du tribunal¹¹⁹², la transaction, quant à elle, est homologuée par le procureur¹¹⁹³. Il n'est pas inutile de rappeler qu'octroyer au ministère public le pouvoir d'homologuer la transaction est quelque peu contraire au principe d'indisponibilité de l'action publique. En dernier lieu, nous noterons que la destitution du parquet autorise le Défenseur des droits, en cas d'échec de la transaction pénale, à poursuivre la partie en cause par le biais d'une citation directe.

La fracture est notable puisque là où le parquet se contente d'être une chambre

¹¹⁸⁹ Si bien que THIERRY J.-B. en avait fait une ligne caractéristique générale du droit pénal et de la procédure pénale actuel. Ce qu'il appelle individualisation du droit criminel consiste à apporter des solutions toujours plus multiples et toujours plus adaptées à un acte infractionnel : *L'individualisation du droit criminel*, RSC 2008, p. 59.

¹¹⁹⁰ PIN X., *La privatisation du procès pénal*, RSC 2002, p. 245. ALT-MAES F. préfère parler, quant à elle, de contractualisation de la justice, notamment en ce qui concerne le plaider coupable puisque la rencontre de volontés marquant le déroulement de ce procès s'inspire directement du droit des contrats : *La contractualisation du procès pénal. Mythe ou réalité ?* RSC 2002, p. 501.

¹¹⁹¹ Or comme le souligne DOBKINE M.: « La transaction constitue en réalité un contrat pénal indemnitaire non exécutoire. Seule cette qualification permet de prendre en compte l'élément essentiel de la transaction (...). Ce contrat a pour objet le paiement d'une somme d'argent versée en raison du préjudice causé à la société et afin d'éviter des poursuites » : *La transaction en matière pénale*, D. 1994, p. 137. Le pouvoir transactionnel du Défenseur des Droits se situe bien loin de la défense de cet intérêt général car en exigeant l'accord préalable de la victime, on s'en remet à son propre sentiment pour mettre en œuvre une réponse répressive qui ne devrait pas lui appartenir. Le mécanisme de la composition pénale semble, quant à lui, écarté en ce qu'il laisse une place plus accessoire à la victime. En effet une fois la composition mise en œuvre, celle-ci devra citer directement le prévenu devant la juridiction pour qu'il soit statué sur ses intérêts civils. Les premiers bilans de la composition pénale restent néanmoins mitigés du point de vue de la victime, car si elle bénéficie de la célérité de l'action et de l'écoute proposée dans ce cadre là, elle reste bien souvent insatisfaite de la réparation obtenue : GRUNVALD S. et DANET J., *La composition pénale. Une première évaluation*, L'Harmattan, Coll. Bibliothèques de droit - Bibliothèque de droit pénal, 2005, p. 125-126.

¹¹⁹² Ces exigences ont été posées par la décision du Conseil d'Etat du 7 juill. 2006 n° 283178, *France Nature Environnement, préc.*

¹¹⁹³ Dans une bonne partie des cas, la décision de transiger suppose l'accord préalable du procureur de la République et non une homologation ultérieure. Voir à ce sujet, DESPORTES F. et LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, Paris : Economica, Coll. Corpus - Droit privé, 2009, n° 1059 et s.

d'enregistrement des actes, le Défenseur des Droits devient un acteur actif de la lutte contre les discriminations. En effet, la mise en œuvre de cette citation directe n'a pas pour conséquence de la constituer partie civile, car cette autorité administrative ne dispose pas d'une telle faculté, contrairement aux autres autorités administratives. Cette mesure législative, qui substitue un pouvoir que le procureur aurait pu largement exercer en cas de refus ou d'inexécution de la transaction, ne peut trouver d'autres explications que la méfiance considérable portée à l'encontre de l'autorité judiciaire, méfiance que nous ne pouvons que regretter.

425. Défenseur des droits ou juge ? La multiplication des acteurs de traitement est un gage d'efficacité sous condition, bien évidemment, que leurs pouvoirs soient coordonnés avec pertinence et de ne pas saisir l'occasion pour semer la confusion. Les pouvoirs précédemment évoqués doivent nous conduire à la conclusion que le Défenseur des Droits se place dans une situation de juge potentiel de la situation de fait qui lui est soumise. Il n'existe pas d'éléments qui nous permettent de savoir à partir de quels critères le Défenseur des droits va pouvoir légitimement estimer que le comportement en question justifie un transfert de la plainte au ministère public aux fins de poursuites ou, à l'inverse, de recourir à la transaction pénale. L'absence d'intervention de l'autorité judiciaire jusqu'au stade de l'homologation est problématique car « dans la mesure où la Haute Autorité doit prendre parti sur la qualification des faits qui lui sont soumis et n'est pas liée à ce sujet par la position des juridictions de l'ordre judiciaire, le risque ne peut être exclu d'une "doctrine" parallèle de cette autorité »¹¹⁹⁴. Le juge répressif a, ainsi, déjà été amené à rejeter l'appréciation de la Halde en raison de « l'application stricte de la loi pénale »¹¹⁹⁵.

426. En conséquence, il apparaît au regard de ces différents éléments que la coexistence de ces deux institutions n'est pas suffisamment assurée, car la construction des voies de traitement des discriminations laisse un risque potentiel de privilégier certaines voies au détriment des autres. Loin d'intéresser les simples querelles de répartition du contentieux,

¹¹⁹⁴ LOISEAU G., *La Halde : quelle autorité ?* Dr. soc. 2009, p. 142.

¹¹⁹⁵ V. aussi en ce qui concerne les juridictions civiles, l'affaire du Synchrotron où la Chambre sociale n'avait pas suivi l'opinion de la Halde: Cass. soc. 17 avr. 2008, *X c/Sté European Synchrotron*, n°06-45.270, Bull. civ. 2008, V, n° 95 ; D. 2008, p. 1519, note PETIT S. et COHEN C.

cette absence de coordination des institutions risque de mettre à mal le traitement des discriminations. Aussi parce que l'effectivité d'un recours juridique ne se suffit pas de simples constats, il convient d'analyser les conséquences directes créées par ce nouveau paysage judiciaire.

§ 2 - Des conséquences incertaines en matière de traitement des discriminations

427. En concluant que « quelles que soient par ailleurs sa légitimité et l'exemplarité de ses actions (...) elle ne fait qu'incarner une politique législative qui eût gagné à ne pas être suivie »¹¹⁹⁶, Monsieur le Professeur MAYAUD fait état de la place à laquelle cette autorité administrative s'inscrit progressivement. Alors même que cette institution a un potentiel et un intérêt indéniable, le détournement, de ce qui aurait dû être sa finalité initiale, pose un certain nombre de difficultés juridiques. Mal imbriquées (A), les procédures n'assurent pas le respect d'un certain nombre de garanties essentielles de l'exercice des droits de la défense (B).

A) Le chevauchement procédural : trop d'acteurs pour un même cas

428. L'adjonction d'un acteur dans un domaine où il existe déjà une autorité compétente présente toujours un risque de chevauchement des procédures, si nous ne délimitons pas dès le départ leurs modalités d'intervention respective. La loi du 29 mars 2011 reprend de manière assez large l'esprit de la loi portant création de la HALDE, c'est-à-dire qu'elle envisage l'intervention de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative avec beaucoup de souplesse. Mais, la souplesse n'est pas toujours un gage de sécurité si bien qu'un certain nombre de difficultés peuvent être soulevées tant en ce qui concerne l'intervention du Défenseur des droits avant le jugement (1), qu'après le jugement (2).

¹¹⁹⁶ MAYAUD. Y., *La HALDE, une trop « Haute » autorité ?*, loc. cit., p. 933.

1) *L'intervention du Défenseur des droits avant le jugement*

429. Une intervention trop « souple » du Défenseur des droits. Partant du principe que l'action publique, une fois engagée, vise avant tout à protéger l'intérêt général, les exigences et les intérêts de la victime ont nécessairement un aspect très accessoire dans le déroulement de l'action. Aussi, il est parfaitement possible que la victime ne souhaite pas nécessairement associer la défense de ses intérêts à l'exercice de l'action publique et saisisse, concomitamment ou postérieurement à sa plainte, le Défenseur des Droits. Sur le principe, rien ne s'oppose, en effet, au traitement concomitant d'une même réclamation puisqu'au final, les deux actions poursuivent des finalités différentes. Dans cette perspective, les dispositions régissant la HALDE, puis le Défenseur des droits, ont tenté d'aménager ce cumul d'intervention. L'article 23 de la loi du 29 mars 2011 prévoit ainsi différentes configurations.

430. La question du cumul d'interventions. Ainsi, si la plainte a donné lieu à l'ouverture d'une enquête préliminaire, d'une enquête de flagrance, de poursuites judiciaires ou d'une instruction judiciaire, le Défenseur des Droits peut toujours être saisi par la victime, voire se saisir lui-même, sous réserve du respect de certaines conditions. En effet, ses pouvoirs d'audition, de médiation et de transaction simple nécessitent l'accord préalable du procureur de la République ou des juridictions saisies. Reste que la loi ne donne aucune précision quant à ce qu'il convient d'entendre par « juridictions saisies ». Est-ce une manière de faire référence au juge d'instruction, dans l'hypothèse où une information a été ouverte, ou faut-il, à l'inverse, comprendre qu'une fois passé au stade du jugement, le traitement du litige par le Défenseur des Droits reste pleinement envisageable ?

Cette dernière hypothèse ne doit pas être dispensée de toute critique. En effet, un comportement infractionnel, qui entre dans la phase de jugement, a permis préalablement la constitution d'un certain nombre d'éléments de preuve. Or, compte tenu de la gravité qu'il présente, nous ne voyons pas bien l'intérêt d'autoriser un tiers à venir perturber le cours du procès pénal. De surcroît, quelle serait la plus-value d'une médiation ou d'une recommandation alors même que, l'action publique restant ouverte, le jugement interviendra

en tout état de cause. Cette incertitude mériterait quelques éclaircissements sur les intentions réelles du législateur. Seule, la transaction pénale échapperait à ce régime, puisque l'alinéa 3 de l'article 23 soumet sa mise en œuvre au seul accord préalable du procureur de la République. La transaction pénale étant une alternative aux poursuites, il apparaît logique qu'elle ne puisse intervenir au stade du jugement de l'affaire.

431. La question du secret de l'enquête et de l'instruction. Enfin, notons que la loi du 29 mars 2011 a apporté une considérable nouveauté dans les pouvoirs dévolus au Défenseur des Droits. Par souci de favoriser au mieux l'exercice de son action, l'article 20 alinéa 2 prévoit, désormais, que le secret de l'enquête de l'instruction ne peut lui être opposé en ce qui concerne l'exercice de son pouvoir de communication¹¹⁹⁷. En théorie, le secret de l'enquête et de l'instruction¹¹⁹⁸ permet de garantir une certaine confidentialité de l'affaire en question, en obligeant les personnes concourant à la procédure à ne pas divulguer les éléments d'information ou de preuves récoltés au cours de l'enquête ou de l'instruction.

Mais le principe comporte certaines dérogations et conformément à l'article 11 du Code de procédure pénale, ce secret doit être respecté « sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense ». Ainsi, certaines catégories de personne disposent de la faculté de demander la transmission des éléments du dossier, sans que le secret de l'instruction puisse leur être opposé, et il en va ainsi de l'avocat et des parties. La doctrine considère alors que l'opposabilité du secret de l'instruction ne subsiste aujourd'hui que dans sa dimension externe, c'est-à-dire à l'égard des tiers de la procédure¹¹⁹⁹. Ainsi, en ce qui concerne les parties, celles-ci disposent d'un droit d'accès indirect aux éléments du dossier par le biais de leur avocat. Ce dernier, bien que soumis au respect de ce secret en vertu de l'article 5 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005¹²⁰⁰, dispose de la faculté de

¹¹⁹⁷ « Les personnes physiques ou morales mises en cause communiquent au Défenseur des droits, sur sa demande motivée, toutes informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission » : art. 20 al. 1.

¹¹⁹⁸ Le secret de l'enquête et de l'instruction est régi par l'article 11 du Code de procédure pénale.

¹¹⁹⁹ DESPORTES F., *Le secret de l'instruction*, J-Cl. Proc. pén. 1998, art. 11, n° 6.

¹²⁰⁰ Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, JO 2005, n° 164, p. 11688.

communiquer les pièces du dossier à son client pour les besoins de sa défense¹²⁰¹.

La loi du 29 mars 2011 prévoit donc une nouvelle entorse à cette opposabilité au profit du Défenseur des droits afin que la transmission d'éléments d'information lui permette de mener à bien sa mission. Cette entorse n'est pas gênante sur le principe, mais elle l'est en ce qui concerne la portée qu'il convient de lui attacher. En effet, cette disposition vise-t-elle l'hypothèse où le Défenseur des droits demanderait la communication de pièces aux parties ou, plus directement, aux personnes concourant à la procédure, c'est-à-dire au procureur, au juge d'instruction, ou aux enquêteurs ? Il est fréquent que certaines administrations ou autorités administratives bénéficient de la levée du secret de l'instruction pour faciliter l'exercice de leur action administrative ou disciplinaire, mais dans ce cas, ces dérogations légales listent directement les personnes autorisées à exercer cette communication. Ainsi, s'agissant du Conseil de la concurrence, l'article 26 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 autorise « les juridictions d'instruction ou de jugement » à « communiquer au Conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec les faits dont le Conseil est saisi »¹²⁰². Cette absence de précision nous laisse penser que la levée du secret de l'instruction au profit du Défenseur des droits ne l'autoriserait donc pas à s'enquérir directement auprès des personnes concourant à la procédure. Ce pouvoir de communication se serait valable qu'en ce qui concerne les parties et notamment auprès du plaignant, qui ne pourrait arguer du secret de l'instruction pour ne pas lui communiquer les pièces.

432. Si l'intervention respective du Défenseur des droits et de l'autorité judiciaire pose un certain nombre d'interrogations quand celle-ci est préalable au prononcé du jugement, il en va de même dans l'hypothèse d'une saisine du Défenseur des Droits après son prononcé.

¹²⁰¹ MOREAU B. et NIOERE V., *Plaidoyer pour la libre communication par l'avocat des éléments d'un dossier pénal d'instruction en cours devant une juridiction étatique ou arbitrale*, Gaz. pal. 2003, n° 217, p. 2.

¹²⁰² La disposition est très similaire en ce qui concerne l'administration des Impôts et des Douanes : v. art. L. 82 du Livre des procédures fiscales.

2) *La saisine du Défenseur des droits après jugement*

433. *Le Défenseur des Droits est soumis au principe d'autorité de la chose jugée.* Il peut aussi arriver que le juge judiciaire soit saisi en premier lieu d'une plainte ou d'un litige portant sur des faits discriminatoires. En principe, rien ne s'oppose à ce que le plaignant saisisse postérieurement le Défenseur des droits si, insatisfait de l'issue du litige, il préfère, par exemple, se tourner vers lui plutôt que de faire appel du premier jugement. La question est alors de savoir quelle est la marge de manœuvre dont dispose le Défenseur des droits pour traiter le litige. La loi du 29 mars 2011 n'est pas très prolixes à ce sujet, seul son article 33 alinéa 1^{er} dispose que « le Défenseur des droits ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle ».

Pour Monsieur DETRAZ, cette disposition a vocation à retranscrire les exigences du principe *non bis in idem*¹²⁰³. Il convient néanmoins de nuancer cette interprétation. En effet, le principe *non bis in idem* exprime en réalité « l'aspect négatif de la chose jugée matérialisé par le principe de l'autorité de chose jugée du criminel sur le criminel »¹²⁰⁴. Cette disposition irait donc plutôt dans le sens d'une application du principe d'autorité de la chose jugée qui s'imposerait au Défenseur des droits. Ainsi, la disposition n'interdit pas expressément la saisine postérieure du Défenseur, mais simplement la remise en cause d'une décision juridictionnelle.

Pourrions-nous alors concevoir que, bien que n'étant pas une juridiction civile, les règles régissant l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil lui serait applicable ? Ce principe, maintes fois remis en question en raison de la fragilité de ses conséquences pratiques¹²⁰⁵, comporte aujourd'hui de nombreuses exceptions. Aussi, sa stricte applicabilité aux décisions du juge civil devrait faire échapper de sa portée les décisions rendues par les autorités administratives indépendantes. Pour autant, son application n'est pas inconcevable.

¹²⁰³ DETRAZ S., *Le Défenseur des droits, un nouveau « tout-en-un » procédural*, loc. cit., p. 8.

¹²⁰⁴ PRADEL J., *Procédure pénale*, 15^{ème} éd., Paris : Cujas, Coll. Références, 2011, p. 822, n° 1023.

¹²⁰⁵ CHAVANNE A., *Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le Tribunal civil*, RSC 1954, p. 239.

L'autorité de chose jugée a ainsi été admise au profit du juge administratif¹²⁰⁶, en ce qui concerne les constatations de faits qui sont le support nécessaire de leurs décisions¹²⁰⁷, alors qu'à l'inverse, il n'est pas lié par les appréciations données par le juge pénal¹²⁰⁸. Ce principe pourrait donc trouver une application similaire en ce qui concerne les décisions prises par l'autorité administrative¹²⁰⁹.

434. L'application de ce principe est néanmoins limitée. En réalité, la règle posée par l'article 33 aliéna 1^{er} reprend l'économie générale du principe d'autorité de la chose jugée, sans néanmoins en imposer toutes les exigences. La finalité poursuivie répond essentiellement à la nécessité d'éviter l'utilisation abusive des voies d'action, en cas d'insatisfaction du plaignant¹²¹⁰ à la suite d'une décision défavorable¹²¹¹. Il est donc légitime que le Défenseur des droits, en tant qu'organe administratif, soit d'une certaine manière lié par les décisions juridictionnelles rendues à cet effet. Le Défenseur des Droits n'a ainsi pas de légitimité à remettre en question la décision du juge judiciaire. Cependant, cette exigence n'est que relative. Ainsi, la règle du sursis à statuer, qui découle du principe d'autorité de la chose jugée, ne s'applique pas, selon la Haute juridiction, aux autorités administratives, à défaut d'avoir été prévue dans leurs statuts¹²¹².

Cette relativité s'exprime également eu égard à la portée de l'application de ce principe d'autorité de la chose jugée en ce qui concerne le Défenseur des Droits. La loi ne dit mot à ce sujet. Aussi, si nous voulons véritablement délimiter les contours de cette obligation, il convient, pour ce faire, de partir de la définition de l'acte juridictionnel. L'acte juridictionnel est classiquement défini comme un acte, émanant du juge, « qui, à l'issue de la procédure,

¹²⁰⁶ V. à ce sujet, de CASTELNAU R., *Autorités des décisions judiciaires en matière administrative*, J-Cl. Adm, 2004, Fasc. 1068, n° 17.

¹²⁰⁷ CE, 15 déc. 1950, *Bugnot*, Rec. Cons. d'Et. 1950, p. 623 - CE, 23 déc. 1964, *Cts Lefebvre* : Rec. CE 1964, p. 665.

¹²⁰⁸ V. sur cette distinction : DELVOVE G., *Dualité de juridictions et autorité de la chose jugée*, RFDA 1990, p. 792.

¹²⁰⁹ CAA Paris, 6 févr. 2001, *Ministère de l'intérieur c./Covello*, n° 99PA01319 : Juris-data n° 2001-147170.

¹²¹⁰ C'est ainsi la conclusion à laquelle aboutissait aussi DETRAZ S. : *Le Défenseur des droits*, loc. cit., p. 10.

¹²¹¹ Cette solution est d'ailleurs transposable aux décisions rendues par les juridictions civiles, étant entendu que l'article ne distingue pas selon le type de juridiction concernée.

¹²¹² V. en ce qui concerne l'inapplicabilité du sursis à statuer à la décision du Conseil des marchés financiers : Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-20.188, Bull. civ. 2001, IV, n° 137, p. 130 ; D. 2001, p. 2749, obs. BOIZARD M. ; *ibid* 2002, p. 1664, obs. THOMASSET PIERRE S. ; *ibid*. 2002, p. 1747, obs. REINHARD Y.

procède à une constatation lui permettant de trancher un litige par sa décision »¹²¹³. Nous admettons alors que le classement sans suite ne rentre donc pas dans cette catégorie des décisions juridictionnelles, puisqu'il ne permet pas de trancher le litige. Il rentre, au contraire, dans la catégorie des actes administratifs, dépourvus d'autorité de chose jugée¹²¹⁴. Aussi, le traitement ou la sanction d'une réclamation par le Défenseur des Droits, qui interviendrait postérieurement au classement sans suite, ne serait pas contraire à l'autorité de la chose jugée. De même, les ordonnances de refus d'informer ou de non-lieu, rendues par le juge d'instruction intervenant dans le cadre d'une information judiciaire, sont classiquement considérées comme des actes n'emportant pas autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. Il faudrait également admettre que le Défenseur des Droits dispose de la faculté de recourir à une médiation, à une recommandation ou à une transaction dans ce cas-là.

Pour autant, l'application relative de ce principe d'autorité de la chose jugée trouve, d'une certaine manière, une légitimité. Il importe, en effet, de laisser à la personne s'estimant victime de discrimination une seconde possibilité de faire entendre sa cause. Cette tolérance est d'autant plus compréhensible que le nombre de classements sans suite, intervenant dans le cadre du contentieux des discriminations, ne doit pas ruiner définitivement toute perspective d'action de la victime. L'échec de la voie pénale ne doit faire obstruction à la nécessité d'assurer une réparation – qui n'est pas nécessairement indemnitaire – au plaignant. Seul le recours à la transaction pénale, dont la finalité est essentiellement répressive, ne devrait, en principe, pas être possible. Nous imaginons mal de toute façon quel serait l'intérêt du Défenseur des Droits de recourir à une transaction alors même que cette dernière suppose l'accord du prévenu. Ce dernier, n'ayant pas fait l'objet de poursuites antérieures, aurait tout intérêt à refuser allègrement cette proposition, sans que cela n'implique aucune conséquence pour lui¹²¹⁵.

¹²¹³ HERON J. et LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, 4^{ème} éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat - Droit privé, 2010, p. 249.

¹²¹⁴ Selon la CJCE la décision par laquelle une autorité suspend les poursuites ne peut être considérée comme jugement définitif à défaut de pouvoir éteindre l'exercice de l'action publique : CJCE, 22 déc. 2008, *Procédure pénale c/ Vladimir Turansky*, aff. C-491/07, Rec. 2008, p. I-11039.

¹²¹⁵ En cas de désaccord, le Défenseur des Droits dispose de la faculté de mettre en mouvement l'action publique. Cela ne présenterait pas un grand intérêt en raison de l'insuccès de la mise en mouvement préalable.

435. *L'application du principe de l'autorité de chose jugée laisserait ouverte la perspective d'un autre recours, compte tenu de l'existence de diverses dispositions régissant la discrimination.* Enfin, l'adéquation du principe en la matière doit être questionnée à un dernier égard. On admet classiquement que l'autorité de chose jugée n'a d'autorité absolue sur le civil qu'à l'égard « de ce qui concerne ce qui a été nécessairement jugé quant à l'existence du fait incriminé, sa qualification, la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels le fait est imputé¹²¹⁶. Or, l'infraction de discrimination peut très bien avoir été considérée comme non caractérisée ou constituée par la juridiction pénale, sans que cela n'ôte toute possibilité de « sanctionner » les faits au titre d'un autre fondement juridique ou d'une autre qualification. Il s'agit de l'une des conséquences de la multiplicité des approches de la notion de discrimination.

Ainsi, un comportement, qui n'a pas été considéré comme constitutif d'une discrimination en raison de l'absence d'élément moral, peut très bien être considéré par le Défenseur des droits comme constitutif d'une discrimination au regard de la définition posée par la loi du 27 mai 2008. Dans ce cas, il faudrait admettre que cette qualification autoriserait le recours à une médiation ou à une transaction, sans que cela ne contrarie, juridiquement parlant, le principe d'autorité de la chose jugée. Est-ce vraiment l'esprit du texte ? Nous ne le pensons pas. Ce texte exprime davantage l'obligation faite au Défenseur des droits de s'abstenir de toute résolution du litige, qui d'une manière ou d'une autre, pourrait affaiblir l'autorité de la décision judiciaire, particulièrement dans le cadre d'une relaxe ou, en matière civile, de l'absence de condamnation. Il s'agirait davantage de décourager le plaignant, qui renonçant à l'exercice d'une voie de recours ou voulant passer outre l'épuisement de ces voies, finirait par se retourner vers le Défenseur des droits.

436. La coexistence de ces deux autorités, que sont l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, se réduit à notre sens à trop d'incertitudes. Les lois portant création de la HALDE, puis du Défenseur des droits, se sont contentées d'implanter ces institutions dans le paysage judiciaire, sans en mesurer toutes les conséquences. Ces conséquences ne sont pas

¹²¹⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 3 mai 2006, n° 05-11.339, Bull. civ. 2006, II, n° 112, p. 107.

uniquement théoriques, elles sont également pratiques puisque d'une certaine manière, elles contrarient directement le droit à un procès équitable.

B) Le respect du droit à un procès équitable : des garanties insuffisantes

437. L'amélioration de la prise en charge des personnes s'estimant victimes de discrimination ne légitime en aucune manière la perte des garanties relatives à l'exercice des droits de la défense. Cette question a suscité de nombreux débats au sein de la doctrine. En effet, si la HALDE, et maintenant le Défenseur des Droits, disposent de pouvoirs et de compétences répressives, il importe qu'*a contrario* la procédure offre un certain nombre de garanties au profit du plaignant. Or, il nous est difficile d'affirmer, sans incertitudes, que la procédure mise en œuvre par le Défenseur des droits répond aux exigences tirées du droit à un procès équitable. Il en va ainsi, notamment, du respect du contradictoire (1) et de l'égalité des armes (2).

1) La procédure du Défenseur des droits face à la question de la contradiction

438. ***Incertitudes autour de l'application du droit à un procès équitable.*** Consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à un procès équitable implique le respect d'une certaine équité et d'un certain équilibre dans le procès judiciaire¹²¹⁷. A ce titre, il met en œuvre un certain nombre de principes, de garanties, d'exigences¹²¹⁸ qui assurent au justiciable un procès répondant aux garanties fondamentales d'une bonne justice¹²¹⁹. Classiquement, la CEDH applique l'article 6§1 aux recours qui répondent à la fois à certains critères matériels et organiques. Le critère matériel commande que le litige en question porte sur des droits et obligations de caractère civil ou sur une accusation de matière pénale. Le critère organique exige, quant à lui, que ce recours soit

¹²¹⁷ Nous renverrons ainsi à l'article préliminaire du Code de procédure pénale « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ».

¹²¹⁸ Les grandes lignes de ces exigences ont été définies par l'arrêt *Golder c/Royaume-Uni* : CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c/Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, Série A, n° 18, p. 508. Le droit à un procès équitable a ainsi été décliné à travers un tryptique composé du droit à un tribunal, du droit à une bonne justice et du droit à l'exécution effective des décisions de justice.

¹²¹⁹ GUINCHARD S., *Procès équitable*, Rép. proc. civ. 2011, n° 3.

porté devant un tribunal¹²²⁰ tel qu'entendu par la Cour. Pour cette dernière, un tribunal est une instance qui se caractérise par sa fonction juridictionnelle, à savoir dont l'objet est de « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »¹²²¹.

Aux termes de la jurisprudence *Sramek* du Conseil d'Etat, le droit à un procès équitable trouve matière à s'appliquer aux réclamations portées ou traitées par les autorités administratives indépendantes. En réalité, l'implantation de plus en plus massive de ces autorités justifiait l'applicabilité des garanties classiques du droit processuel à leur procédure. La Cour européenne n'est pas allée jusque là. Soucieuse de respecter les impératifs d'exigence et d'efficacité sous-jacents à l'intervention d'une autorité administrative, elle ne l'a pas soumise aux exigences tirées de l'article 6§1, à l'unique condition qu'un contrôle ultérieur par un organe de pleine juridiction soit prévu¹²²². La position des juges de la CEDH ne suffit pas à mettre fin aux tergiversations constatées en la matière, si bien que l'occasion se présenta pour la Cour de cassation¹²²³ d'aller au-delà des exigences posées par la CEDH. Le Conseil d'Etat¹²²⁴, après quelques réticences, se rallia à

¹²²⁰ V. sur le phénomène de judiciarisation des organes non juridictionnels par l'imposition des garanties tirées de l'article 6§1 : SUDRE F et PICHERAL C., *L'extension des garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires : les contraintes européennes*, Paris : Broché, Recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission recherche droit et justice, 2002.

¹²²¹ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/Belgique*, req. n° 6878/75, 7238/75, Série A, n° 43, p. 19, § 55 - CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c/Autriche*, req. n° 8790/79, Série A, n° 84, p. 20, § 36.

¹²²² « L'article 6§1, s'il consacre le droit à un tribunal (...) n'astreint pas pour autant les Etats contractants à soumettre les contestations sur des droits et obligation de caractère civil à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des "tribunaux" conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratif ou corporatifs et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions » : CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/Belgique*, p. 22-23, §50-51.

¹²²³ MARGUENAUD J.-P. estime que cette nouvelle position de la Cour de cassation fait suite aux critiques émises par la Cour européenne quant au fait que le fonctionnement de la Cour de cassation ne respectait pas pleinement les exigences posées par l'article 6§1 : *La Cour de cassation multiplie les applications dévastatrices de l'exigence d'impartialité objective au sens de l'article 6§1 de la CEDH*, RTD Civ. 1999, p. 494.

¹²²⁴ Cet arrêt met fin aux positions divergentes qu'exprimaient antérieurement le Conseil d'Etat et la Cour de cassation puisque celle-ci avait admis l'applicabilité de ces dispositions en ce qui concerne la COB : Cass. Ass. plén., 5 févr. 1999, n° 97-16.440, *COB c/Oury*, Bull. civ. 1999., n° 1, p. 1 ; RSC 1990, p. 599, obs. RIFFAULT J

son interprétation à l'occasion de l'affaire *Didier*¹²²⁵.

Le raisonnement suivi tient en deux temps. Dans une affaire mettant en cause les sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers, les juges transposent, dans un premier temps, le raisonnement tenu par la CourEDH¹²²⁶ au litige en cours, pour constater que ses sanctions relèvent bien de la matière pénale. Dans un second temps, bien que constatant que le Conseil des marchés financiers « n'est pas une juridiction au regard du droit interne »¹²²⁷, les juges reconnaissent l'applicabilité de l'article 6§1 à la procédure mise en œuvre par le Conseil des marchés financiers. Ils rejettent alors les conclusions du commissaire du gouvernement requérant le maintien de la jurisprudence *Auto-Méric*¹²²⁸. Enfin, dans une solution de principe, il rappelle qu'« alors même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire n'est pas une juridiction au regard du droit interne – le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6§1 précité peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'Etat »¹²²⁹. Le Conseil d'Etat, tout autant que la Cour de cassation, ont donc permis l'applicabilité de ces dispositions, alors même que la Cour européenne ne les imposait pas, en raison de la possibilité pour le plaignant de former un recours de pleine juridiction à l'encontre de l'autorité.

¹²²⁵ CE Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, req. n° 207434, Rec. Cons. d'Et., p. 399; AJDA 2000, p. 126, chr. GUYOMAR M. et COLIN P.; AJDA 2001, p. 387, obs. BOIZARD M.

¹²²⁶ Dans son arrêt *Engel et autres c/Pays-Bas*, la Cour européenne consacre l'autonomie dans l'interprétation de la notion de matière pénale par rapport aux qualifications retenues en droit interne : CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/Pays-Bas*, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Série A, n° 22. La matière pénale ne répond donc pas à un critère organique mais à un critère matériel. Elle précise alors dans son arrêt *Engel* que la matière pénale s'apprécie par rapport à la nature de l'infraction (définie avec plus de précision dans l'arrêt CEDH, 21 févr. 1984, *Oztürk c/RFA*, req. n° 8544/79, n°, Série A, n° 73), au caractère général de la norme ainsi qu'au degré de sévérité de la sanction: V. TAGARAS H., La notion d'accusation et les droits de l'accusé, in Institut des droits de l'homme des avocats européens et Institut des droits de l'homme du Barreau de Bordeaux, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles : Bruylant, Actes du colloque organisé les 29 et 30 sept. 2000 pour le 50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme à Bordeaux, 2001, p. 43.

¹²²⁷ La Cour européenne, trois ans plus tard, est allée encore plus loin puisqu'elle a reconnu à l'autorité administrative la qualité de « tribunal » au regard des critères définis par sa jurisprudence : CEDH 27 août 2002, *Didier c/ France*, req. n° 58188/00, JCP 2003, n° 6, I-109, p. 231, obs. SUDRE F.

¹²²⁸ CE Avis, 31 mars 1995, *SARL Auto-Industrie Méric c/Ministère du budget*, req. n° 164008, AJDA 1995, p. 739, note DREIFUSS M.

¹²²⁹ En l'espèce, la participation du rapporteur au délibéré que le requérant jugeait contraire au principe d'impartialité.

439. Le statut d'autorité administrative justifie le caractère moins contraignant du droit à un procès équitable de la procédure mise en œuvre par la HALDE. Dans ces circonstances, la question du respect des garanties inhérentes au droit à un procès équitable, dans le cadre de la procédure mise en œuvre par la Haute autorité de lutte contre les discriminations ou par le Défenseur des droits, trouve une pertinence certaine¹²³⁰. Pour autant, ni le Conseil d'Etat, ni la Cour de cassation n'ont eu l'occasion de se prononcer à cet égard, si bien que l'application du droit à un procès équitable reste très incertaine. La doctrine n'a pas pris cas de cette incertitude et c'est ainsi que certains auteurs n'ont pas manqué de critiquer le manque de transparence et de contradiction des premières phases de traitement d'une réclamation.

Face à de telles critiques, la HALDE n'avait pas manqué de justifier le caractère moins contraignant de la procédure applicable au plaignant, en arguant de son statut administratif. Ce caractère moins contraignant s'exprimerait alors par l'absence de contradiction dans les échanges et éléments soumis au plaignant dans la phase d'instruction du dossier¹²³¹. La double vocation de la HALDE, quant à l'instruction d'une réclamation mais aussi l'assistance de la victime, justifierait la difficulté de réaliser une procédure qui puisse à la fois servir les intérêts de la victime, démunie de tout élément probatoire, et à la fois respecter dans leur intégralité les garanties mises en œuvre par le droit à un procès équitable. L'intention du législateur était donc incontestablement louable mais entraînant néanmoins des difficultés pratiques.

Pour résumer succinctement l'économie générale de la procédure applicable dans le traitement du cas de discrimination par l'autorité administrative, il faut retenir deux éléments principaux : d'une part la procédure est secrète jusqu'à délibération du collège¹²³² et d'autre part, qu'elle est, de ce fait, partiellement contradictoire. Régie par la délibération n° 2007-

¹²³⁰ Il s'agit d'une question qui se pose, en effet, de plus en plus souvent et a fait l'objet d'une évolution considérable en ce qui concerne les autorités administratives indépendantes. Les garanties tirées du droit à un procès équitable sont ainsi au coup par coup appliquées à certaines institutions en fonction de différents critères. Nous renverrons à ce sujet à l'article de IDOUX P., *Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales*, RFDA 2010, p. 920.

¹²³¹ BURNIER F., *loc. cit.*, p. 1043

¹²³² CADA, Avis n° 20080635, 7 févr. 2008. Cet avis est consultable dans le rapport d'activités de la CADA de 2008, consultable sur www.cada.fr/IMG/pdf/rapport2008.pdf.

169 du 11 juin 2007¹²³³, cette procédure se décline en deux temps.

Saisie d'une réclamation, la procédure débute, après examen de la recevabilité de la réclamation¹²³⁴, par une période d'enquête ou d'instruction à l'occasion de laquelle, la personne mise en cause est informée de l'existence et de l'objet de la réclamation. Elle recueille alors toutes informations utiles au traitement de cette réclamation. Au vu de ces éléments, s'il apparaît qu'une discrimination peut être présumée, elle invite le mis en cause à faire connaître ses observations.

A l'issue de cette première phase, si la discrimination est avérée, le service juridique peut décider du transfert de la réclamation au collège afin qu'il statue sur la voie à suivre. La contradiction ne commence donc qu'à l'issue de la délibération du collège et l'opacité de cette première phase la rapproche considérablement de la phase d'enquête telle qu'elle existe en procédure pénale. Ce rapprochement n'est que partiel ; la procédure pénale repose, quant à elle sur l'idée que passé le stade où il existe de nombreux éléments à l'encontre du mis en cause, celui-ci doit avoir la possibilité de se défendre en connaissance de cause¹²³⁵. Ce principe ne se retrouve aucunement en ce qui concerne la phase d'enquête de la HALDE ou du Défenseur des droits. Il est étonnant, en effet, que le mis en cause ne puisse réellement organiser sa défense, qu'à partir du moment où le collège délibère, alors même que la procédure pénale ouvre cette possibilité dès les premiers stades de la procédure¹²³⁶.

440. Une procédure allégée qui suscite la critique. Arguant du statut non juridictionnel de la Haute autorité¹²³⁷ mais aussi du fait que la phase d'enquête aboutisse « à des mesures

¹²³³ Publiée au Bulletin officiel des Affaires sociales du 30 juillet 2007, texte 35/79.

¹²³⁴ Il s'agit de la phase d'admissibilité au cours de laquelle elle vérifie le caractère sérieux de la réclamation mais aussi si elle relève de sa compétence.

¹²³⁵ Ainsi, comme le précise la CEDH « la notion de procès équitable implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter » : CEDH, 18 févr. 1997, *Nideröst-Huber c. Suisse*, req. n° 18990/91, Rec. des arrêts et des décisions 1997-I, p. 107 § 24.

¹²³⁶ Ainsi, le Code de procédure pénale autorise la mise en examen de l'accusé, sous réserve que celui-ci ait disposé de la possibilité de formuler des observations. Le prononcé de sa mise en examen va permettre le renforcement des garanties propres à l'exercice des droits de la défense. De même, notons que l'avocat dispose de la faculté de consulter le dossier de la procédure dès la première comparution (C. pr. pén, art. 116 al. 4).

¹²³⁷ KERN S., chef du pôle emploi privé à la direction juridique de la HALDE rapporte ainsi que « l'instruction des réclamations à laquelle se livre la Haute autorité ne s'inscrit pas dans le cadre d'une procédure juridictionnelle (...) il est logique que le principe du contradictoire ne soit pas mis en œuvre par communication des pièces puisque la Halde ignore encore le sort du dossier dont elle est saisie » : GRENET N., *loc. cit.*, p. 13.

qui ne causent pas grief»¹²³⁸, les défenseurs de la Haute autorité n'ont pas emporté l'adhésion totale d'une doctrine qui s'est avérée très critique à cet égard. Evoquant « l'impossibilité matérielle de discuter, contredire et débattre utilement des griefs de discrimination dirigés à son égard »¹²³⁹, l'attitude déloyale de la HALDE¹²⁴⁰, ou encore l'inexistence du droit au silence au profit d'une mise en cause contrainte de répondre à l'aveugle aux accusations qui lui sont faites, le sujet divise. Il nous amène à prendre le parti des détracteurs du dispositif actuel pour plusieurs raisons.

Partant de considérations générales, il ne nous apparaît pas crédible d'octroyer à une institution administrative la compétence de traiter un comportement pouvant être infractionnel, ainsi que des pouvoirs tirés directement de la procédure pénale et de rejeter parallèlement l'application des garanties exigibles au titre du droit à un procès équitable. Le caractère louable de l'objectif poursuivi n'est pas une raison suffisamment crédible, du moins pas d'un point de vue juridique.

Ensuite, s'il importe de ne pas « empêcher toute chance de résolution du différend entre les parties »¹²⁴¹, rappelons que la délibération du collège peut aboutir à des mesures très variées¹²⁴². Si la délibération aboutit à une proposition de transaction pénale, nous passons

¹²³⁸ FERRAND L., *La Halde : bilans et perspectives*, Dr. pén. 2007, n° 11, p. 12.

¹²³⁹ PONCET S., *La Halde respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ?* (1^{ère} partie), JSL 2011, n° 291, p. 4.

¹²⁴⁰ GRENET N., *loc. cit.*, p. 13.

¹²⁴¹ Réponse à la question écrite n° 19402 de Monsieur COCHET P., JOAN Q du 24 juin 2008, p. 5433.

¹²⁴² Notons que la question de la conformité de la procédure de la HALDE avait fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité pour lequel le procureur avait demandé que la Cour refuse sa transmission à la Cour de cassation. Les arguments présentés sont intéressants. En premier lieu, le procureur de la République fait état de l'inapplicabilité des garanties de l'article 6§1 aux motifs qu'à défaut de faire grief, les délibérations de la HALDE ne sont pas des sanctions. Il s'appuie pour cela sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui considère que les recommandations de la HALDE ne peuvent être qualifiées d'actes faisant grief (CE, 13 juill. 2007, *Société Editions Tissot*, req. n° 294195 ; *SARL Riviera*, req. n° 295761 et *Mme Ghislaine Abric*, req. n° 297742 : AJDA 2007, p. 2145, Rec. Cons. d'Et., p. 335). Cependant, les délibérations de la HALDE ne sont pas nécessairement des recommandations et le Conseil d'Etat ne s'est prononcé que sur la question des recommandations émises par la HALDE. Le procureur admet néanmoins, dans un second temps et conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, que les mesures d'investigations de la HALDE constituent des « mesures défavorables prises en considération de la personne » qui justifient, dès lors, l'application des droits de la défense. Il refuse néanmoins la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, aux motifs que le silence de la loi régissant le statut de la HALDE ne saurait constituer un grief d'inconstitutionnalité dès lors que le principe s'applique même sans texte et, qu'en tout état de cause, l'adoption de telles mesures relèverait de la compétence réglementaire : HENRIOT P., *La Halde et les droits de la défense*, Extrait des observations de Monsieur le Procureur HENRIOT, SSL 2010, n° 1452, p. 9. Il n'écarte donc pas totalement l'applicabilité des droits de la défense à la procédure car il voit dans la délibération émise

de la sphère civile à la sphère pénale et c'est alors que l'absence de telles garanties devient *a fortiori* critiquable.

Enfin, l'on rappellera, comme nous l'avons envisagé précédemment, l'inapplicabilité des dispositions de l'article 6§1 aux autorités administratives est autorisée, selon la jurisprudence de la CEDH, sous réserve que le requérant dispose de la faculté d'exercer à l'encontre de sa décision un recours de pleine juridiction¹²⁴³. Or en l'état actuel, le Conseil d'Etat rejette l'utilisation du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de certaines recommandations émises par cette autorité au motif qu'elles ne portent pas grief¹²⁴⁴. Dans ces circonstances, comment ne pas faire état de l'obscurité qui entoure le régime des recours applicables à l'encontre des délibérations du collège¹²⁴⁵. De même, comment se satisfaire de cette incertitude, sachant que parallèlement il est fait abstraction de certaines garanties du procès équitable.

441. Il n'est donc ni judiciaire, ni finalement pratique – si l'expression nous est

par la HALDE, une forme de sanction : HENRIOT P., *La HALDE dans le débat judiciaire : une « intervention » qui suscite bien des questions*, LPA 2008, n° 137, p. 10 et s. La voie de la contestation de la procédure appliquée par l'ancienne HALDE et actuellement par le Défenseur des droits n'est donc pas totalement fermée, du moins sous l'angle de l'accès au dossier ou sous celui de la contradiction. Une remise en question apparaît dès lors possible.

¹²⁴³ Il y a, en réalité, comme le souligne SUDRE F. et PICHERAL C. une différenciation du champ d'application de l'article 6, une fois le critère matériel rempli : soit l'organe non juridictionnel n'est pas soumis au contrôle d'un tribunal au sens de l'article 6 et dans ce cas les garanties tirées de l'article 6§1 doivent être respectées, soit il bénéficie d'un tel contrôle et dans ce cas, il faut accepter qu'il n'en respecte pas les garanties : SUDRE F. et PICHERAL L., *op. cit.*, p. 51 et s.

¹²⁴⁴ Le Conseil d'Etat a admis que la recommandation émise par la Haute autorité, sans faire usage de la faculté de publicité dont elle dispose, ne s'impose pas aux personnes destinataires. Elle se contente uniquement de recommander des mesures qu'elle estime utiles. Il en conclut alors que « ces recommandations ne constituent pas, par elles-mêmes, des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; qu'il en irait, en revanche, différemment de recommandations de portée générale, qui seraient rédigées de façon impérative » : CE, 13 juillet 2007, n° 294195, *Société Éditions Tissot, préc.* CHEVALLIER J. avait également envisagé cette question. Il en avait pourtant conclu que compte tenu du fait que le destinataire de la recommandation devait rendre compte des mesures prises à cet effet, la recommandation produisait bien des effets juridiques et devait donc être susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir : BORRILLO D., *Halde, actions, limites et enjeux*, Paris : La Documentation française, Coll. Etudes et recherches, 2007, p. 55. Notons que cette jurisprudence risque d'être prochainement abandonnée puisqu'en vertu de la loi du 29 mars 2011, le Défenseur des droits dispose du pouvoir d'injonction à l'encontre des destinataires si celle-ci n'a pas été suivie d'effet. Le caractère impératif d'une telle recommandation peut la placer dans la catégorie des actes portant grief. V. aussi pour une solution similaire en matière de refus opposé à une demande d'expertise : CE, 23 juill. 2010, n° 299384, *Gaz. Pal.* 2010, n° 259, p. 31.

¹²⁴⁵ Ainsi, en ce qui concerne les autres autorités administratives, la compétence juridictionnelle en cas de contestation est généralement précisée par les statuts régissant l'autorité : V. à ce sujet, MASSOT J., *La répartition du contentieux entre les deux ordres*, RFDA 2010, p. 907.

permise – de mélanger les genres, ce d’autant plus, que le droit à un procès équitable est également malmené relativement à la question de l’égalité des armes.

2) *L’intervention du Défenseur des droits et la question de l’égalité des armes*

442. Le Défenseur des droits dispose de la possibilité de présenter des observations écrites ou orales devant les juridictions. La question du respect du droit à un procès équitable est également posée à l’égard de sa faculté de présenter des observations écrites ou orales devant les juridictions judiciaires¹²⁴⁶. Concrètement, en vertu de l’article 33 de la loi organique¹²⁴⁷, le Défenseur des Droits peut, sur demande de l’autorité judiciaire ou administrative - d’office ou à la demande des parties – ou de sa propre initiative, présenter des observations écrites ou orales sur l’affaire en cause. Dans la pratique, cette intervention présente un intérêt dans différentes situations. C’est notamment le cas quand, saisi d’une réclamation, le Défenseur des droits recommande au plaignant l’exercice d’un recours devant les juridictions judiciaires au cours duquel il décide de présenter ses observations¹²⁴⁸. De même, l’audition de ce Défenseur trouve une certaine pertinence, en cas d’inexécution ou de refus d’homologation d’une transaction pénale, et à l’issue desquels l’autorité aura elle-même procédé au déclenchement des poursuites¹²⁴⁹. Mais le Défenseur des droits peut intervenir, plus simplement, au titre de sachant à l’occasion d’une affaire qu’il n’a pas eu l’occasion de traiter. Cette audition, précise l’article, est de droit.

443. L’impossibilité de définir le statut du Défenseur des droits, quand celui-ci a usé de son pouvoir d’émettre des observations. Intervenant pour présenter les éléments de fait dont elle a eu connaissance à l’occasion de l’instruction du dossier, son statut d’« intervenant » est ambivalent puisqu’il ne répond à aucune des catégories classiques du droit processuel. Ceci n’a pas manqué de retenir l’attention de la doctrine. C’est ainsi qu’un auteur relève que son statut change considérablement selon le cadre dans lequel ses

¹²⁴⁶ Notons que la question de l’impartialité des membres composant le collège, seuls compétents en matière de délibérations, ne pose aucune difficulté.

¹²⁴⁷ En ce qui concernait la HALDE, ce droit était régi par l’article 13 de la loi du 31 mars 2006 pour l’égalité des chances.

¹²⁴⁸ V. par exemple, la délibération de la HALDE n° 2007-70 en matière de harcèlement discriminatoire.

¹²⁴⁹ Circulaire CRIM 2006-16 E8/26-06-2006, *préc.*

observations interviennent. L'autorité administrative serait partie poursuivante, quand elle use de son pouvoir de poursuite par le biais de la citation directe ; elle deviendrait, à l'inverse, un simple témoin si elle intervient devant le juge judiciaire et qu'elle n'est pas à l'origine du déclenchement des poursuites¹²⁵⁰. La circulaire régissant les rapports entre la HALDE et l'autorité judiciaire précise, quant à elle, que « ces observations ne constituent ni un témoignage, ni une expertise et n'ont valeur probante que de simples renseignements »¹²⁵¹. Notons, enfin, que cette confusion et ces contradictions ont été considérablement entretenues par les positions divergentes des juges du fond qui, tout en recevant les observations de la HALDE, trouvaient des difficultés à octroyer un cadre juridique propre à cette faculté¹²⁵².

Intervenant aux fins de clarifier le statut d'intervenant de la HALDE, la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé, par différents arrêts successifs que « les dispositions légales, qui prévoient que la Halde a la faculté de présenter des observations portées à la connaissance des parties, ne méconnaissent pas en elles-mêmes les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes». Elle en conclût dès lors qu'en exerçant ce droit « la loi ne lui a pas conféré la qualité de partie »¹²⁵³.

444. *L'intervention de l'autorité administrative analysée sous l'angle du principe de l'égalité des armes.* Cette jurisprudence, qui semble acquise pour la Cour de cassation¹²⁵⁴,

¹²⁵⁰ NIORE V., *La HALDE : ni partie, ni témoin. La recherche de son statut dans le procès pénal*, Gaz. Pal. 2007, n° 272, p. 2.

¹²⁵¹ Circulaire CRIM 2005-22 CAB/03-10-2005 *préc.*, point 4-1.

¹²⁵² Ainsi, la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 12 décembre 2007 avait qualifié la HALDE de partie intervenante, au titre de l'article 66 du Code de procédure civile : CA Paris, 12 déc. 2007, n° 05/08756. La chambre sociale de la Cour d'appel de Nîmes avait tout bonnement rejeté l'intervention de la HALDE, en la jugeant contraire aux dispositions de l'article 6 de la CEDH quand elle exerce cumulativement son pouvoir de recommandation et son droit d'observation devant les tribunaux : CA Nîmes, 25 avr. 2007, n° 06103377. La Cour d'appel de Poitiers avait maladroitement affirmé la nécessité de recevoir les observations de la HALDE en sa qualité de « partie » : CA Poitiers, 17 févr. 2009, n° 08/00461. Enfin, la Cour d'appel de Paris avait vu dans l'intervention de la HALDE, une sorte d'*amicus curiae* : CA Paris, 4 sept. 2008, n° 05/08241. V. également, pour une critique du manque de précision existant à l'égard du cadre processuel de son intervention : PETIT S. et COHEN C., *La Halde a-t-elle sa place devant les juridictions ?* D. 2008, p. 1519.

¹²⁵³ Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628, Juris-data n° 2010-007841 ; JCP G 2010, n° 24, 662, p. 1238 ; JCP S 2010, n° 24, 1241, p. 27, comm. LOISEAU G.; CSBP 2010, n° 223, p. 261, obs. PANSIER F.-J. - Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-42.956, Juris-data n° 2010-021351 ; JCP S 2011, n° 6, 1070, p. 43, note ROZEC P. et MANIGOT V.

¹²⁵⁴ V. ainsi plus récemment : Cass. soc., 20 oct. 2011, n° 10-30258, CSBP 2011, n° 236, p. 313, obs. PANSIER F.-J.

aurait certainement pu clôturer le débat si elle n'était pas elle-même sujette à de nombreuses critiques auxquelles nous souscrivons. Cette jurisprudence se contente de clore le débat relatif au statut d'intervention de l'autorité administrative, mais elle ne répond pas en substance à l'ensemble des questions qui lui sont posées. Ainsi, comme le note Monsieur le Professeur LOISEAU, si la Cour rejette la question de la violation du principe du contradictoire, elle élude celle relative au respect de l'égalité des armes¹²⁵⁵. L'argument mérite que l'on s'y arrête car comme le souligne la CEDH « le principe de l'égalité des armes constitue un élément plus large de la notion de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure pénale »¹²⁵⁶.

Soucieux d'assurer le respect d'une certaine égalité entre les parties, ce principe fondamental du procès équitable¹²⁵⁷ « implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause (...) dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »¹²⁵⁸. Le principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes, bien que tous deux découlant directement du droit à un procès équitable, donnent lieu à une application distincte par la Cour européenne. Ainsi, comme le précise Monsieur le Professeur SUDRE, « le déséquilibre d'informations est sanctionné sur la base de l'égalité des armes, et l'égal défaut de transmission d'informations sur la base du droit à une procédure contradictoire »¹²⁵⁹.

A s'en tenir à de telles exigences, la motivation de la chambre sociale apparaît insuffisante. En effet, si le Défenseur des droits peut éventuellement s'absoudre de l'application de certaines garanties liées au droit à un procès équitable, la question du respect du principe de l'égalité des armes concerne plus directement la procédure judiciaire. La position adoptée par la Cour de cassation est subtile : ne pas reconnaître à la HALDE le statut de partie – qui ne disposerait alors plus de la faculté d'apporter des éléments de preuve - légitime sa faculté

¹²⁵⁵ LOISEAU G., comm. ss. Cass. soc, 2 juin 2010, n° 08-40.628, *préc.*

¹²⁵⁶ CEDH, 28 août 1991, *Brandstetter c/ Autriche*, req. n° 11170/84, 12876/87, 13468/87, Série A, n° 211, p. 27, §66.

¹²⁵⁷ CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c/Belgique*, req. n° 2689/65, Série A, n° 11, p. 17, § 28.

¹²⁵⁸ CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer B.V. c/Pays-Bas*, req. n° 14448/88, Série A, n° 274, p. 19, § 33.

¹²⁵⁹ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Droit fondamental - Classiques, 2010, p. 426.

de présenter des observations sans se placer en violation de l'article 6§1. Pourtant la solution ne manque pas de contradiction. Si le Défenseur des droits n'est pas une partie, alors il faut considérer qu'il n'a pas d'intérêt à agir ou à intervenir. La question reste de savoir pour quelle raison ces observations peuvent-elles être présentées par un avocat, si ce n'est parce qu'il a tout de même un intérêt à défendre ?¹²⁶⁰

Nous pourrions faire notre les arguments au titre desquels, la HALDE restaure l'égalité des armes au profit d'un plaignant, placé dans une inégalité d'accès à l'information et aux preuves¹²⁶¹. Nous en conviendrons, ils ne suffisent pas à essuyer toute critique émise à l'encontre de la procédure applicable à cette autorité administrative. Il faut, certes, se féliciter de l'existence d'une autorité dont les pouvoirs permettent, enfin, d'assister le plaignant dans la constitution des preuves, particulièrement dans le cas de la saisine d'une juridiction judiciaire¹²⁶². Il n'est pour autant pas admissible que son intervention aille jusqu'à constituer une sorte de pré-jugement¹²⁶³ de l'affaire, qui dépasse alors le statut de simple avis¹²⁶⁴. La Cour de cassation a tout bonnement éludé cette question. Aussi, si le Défenseur des droits est amené à jouer un rôle stratégique dans l'accompagnement du plaignant, les principes de justice tels que nous les connaissons ne légitiment pas que cela se fasse au détriment du mis en cause qui, force est de le constater, est placé dans une situation de net désavantage. L'encadrement de cette faculté importe et nous pensons, comme certains auteurs, qu'il conviendrait de soumettre ses observations, dans les affaires où elle a instruit le

¹²⁶⁰ C'était d'ailleurs l'argument du commentateur de l'arrêt qui en concluait que « cette présence au procès de l'avocat de la HALDE pour soutenir la position du salarié [...] conduit à voir dans cette institution, non une simple autorité que l'on écoute, mais une troisième force dans le déroulement de l'instance » : LOISEAU G., comm. ss. Cass. soc, 2 juin 2010, n° 08-40.628, *préc.*

¹²⁶¹ SERVERIN E. et GRUMBACH T., comm. sous Cass. soc, 2 juin 2010, n° 08-40.628, RDT 2010, p. 457.

¹²⁶² Comme le souligne un auteur, rien ne s'oppose à la saisine antérieure ou ultérieure du Défenseur des Droits. Dans tous les cas, l'autorité va pouvoir intervenir pour pré-constituer les preuves du demandeur et répondre alors aux exigences induites par l'allègement de la charge de la preuve en matière civile : QUETANT G.-P., *La Halde, « bonne amie » du salarié demandeur devant le conseil des prud'hommes*, JSL 2007, n° 223, p. 6.

¹²⁶³ Les termes sont d'ailleurs explicites dans certains arrêts : Le Défenseur des Droits « insiste sur le caractère discriminatoire du licenciement » : CA Orléans, 15 nov. 2011, n° 10/01990 – « Le Défenseur des droits (...) considère qu'il existe suffisamment d'éléments permettant de présumer que... », CA Aix-en-Provence, 22 sept. 2011, n° 11/00754 – « La Halde (...) sollicite l'annulation, pour discrimination fondée sur la nationalité, du refus opposé par la CAF de Beauvais à la demande de prestations familiales des époux » : CA Amiens, 24 mars 2009, n° 08/02404.

¹²⁶⁴ PONCET S. va même jusqu'à conclure que la Halde ne devrait pouvoir présenter d'observations qu'en ce qui concerne des affaires qu'elle n'a pas préalablement instruit : *La Halde respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause (2^{ème} partie)*, JSL 2011, n° 292, p. 4.

dossier, à l'accord du prévenu ou du défendeur¹²⁶⁵.

445. Si la nécessité justifie l'action, telle n'est pourtant pas la voie qui nous paraît à l'heure actuelle la plus judicieuse. La résignation n'étant source d'aucun profit, seule l'élaboration de pistes de réflexions en vue d'une coordination plus efficiente de ces institutions constitue un apport dans le traitement des discriminations.

Section 2 – A une coordination plus complémentaire

446. « Il n'est de blâme crédible sans capacité d'éloge »¹²⁶⁶ ; il faut reconnaître qu'en dépit de toutes les difficultés que cela engendre, la coexistence de ces différentes autorités a imposé la redéfinition du rôle de l'ensemble des acteurs. Face au nombre considérable d'acteurs intervenant sur le champ de la lutte contre les discriminations, cette démarche de redéfinition a abouti à la création d'un « réseau d'acteurs ». Le réseau est en quelque sorte une instance d'échanges et de diffusion de l'information qui permet l'amélioration de la détection des discriminations (§1). Le succès de cette démarche est néanmoins limité puisque dans la pratique, elle ne permet pas d'assurer pleinement la coordination des acteurs. Puisque la politique criminelle consiste à trouver tous les moyens qui permettent de lutter efficacement contre le crime¹²⁶⁷, nous ne pouvons nous satisfaire de ces constats. Afin de favoriser cette coordination, nous proposons l'élaboration d'une véritable chaîne de traitement (§2).

§ 1 - L'apparition de la notion de réseau d'acteurs

447. La création de la HALDE a favorisé l'apparition de nouveaux enjeux. L'idée que

¹²⁶⁵ ROZEC P. et MANIGOT V., *La place de la HALDE dans le paysage judiciaire*, JCP S 2010, n° 28, 1294, p. 12.

¹²⁶⁶ PONCET S., *loc. cit.*, p. 6.

¹²⁶⁷ DONNEDIEU de VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée, op. cit.*, p. 13, n° 11.

l'intervention autonome des acteurs ne produisait pas de résultats concrets a légitimé l'importance de leur coordination (A). Différentes expériences ont été menées à cet effet (B).

A) Les enjeux actuels de la coordination des acteurs

448. Une politique criminelle axée sur la mobilisation du droit. La coordination est un instrument de politique publique, plus qu'elle n'est celui de la science juridique. Partant de là, elle est nécessairement beaucoup plus malléable, variable et aléatoire. Elle dépend ainsi de la volonté, et non du simple désir, de ceux qui la composent et la mettent en œuvre. Mais, cette coordination est surtout tributaire du contexte général dans lequel elle s'inscrit puisque ce contexte impacte directement sur la volonté de ces acteurs.

Le contexte général de la politique de lutte contre les discriminations est généralement découpé en plusieurs périodes. Il comporte, à notre sens, une contradiction essentielle. Pendant tout un temps, nous avons focalisé cette politique autour de la construction de normes juridiques, formant actuellement la politique criminelle de lutte contre les discriminations, au point d'acquiescer la fausse conviction que la question ne pouvait être réglée autrement que par le droit.

Puis pendant un second temps, cette politique n'a eu de cesse de faire état de l'absence d'effectivité des normes que nous avons mises en place. Conscients que le droit devait nécessairement être mobilisé par les acteurs, nous avons alors cherché ce qui apparaissait être la meilleure façon d'assurer cette mobilisation. Mais une fois le système gangrené, l'urgence fait souvent place à la cohérence. Aussi, la politique publique, au lieu de partir du postulat qu'il fallait accompagner les acteurs dans l'application et la mise en œuvre de ce droit, a préféré substituer l'autorité chargée de l'appliquer¹²⁶⁸. Le travail mené par l'ancienne HALDE a eu le mérite d'apporter la certitude que le traitement des discriminations n'était

¹²⁶⁸ Cette tendance n'est absolument pas neutre et c'est ainsi que CHAPPE V.-A. souligne que « Débattre sur les moyens de rendre telle ou telle norme effective suppose de mettre en suspens l'interrogation publique sur la valeur de la norme et les conséquences de son effectivité. Penser la lutte contre les discriminations uniquement comme recherche pragmatique d'instruments visant à rendre la loi effective permet alors de contourner le débat portant sur la représentation des minorités au sein de l'espace public » : *Le cadrage juridique, une ressource politique ?*, Politix 2/2011, n° 94, p. 107.

pas une aporie. Mais, la mobilisation du droit ne peut être le fait de ce seul acteur ; elle suppose une prise de conscience de chacun du rôle qu'il doit être amené à jouer dans cet espace de lutte contre les discriminations.

Les attentes de la victime, la complexité de la situation dans laquelle elle est placée, sont devenues un important vecteur de redéfinition du rôle des acteurs. La résolution du litige par voie contentieuse est, encore à l'heure actuelle, une des solutions les moins propices à la prise en charge de victimes, en perte de confiance totale face à la machine judiciaire. Parce que son résultat est particulièrement incertain et peut s'avérer plus douloureux que l'inaction, d'autres voies plus informelles ont été jugées plus propices au traitement de la plainte.

Dans ce genre de cas, il faut admettre que la mobilisation du droit peut se suffire d'une qualification juridique, sans pour autant que la reconnaissance de culpabilité en devienne une étape incontournable. Certaines études sociologiques ont ainsi permis de démontrer que l'écoute et la reconnaissance d'une qualification juridique des faits dénoncés par le plaignant suffisaient à amenuiser le préjudice subi par ce dernier¹²⁶⁹. La médiation, quant à elle, présente aussi des vertus indéniables dans le traitement de certains types de litiges par la pérennité de la solution. Il va de soi que l'existence de rapports contractuels existant à long terme entre deux personnes rend plus propice l'exercice d'une résolution non contentieuse du litige¹²⁷⁰.

La protection d'une valeur sociale n'est donc plus, dans cette perspective, l'élément moteur de la définition de la politique criminelle de lutte contre les discriminations. La nécessité d'offrir une réponse diversifiée et adaptée à tous ces plaignants, qui vivent quotidiennement

¹²⁶⁹ Ce constat a ainsi été effectué en ce qui concerne les personnes issues de l'immigration qui subissent des discriminations particulièrement récurrentes. L'étude a permis de démontrer que, contrairement aux idées reçues, la mobilisation de la norme juridique par la qualification juridique a un impact positif sur leurs perspectives d'insertion : NOEL O., *Subjectivation des vécus, objectivation juridique des faits. Un dilemme pour l'évaluation des politiques relatives aux discriminations*, CNAF Informations sociales 2008/4, n° 148, p. 124.

¹²⁷⁰ Telle est notamment la conception que s'en est faite LATRAVERSE S. Elle souligne l'importance de cette médiation en tant que temps d'écoute du plaignant et considère qu'il s'avère particulièrement nécessaire une fois la certitude acquise que la résolution contentieuse n'aboutira pas : BORRILLO D., *HALDE, Actions, limites et enjeux*, op. cit., p. 62.

une négation ouverte de leurs droits, constitue dorénavant l'axe prioritaire de la politique de lutte contre les discriminations. Puisque le traitement répressif n'avait pas fait ses preuves, il fut ramené au second plan, au vu du considérable retard accumulé dans le traitement de cette problématique. Cette substitution de la protection de la valeur sociale à l'intérêt de la victime, comme axe de déclinaison de la politique criminelle, présente néanmoins le désavantage de hiérarchiser les critères discriminatoires. Ainsi, il subsisterait toujours des discriminations dont la gravité était telle, qu'un traitement intermédiaire du type médiation serait impropre. Le dispositif de traitement existant à l'heure actuelle ne pouvait donc occulter le rôle que la justice pénale devait être amenée à jouer en la matière.

Faut-il alors comprendre, sans emphase, que certaines discriminations mériteraient la mobilisation de la justice pénale alors que d'autres justifieraient un traitement davantage transactionnel ? Cette dichotomie entraîne assurément des difficultés de mise en application de cette politique criminelle parce qu'une telle redéfinition a nécessairement amené une certaine confusion dans le rôle, mais aussi dans l'intervention des différents acteurs.

449. Une déclinaison confuse de la politique criminelle. La confusion a, tout d'abord, été celle de nombreux acteurs qui, bien que ne représentant pas la justice pénale, y participent en se référant à la norme juridique ou en contribuant à son application. Après avoir considérablement élargi leurs pouvoirs afin de leur permettre de se saisir de la question, la politique criminelle a clairement exprimé sa méfiance à l'égard du système judiciaire. Celle-ci s'exprime non pas par la création d'une autorité compétente en la matière, mais à travers les prérogatives qui lui ont été conférées.

Par voie de conséquence, nous avons fait subir à ceux qui participent à la justice pénale, les effets inverses de ce que nous escomptions. Le caractère multifonctionnel de cette haute autorité a provoqué un élan de résignation chez des acteurs, qui avaient à l'esprit qu'elle était mieux armée pour régler les éventuelles discriminations rencontrées. Cette résignation conduit parfois à une négation de leur rôle par l'absence d'exercice de celui-ci. D'autres perçoivent sa création comme une façon de délégitimer leur action et il a donc fallu un temps

considérable d'adaptation pour que chacun y trouve sa place¹²⁷¹. Parallèlement un certain nombre d'acteurs, conscients de leur rôle dans le fonctionnement de la justice, en sont restés, notamment par militantisme, à une logique judiciaire. Les syndicats privilégient ainsi une résolution contentieuse, particulièrement pour la défense des syndiqués victimes de discrimination¹²⁷². D'autres, enfin, n'abandonnent pas l'idée qu'il faut rompre avec cette pratique du désengagement d'une justice, qui à leur sens, se complait derrière l'excuse de la difficulté probatoire pour justifier leur inaction. Il convient dès lors d'agir pour contraindre la justice à prendre fait et cause dans la sanction des discriminations. C'est notamment le cas en qui concerne les manifestations du racisme, certains n'hésitent pas à avoir systématiquement recours aux juridictions judiciaires¹²⁷³.

Face aux réticences et au risque d'une approche trop binaire, la HALDE s'est progressivement efforcée de promouvoir une coordination entre ces acteurs et elle-même. L'objectif était tant de restaurer une confiance qui avait été perdue, que d'assurer l'efficacité de son action puisque celle-ci reposait aussi en grande partie sur le concours de ces acteurs. Mais ce processus inachevé a été récemment ébranlé par la dissolution de la HALDE dans cette institution démiurgique qu'est le Défenseur des Droits. De nombreux acteurs n'ont pas manqué de faire état de leurs craintes¹²⁷⁴, de nombreux chercheurs, leurs questionnements, quant aux conséquences éventuelles d'une telle intégration¹²⁷⁵.

Telles sont les incertitudes actuelles auxquelles nous allons devoir faire face. Aujourd'hui en effet, il n'est pas certain que le champ « Lutte contre les discriminations »¹²⁷⁶, qui figure

¹²⁷¹ BORRILLO D. et CHAPPE V.-A., *La haute autorité de lutte contre les discriminations : un laboratoire juridique éphémère*, RF adm. pub. 2011, n° 139, p. 369.

¹²⁷² GUIOMARD F., *Syndicats : évolutions et limites des stratégies d'actions collectives d'action juridique*, Mouvements, 2003/4, n° 29, p. 47.

¹²⁷³ CHAPPE V.-A., *La qualification juridique est-elle soluble dans le militantisme ? Tensions et paradoxes au sein de la permanence juridique d'une association antiraciste*, Droit et société 2010/3, n° 76, p. 543.

¹²⁷⁴ Ainsi de nombreuses associations ont publié un communiqué de presse inter-associatif demandant à ce que la HALDE ne soit pas intégrée au sein du Défenseur des droits.

¹²⁷⁵ Certains auteurs ne manquent pas de noter leur plus grand scepticisme à l'égard de cette nouvelle institution. TEITGEN-COLLY C. note ainsi « au-delà, c'est sans doute une crainte plus profonde qui s'exprime, celle de voir naître un instrument non seulement contreproductif, mais qui pourrait être totalitaire » : *Le défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel*, LPA 2008, n° 254, p. 125.

¹²⁷⁶ De manière plus générale, le gouvernement avait d'ailleurs, dans un premier temps, hésité à intégrer certaines autorités administratives, dont la HALDE, en raison de la crainte « d'une dégradation de leur visibilité et de leur notoriété » et « d'un alourdissement de la procédure » qu'elles devront respecter dans le cadre d'une intégration sous le Défenseur des Droits : PEYRONNET J.-Cl., avis n° 104, *préc.*

parmi les multiples vocations du Défenseur des droits trouve une visibilité similaire à celle de la HALDE. Cette nouvelle institution ne va-t-elle pas instaurer une nouvelle distance entre le plaignant qui rencontrera des difficultés à faire la transition entre la HALDE et le Défenseur des Droits ? Il n'est pas certain, du moins pendant un laps de temps, que cette transition n'ait aucune conséquence sur le traitement des discriminations.

450. Une réhabilitation de l'action judiciaire dans la politique criminelle. Ne pouvant faire sans la justice pénale, il était évident, du point de vue des orientations politiques, que l'insuffisance de l'intervention de la justice pénale justifiait d'intégrer l'action pénale dans la dynamique des instances locales mettant en œuvre les politiques nationales de lutte contre les discriminations. L'instauration, en 2004¹²⁷⁷, des Commissions pour la promotion de l'égalité des chances¹²⁷⁸ et la citoyenneté partait de cette dynamique. Placée sous la tutelle du préfet du département, les COPEC sont les premières instances de lutte contre les discriminations. L'objectif de cette instance est de diminuer la distance existante entre la politique pénale du procureur, la politique locale de lutte contre les discriminations¹²⁷⁹ en prenant compte de la réalité et des spécificités locales.

Mais la COPEC n'est pas pour autant l'instance idéale du développement d'un réseau d'acteurs. En effet, bien que circonscrite à l'observation des phénomènes discriminatoires et à la mise en œuvre de politiques locales de prévention des discriminations, chaque collectivité territoriale est partie sur une définition autonome des actions et des axes

¹²⁷⁷ Ces commissions font suite aux précédentes commissions départementales d'accès à la citoyenneté (dites CODAC), créées par une circulaire du ministre de l'Intérieur le 18 janvier 1999. Chargées de la mise en œuvre de toute action destinée à lutter contre les discriminations, elles traitaient particulièrement des questions du racisme et sont devenues, lors de la création du GELD, un relais local dans le signalement des situations de discrimination. L'initiative n'était en aucun point critiquable mais sa mise en œuvre particulièrement houleuse. Maintes fois redéfinies, l'exercice de leurs missions avait fait l'objet d'un bilan très mitigé. Lors de la création de la HALDE, il fut convenu que cette dernière se chargerait essentiellement du traitement des discriminations, alors que la COPEC serait chargée de mettre en œuvre ; au niveau local, un certain nombre d'actions de prévention contre toutes les formes de discrimination : V. ainsi la circulaire interministérielle du 20 sept. 2004 relative aux missions nouvelles des commissions départementales d'accès à la citoyenneté (CODAC), commissions pour la promotion de l'égalité des chances et la citoyenneté (COPEC), NOR/INT/K/04/00117/C.

¹²⁷⁸ Par la suite, COPEC.

¹²⁷⁹ Cette tendance est généralisable dans différents domaines relatifs notamment à la sécurité publique. Elle fait d'ailleurs l'objet de vives critiques en raison de l'atteinte à l'indépendance de la justice que cela provoque : MILBURN P., *Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des « politiques pénales » ?*, Droit et société 2010/1, n° 74, p. 73.

d'intervention de cette nouvelle instance¹²⁸⁰. Instance de rencontre et de regroupement de tous les acteurs de lutte contre les discriminations, celle-ci a parfois permis de favoriser une démarche cohérente de traitement des situations de discrimination. Mais, la latitude laissée à chaque collectivité pour définir les missions qui leur semblaient prioritaires, notamment, au regard des spécificités régionales, n'a pas permis de généraliser une telle démarche¹²⁸¹.

En axant la politique criminelle de lutte contre les discriminations sur la multiplication des acteurs du champ de la lutte contre les discriminations, il est rapidement apparu que chacun travaillait dans l'isolement sans disposer de la capacité ou de la connaissance nécessaire pour faire appel aux autres. La dilution des pratiques engendrées par cette première situation, justifia la redirection de cette politique criminelle, au moment de la création de la HALDE, vers l'instauration d'une réflexion menée autour de la coordination de ces acteurs. Depuis lors, différentes expériences ont été menées à cet effet pour répondre à ce besoin, exprimé par les acteurs, de pouvoir s'inscrire dans une démarche d'action plus structurée et dont la visibilité serait mieux assurée.

B) Les expériences menées

451. Nous avons tout d'abord tenté de favoriser la coordination des acteurs par la création de pôles anti-discriminations (1). Parallèlement, diverses initiatives locales, inspirées par cette démarche, ont créé leur propre réseau d'acteurs (2).

1) Les pôles anti-discriminations

452. Le pôle anti-discrimination, une instance propice à la création d'un réseau d'acteurs. Faisant suite à la volonté du Garde des sceaux de renforcer l'action de la justice,

¹²⁸⁰ Ces axes répondent néanmoins à deux grandes priorités que sont l'insertion professionnelle et la lutte contre le racisme et l'antisémitisme.

¹²⁸¹ Une importante partie des COPEC s'est essentiellement centrée sur la définition d'actions de prévention et d'information sur certains types de discrimination.

particulièrement de la justice pénale¹²⁸², dans la lutte contre les discriminations, des pôles anti-discriminations furent mises en place en 2007 dans tous les parquets de chaque tribunal de grande instance. Ces pôles anti-discriminations, représentés par un magistrat référent nommé à cet effet, devaient permettre de coordonner un réseau local de lutte contre les discriminations, en s'appuyant sur les associations impliquées en la matière. Les missions de ce pôle tournent autour de quatre axes, à savoir la constitution d'une cellule de veille recensant les difficultés et les solutions envisageables, la mise en place d'une dynamique favorisant l'émergence et l'identification des situations discriminatoires, la conduite d'actions ciblées et enfin, le développement d'actions communes¹²⁸³. Il s'agit donc d'un lieu propice à la création d'une chaîne de traitement, et c'est dans cette optique que certains parquets ont mis en place différentes initiatives pour favoriser le traitement des plaintes de discrimination.

Concrètement, le pôle est composé d'un magistrat du siège chargé de conduire la politique pénale à mener en la matière. Cette politique est essentiellement mise en œuvre par deux acteurs que sont d'une part, le délégué du procureur chargé des procédures de traitement des troisièmes voies et d'autre part, les acteurs ou professionnels de lutte contre les discriminations¹²⁸⁴. L'élaboration d'une chaîne de traitement est bien évidemment un des aspects de cette politique, mais il n'est pas des moindres. Le constat que le traitement pénal est considérablement freiné par les hésitations du plaignant à déposer plainte a donné à cet aspect une place considérable. L'idée était donc d'activer les relais en favorisant la mise en

¹²⁸² Cette décision a été annoncée le 22 juin 2007 par l'ancienne Garde des sceaux lors de son déplacement à Bobigny. Le discours de l'ancienne Garde des sceaux fait clairement apparaître sa volonté de restaurer une dynamique de traitement des discriminations au niveau des juridictions pénales : « Evidemment, la justice n'est pas la seule à devoir agir contre les discriminations. Mais elle ne saurait rester silencieuse devant ce drame que vivent tous les jours des millions de Français. La justice a une réponse particulière à apporter aux comportements discriminatoires : c'est **une réponse pénale** », DATI R., *Installation du pôle anti-discrimination au parquet du TGI d'Ajaccio*, discours de Mme Rachida Dati, Garde des sceaux, Ministre de la Justice du 27 septembre 2007, consultable sur : <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2007-10239/>.

¹²⁸³ Ministère de la Justice, *Dépêche précisant la mise en place de pôles anti-discriminations*, 11 juill. 2007, Non publiée au BO, consultable sur : <http://www.textes.justice.gouv.fr/autres-textes-10182/depeche-precisant-la-mise-en-place-de-poles-anti-discriminations-14410.html>.

¹²⁸⁴ En réalité la désignation du délégué du procureur permettait de faire la transition entre le magistrat référent et les acteurs externes. La circulaire du 11 juillet 2007 précise qu'« il sera de préférence recouru aux services de responsables ou de collaborateurs d'associations oeuvrant dans ce domaine, dont les connaissances et l'expérience les qualifient tout particulièrement à cette fin », point 2.

place de partenariat entre ceux qui disposent de la capacité de convaincre la victime de déposer plainte et ceux chargés de la recevoir.

453. Le pôle anti-discriminations, une association d'acteurs. Compte tenu de leur rôle stratégique dans l'identification et la transmission des situations discriminatoires, il importait d'y associer les services de police et de gendarmerie. Les initiatives les plus actives ont même permis l'élaboration d'un modèle de plainte type pour les discriminations¹²⁸⁵, ou la nomination de référents au sein des commissariats de police ou brigades de gendarmerie¹²⁸⁶.

Parallèlement, les associations apportent leur soutien au fonctionnement de ce pôle en raison de leur capacité d'appréciation et d'identification des situations discriminatoires. L'existence de cellules d'accueil des victimes permet ainsi de favoriser la remontée des plaintes. Mais, elles sont aussi parties prenantes en ce qui concerne la recherche des premiers éléments de preuve nécessaires au soutien des plaintes engagées à ce sujet. Certaines associations y jouent un rôle considérable puisque sont allées jusqu'à la signature d'une convention cadre avec le Ministère de la Justice pour l'accompagnement des plaignants en matière de discrimination. Concrètement, leur intervention doit permettre d'appuyer le travail mené en aval par le parquet, par l'accueil, la recherche de preuves et l'information des parquets quand aux problèmes rencontrés par les victimes de discrimination¹²⁸⁷.

Mais leur degré de spécialisation eu égard à certains critères discriminatoires justifient parfois, pour assurer pleinement l'efficacité de la chaîne, qu'une coopération similaire soit envisagée avec d'autres associations aux compétences plus généralistes. C'est ainsi la démarche qui a été entreprise dans quelques tribunaux où différents référents associatifs, oeuvrant dans la lutte contre les discriminations, ont été chargés d'identifier les situations

¹²⁸⁵ C'est notamment le cas pour le pôle anti-discriminations d'Evry

¹²⁸⁶ C'est ainsi le cas pour le pôle anti-discriminations d'Angoulême : V. à ce sujet, l'article faisant état du bilan du pôle anti-discrimination d'Angoulême : <http://www.infos-discriminations.fr/2008/12/bilan-du-pole-anti-discrimination-dangouleme/>.

¹²⁸⁷ V. ainsi la Convention cadre signée entre la LICRA- SOS Racisme et le Ministère de la Justice du 14 déc. 2007. Celle-ci prévoit l'existence d'un partenariat étroit entre ces associations et les pôles anti-discriminations. Ce partenariat « repose sur le développement d'un réseau local de lutte contre les discriminations de l'association qui mettra en œuvre, à cette fin, tous les moyens nécessaires à la bon exécution de cette action » : art. 1^{er} 1^o, consultable sur : <http://www.textes.justice.gouv.fr/conventions-et-partenariats-11143/convention-cadre-avec-la-licra-et-sos-racisme-15114.html>.

discriminatoires et d'assurer leur remontée auprès du magistrat référent¹²⁸⁸.

Dans certains cas, l'intervention de ces acteurs associatifs est structurée autour de deux axes : certains ne sont chargés que de l'accueil, d'autres que de l'accompagnement. L'intérêt est de créer une sorte de processus de filtrage; les premières sont chargées de l'accueil et de la qualification des faits et se chargent de les renvoyer aux secondes. Le groupe d'accompagnement reçoit ainsi les victimes, qui peuvent être adressées par tout acteur – parquet, services de police, administration, association – et se chargent de l'accompagnement de ces dernières dans la constitution de leur dossier et la délimitation des démarches et recours à utiliser¹²⁸⁹. Un tel processus permet de concilier avec pertinence l'existence d'associations dites « généralistes », chargée de l'accueil de tout type de victimes, avec celles, plus spécialisées, chargées uniquement du contentieux des discriminations.

454. Le pôle anti-discriminations, une mise en place et un bilan mitigé. La construction de certains de ces pôles a pris un temps dont la variabilité dépend notamment de l'existence d'un réseau d'acteurs ou d'une dynamique préalable. Dans certains cas, l'existence antérieure d'un comité de pilotage chargé d'animer un « réseau de lutte contre les discriminations »¹²⁹⁰ ou la présence d'une instance de travail et de réflexion comme la Commission pour la promotion de l'égalité des chances et de la citoyenneté ont favorisé la connaissance, l'échange et la coordination des acteurs.

Le caractère encore récent de la mise en place de ces pôles rend difficile de pouvoir faire état

¹²⁸⁸ Cf. les éléments de cadrage indiqués par le pôle anti-discrimination du TGI d'Evry : http://www.crpve91.fr/depot_crpve/repertoire_actions/31_1_doc.pdf.

¹²⁸⁹ C'est de cette manière qu'est conçue la chaîne de traitement au niveau du TGI d'Evreux. V. le protocole relatif au pôle anti-discriminations signé par la Cour d'appel de Rouen - Parquets des tribunaux de grande instance d'Evreux et Bernay,

Consultable sur : www.eure.pref.gouv.fr/site/.../protocole_antidiscriminations.PDF.

¹²⁹⁰ C'est le cas notamment à Libourne, où le maire a eu l'initiative de créer un réseau local de lutte contre les discriminations en 2002. Après cinq ans de travail, ce réseau accueille le procureur de la République, les services de police et de gendarmerie, un membre de la COPEC, le sous-préfet, diverses associations et divers représentants d'institutions compétentes en matière de discrimination. V. ainsi, le compte-rendu du Comité de pilotage du « Réseau de lutte contre les discriminations » de Libourne, du 16 décembre 2008, consultable sur : www.boulevard-des-potes.org/.../CR_Copil_Reseau_lcd_libournais_1.

actuellement d'un bilan complet. La balance semble pencher d'un côté comme de l'autre. Bien souvent porteurs de nombreuses initiatives locales en matière de sensibilisation des citoyens¹²⁹¹, de formation des acteurs, la dynamique se crée progressivement. Elle est néanmoins très variable d'un tribunal à un autre et les pratiques ne présentent aucune uniformité. Dans certains départements, ces pôles ont favorisé la cohésion des acteurs, dans d'autres ils semblent quasiment inexistantes. Le bilan n'en reste pas moins très mitigé en ce qui concerne spécifiquement la question du traitement même des discriminations et certains font état, en 2008, d'une moyenne de trois plaintes par tribunal¹²⁹², ce qui laisse supposer qu'il subsiste encore de grosses difficultés dès le début de la chaîne de traitement, soit au stade de la saisine par la victime de l'instance judiciaire.

455. Quelle que soit leur contribution, l'hétérogénéité des dynamiques existantes au niveau des pôles anti-discrimination ne fait pas de cette instance un cadre suffisamment stable de coordination des acteurs. C'est la raison pour laquelle d'autres initiatives ont été menées parallèlement dans cette perspective.

2) *La surenchère d'initiatives locales de création d'un réseau d'acteurs*

456. L'importance de ne pas circonscrire le réseau d'acteurs dans le cadre du pôle anti-discriminations. Dans les hypothèses où le pôle anti-discriminations a permis l'élaboration du réseau d'acteurs, celui-ci restait circonscrit au développement de l'action judiciaire, notamment par la transmission de l'information et la remontée des plaintes. Bien que cette démarche réponde à l'une des principales difficultés du traitement des discriminations et contribue à l'amenuisement de la distance existante entre l'instance pénale et le plaignant, elle méritait néanmoins d'être généralisée. La raison est essentiellement juridique : la discrimination a des facettes tellement différentes que la notion de réseau d'acteurs ne peut être figée autour de l'action pénale.

457. L'élargissement du réseau d'acteurs, une dynamique locale à la portée très

¹²⁹¹ Notamment par le biais de la création d'une plaquette d'information.

¹²⁹² BOETON M., *Les victimes de discrimination hésitent encore à porter plainte*, La Croix, 8 juill. 2009.

variable. C'est ainsi qu'en dépit de la création du pôle anti-discriminations, différentes démarches locales ont été parallèlement menées en vue de la création d'un réseau d'acteurs. L'idée n'était pas tant de provoquer une surenchère d'actions mais bien de répondre à une autre difficulté qui était celle de la méconnaissance, tant des victimes que des acteurs, de l'ensemble des personnes susceptibles d'être compétentes ainsi que du potentiel de leur contribution respective. Or, la mission des pôles anti-discriminations n'avait pas une portée aussi vaste. Aussi, la constitution du réseau d'acteurs de lutte contre les discriminations fut le travail propre de différentes collectivités territoriales, ou parfois simplement locales. Mais de ce fait, son aboutissement a toujours à l'heure actuelle une portée différente selon les collectivités en question.

A minima, la notion de réseau d'acteurs a d'abord été travaillée sur le créneau de la visibilité de ces acteurs et il s'agissait alors de répertorier sous la forme d'un annuaire¹²⁹³ ou d'un site internet¹²⁹⁴ l'ensemble des structures compétentes localement sur la question des discriminations. Mais, cette notion de réseau d'acteurs peut prendre aussi une forme plus élaborée et c'est ainsi que certaines collectivités se sont attachées à construire différents outils permettant de favoriser l'échange et la coordination de ces différents acteurs.

De telles démarches inscrites dans le cadre de différentes politiques publiques territoriales subissent nécessairement les effets pervers de cette territorialisation de la lutte contre les discriminations. Le développement du réseau d'acteurs est en proie au risque d'une multiplication conséquente des plans territoriaux de lutte contre les discriminations, tout en étant fonction du volontariat très hétérogène des acteurs en présence. Si leur élaboration répond généralement au souci d'améliorer considérablement l'accessibilité du plaignant aux personnes susceptibles de pouvoir la prendre en charge, chacune a une cohérence qui lui est

¹²⁹³ Ainsi, en ce qui concerne la région Alsace ou la Champagne-Ardenne, les annuaires existants permettent de recenser les différents acteurs en fonction de leurs différents modes d'intervention. Un pictogramme permet ainsi d'indiquer si l'acteur en question intervient au niveau de l'information ou de l'orientation, de l'accompagnement juridique et du soutien psychologique de la victime. Un exemple de cet annuaire est consultable sur : http://www.oriv-alsace.org/pages1/7-discr/a-annuaire_victime_discriminations.html.

¹²⁹⁴ Telle est la forme retenue par la ville de Toulouse qui assure, quant à elle, la visibilité des acteurs compétents en listant l'ensemble des acteurs dont il est possible de faire appel. Son site est consultable sur : <http://nondiscrimination.toulouse.fr/>. Cette démarche reste moins aboutie que la précédente car elle ne permet pas de savoir avec exactitude le champ sur lequel l'acteur peut intervenir.

propre. Dans certains cas, la question de l'accessibilité a simplement induit une multiplication des structures d'accueil compétentes¹²⁹⁵, sans que nécessairement apparaisse une véritable collaboration entre ces dernières. Le parcours du plaignant, qui multiplie les rencontres avec différents intervenants, se veut parfois particulièrement long. L'absence de coordination alimente pourtant l'éloignement du plaignant aux institutions judiciaires et notamment répressives.

458. Améliorer l'effectivité du traitement des discriminations suppose donc d'aller au-delà de ces premières expériences parce que, comme nous venons de le voir, la création d'un réseau d'acteurs n'aboutit pas nécessairement à la création d'une chaîne de traitement. En réalité, l'élaboration d'une chaîne de traitement suppose l'inscription de tous ces acteurs dans un engagement formel et durable de collaboration et de soutien des autres intervenants. Elle peut, de ce fait, représenter un tournant important dans la politique de traitement des situations de discrimination. Cet engagement doit néanmoins suivre un cadre structuré que nous avons tenté de définir.

§ 2 - La définition d'une chaîne de traitement

459. Si les dispositifs que nous venons de présenter ont au moins le mérite de favoriser la mobilisation des acteurs de la lutte contre les discriminations, ces dispositifs se sont contentés pour l'essentiel de promouvoir la création d'un réseau d'acteurs. Ils ne permettent pas toujours de déterminer avec précision comment ces acteurs doivent interagir. En réalité, la complexité dans la définition d'une chaîne de traitement cohérente (A) nous a amené à élaborer des axes qui favoriseront cette chaîne de traitement (B).

¹²⁹⁵ Ainsi, il convient de faire état des différentes structures d'accès au droit qui, bien que n'ayant pas été créées dans le cadre de la lutte contre les discriminations, sont susceptibles d'y participer d'une certaine manière. Des structures comme la Maison de la Justice et du Droit, les Centres Départementaux de l'Accès au Droit, créées par la loi n° 91-647 du 10 juill. 1991, permettent l'accueil des plaignants, leur information et leur réorientation. Placées sous l'autorité du président du TGI, elles ne sont pas nécessairement en liaison avec le délégué du procureur de la République chargé des questions de discrimination. Ainsi, certaines Maisons de la Justice et du Droit proposent des permanences avec le délégué du procureur, mais cette possibilité n'existe pas dans chaque département. A l'inverse, chacune d'entre elles propose une permanence avec les correspondants locaux du Défenseur des Droits, existants dans chaque département.

A) La complexe définition d'une chaîne de traitement

460. Compte tenu des différentes approches de la notion de discrimination, de la multiplicité tant des acteurs que de leurs compétences, la définition d'une chaîne de traitement est nécessairement complexe. Pour pouvoir visualiser en quoi peut consister une chaîne de traitement nous sommes partis de celles préexistantes en la matière (1). Ces dernières n'ayant pas vocation à s'appliquer de manière générale à tous les acteurs, il importait de prendre en considération les difficultés propres à cette généralisation (2).

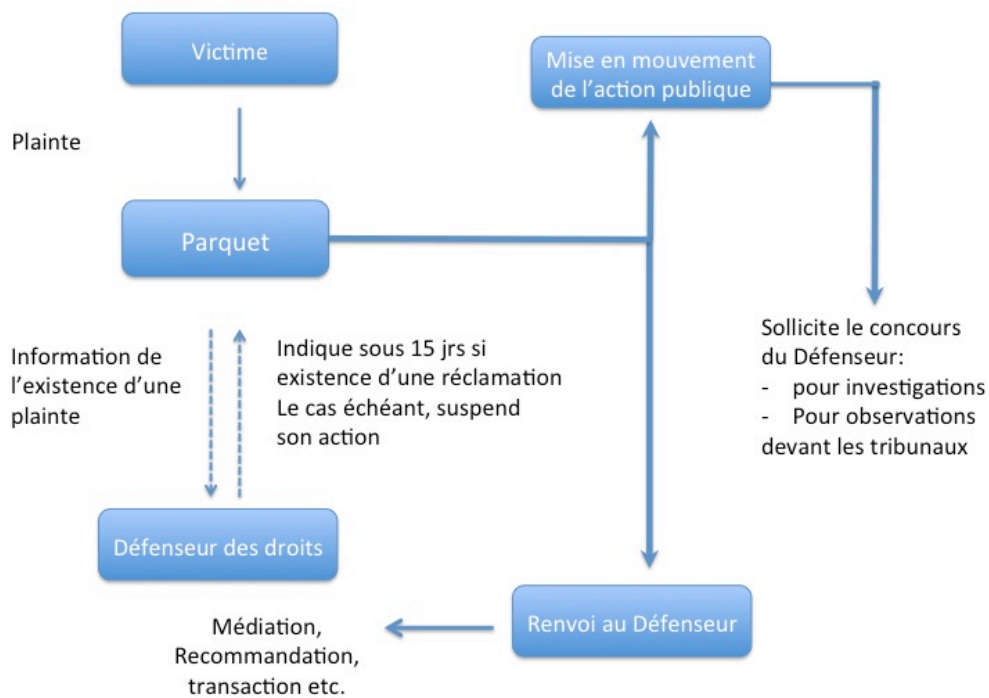
1) Un point de départ de la définition de la chaîne de traitement : les protocoles de coopération encadrant l'action du Défenseur des droits

461. Conscientes de l'impossibilité et de l'absence d'intérêt de ne pas travailler dans l'action commune, les différentes instances de traitement ont progressivement construit un protocole de coordination de leurs actions. L'intérêt est de maintenir le rôle de chacun à la hauteur de ce qu'il est nécessaire pour un traitement efficace des discriminations, tout en usant du potentiel de chaque voie pour pallier aux difficultés rencontrées à leur propre niveau. La démarche n'est pas nouvelle car depuis sa création, la HALDE, avait déjà élaboré un protocole de coopération avec l'inspecteur du travail¹²⁹⁶. La nécessité d'élargir le cercle de la coopération a justifié l'adoption d'une démarche similaire en ce qui concerne la juridiction pénale. Bien que très proches sur le principe, la finalité poursuivie par chaque protocole de coopération varie selon l'acteur qui en bénéficie, si bien que pour bien comprendre le mécanisme de la chaîne de traitement, il faut envisager successivement ces deux protocoles.

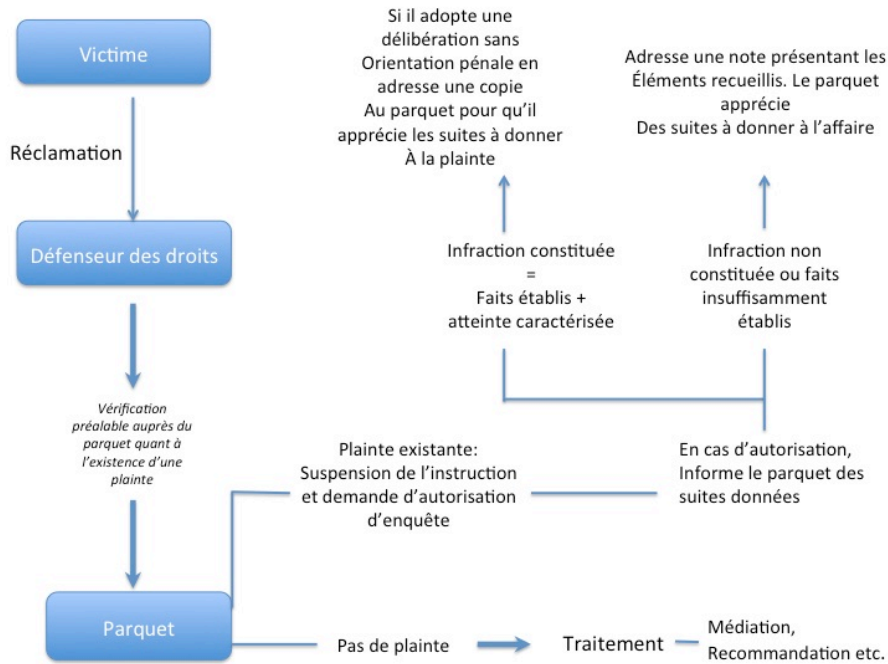
¹²⁹⁶ V. ainsi la circulaire interministérielle DPM/ACI, n° 2007-12 du 5 janv. 2007 relative aux relations entre l'inspection du travail et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, SANN0730150C, BO Min. trav., 30 avr. 2007, n° 4, p. 1.

462. La coopération entre l'ancienne HALDE et l'autorité judiciaire : permettre à chaque plainte ou à chaque réclamation de bénéficier d'un traitement adéquat. Concrètement, les protocoles de coopération, signés avec différents parquets des tribunaux de grande instance nationaux, ciblent deux objectifs principaux de coopération. Dans un premier temps, il importe de privilégier la concertation commune lors des phases d'enquête, à la suite de la saisine d'une instance. Ceci permet, dans un second temps, d'éviter la multiplication des actes d'investigation et d'échanger respectivement sur les suites données au traitement d'une réclamation ou d'une plainte. Le protocole met en œuvre les modalités suivantes :

Echanges du parquet vers le Défenseur des Droits



Echanges du Défenseur des Droits vers le parquet



Si le protocole de coopération vise essentiellement à éviter la dilution ou la multiplication des actions menées par les différentes instances de traitement dans l’hypothèse d’une co-saisine de ces deux instances, il reste profondément silencieux dans la situation où seule l’une des deux instances est saisie du traitement de la plainte. Aussi, cela laisse encore supposer que les instances n’envisagent leur complémentarité uniquement quand celle-ci apparaît être indispensable voire incontournable.

Elles conservent une approche très cloisonnée de la chaîne de traitement, c’est-à-dire que ce n’est pas la nécessité ou l’effectivité qui justifient leur coordination commune, mais avant tout le fait que chacune trouve compétence en raison de leur saisine par le plaignant. L’objectif principal est d’assurer un échange et un suivi de l’affaire afin que la plainte ou la réclamation bénéficie, en toute hypothèse, d’une réponse, que ce soit par la juridiction pénale ou par le Défenseur des droits.

Du point de vue du parquet, cela vise insiste sur le fait ce dernier doit faire appel au

Défenseur des droits, si le mode de traitement choisi consiste en une transaction pénale. De même dans l'hypothèse où l'infraction ne serait pas constituée, le protocole permet d'éviter le recours au classement sans suite, par l'information du Défenseur des droits des suites données à cette affaire, afin que celui-ci propose une médiation ou l'adoption d'une autre mesure. Du point de vue du Défenseur des droits, certaines questions semblent avoir été éludées du protocole. Par exemple, celui-ci ne dit mot en ce qui concerne la question des modalités de transmission des réclamations qui s'avèrent constitutives de l'infraction de discrimination. Marquant « la volonté d'une collaboration renforcée, systématique et structurée afin (...) d'apporter à chaque situation de discrimination une réponse adaptée, pertinente », le protocole pêche par manque d'éléments en faveur de cette coordination.

Il est ainsi dommage qu'il ne soit pas prévu que le parquet transmette systématiquement la plainte au Défenseur des droits, en présence d'une infraction non constituée, que dans le cas de la co-saisine de ces autorités. Cette obligation aurait dû être systématisée pour toute plainte classée sans suite, que le Défenseur des droits ait été saisi ou non, puisque celui-ci dispose de la capacité de se saisir d'office¹²⁹⁷. De même, est-il regrettable qu'il ne soit pas précisé que le parquet puisse faire appel au Défenseur des droits, notamment en matière d'investigations¹²⁹⁸, dans le traitement d'une plainte alors que cela pourrait être d'une aide considérable.

463. La coopération entre l'ancienne HALDE et l'inspecteur du travail : faciliter la constitution d'éléments de preuve. La chaîne de traitement prend aussi en compte l'intervention hypothétique de l'inspecteur du travail dont les rapports avec l'ancienne Haute autorité avaient déjà fait l'objet de précisions par le biais d'une circulaire interministérielle

¹²⁹⁷ La circulaire CRIM 2005-22 CAB/03-10-2005 du 3 oct. 2005 *préc.* prévoit simplement que « les parquets qui n'envisageraient pas de donner suite à une plainte pour discrimination pourront apprécier cependant l'opportunité qu'il y aurait à informer la Haute Autorité des faits dont ils ont eu connaissance, et qui entrent dans le champ des compétences de celles-ci sans pour autant être susceptible de qualification pénale ».

¹²⁹⁸ Ainsi, rappelons que le Défenseur des Droits dispose de la possibilité d'effectuer des vérifications sur place. Cette procédure est contrôlée par le juge des libertés et de la détention. Précédemment, il était requis que la HALDE puisse faire des vérifications sur place par des agents assermentés dont elle disposait à cet effet : Loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004, art. 2 al. 7 et art. 8. Mais ceux-ci devaient préalablement avoir été habilités par le procureur : Délib. n° 2007-169 du 11 juin 2007 fixant le règlement des services de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, art. 18, BO Min. trav., 30 juill. 2007, n° 7, p. 2.

datant de 2007¹²⁹⁹. Comme précédemment, la coopération entre les deux instances prend en compte deux axes principaux que sont l'information conjointe et la communication de documents relatifs à une plainte ou à une réclamation pour discrimination.

L'information conjointe reprend pour l'essentiel l'économie des échanges que nous avons précédemment présentés. L'idée est à nouveau que chaque instance doit vérifier si l'autre a été préalablement saisie, le cas échéant se mettre en contact pour coordonner leur action et juger des suites pertinentes à donner au dossier. Dans l'hypothèse où seul l'inspecteur du travail a été saisi, la circulaire précise que celui-ci dispose de la possibilité d'informer le Défenseur des droits afin qu'il se saisisse pour proposer un traitement adéquat. En cas de transmission de la plainte au procureur, là encore, il lui est loisible de porter à la connaissance du Défenseur des droits les procès-verbaux afin que celui-ci se rapproche du procureur de la République. En conséquence, le protocole permet, une fois de plus, d'éviter tout éventuel abandon du traitement d'une plainte en optimisant l'information des différents acteurs.

Mais la coopération présente surtout un intérêt considérable en ce qui concerne la constitution des éléments de preuve. Il prévoit à cet effet que le Défenseur des droits dispose d'un accès direct aux procès-verbaux, documents et éléments d'information nécessaires à l'instruction d'une réclamation. Cet accès est nécessairement soumis à l'accord du procureur de la République en cas de saisine de ce dernier, dans le cadre de l'article 40 du Code de procédure pénale, sauf si celle-ci a abouti à un classement sans suite. Le Défenseur des Droits dispose également de la faculté de solliciter l'inspecteur du travail pour la conduite d'une enquête sur des faits pour lesquels il a été saisi. Les éléments recueillis à l'issue de cette enquête auront vocation à être transmis à la Haute autorité.

464. Répondant à la nécessité d'améliorer les perspectives de traitement existantes en matière de lutte contre les discriminations, et en dépit de quelques incohérences, le protocole de coopération constitue un premier support intéressant de collaboration des différents

¹²⁹⁹ V. circulaire interministérielle DPM/ACI, n° 2007-12 du 5 janv. 2007, *préc.*

acteurs. Pour autant, elle ne prend en compte qu'une seule partie du processus de traitement des discriminations puisque la coopération ne s'envisage qu'à partir du moment où les instances en question sont respectivement saisies. Aussi, elle laisse de côté tous les autres acteurs qui disposent d'une compétence dans l'accueil, voire aussi dans l'instruction d'une plainte ou d'une réclamation. Cela pose dès lors la question de la pertinence d'une généralisation de cette chaîne de traitement et des difficultés qu'elle suppose.

2) *Les difficultés propres à la généralisation d'une chaîne de traitement*

465. L'importance de poursuivre un objectif réaliste compte tenu de la spécificité des discriminations. Il n'est déjà pas évident de coordonner plusieurs instances de traitement, cela vaut *a fortiori* quand la chaîne de traitement doit prendre en compte l'ensemble des acteurs de lutte contre les discriminations. En dépit de ces difficultés, il est à notre sens important de tenter de les surmonter car seule la création d'une chaîne de traitement permet à chaque acteur une appropriation et une mobilisation du droit qui permettra d'assurer l'efficacité de la lutte contre les discriminations¹³⁰⁰. Les difficultés propres à la généralisation de cette chaîne de traitement portent d'abord sur l'objectif poursuivi.

L'objectif, tout d'abord, doit être réaliste. En faisant état de la nécessité de généraliser, nous exprimons un souhait, une tendance car nous sommes conscients du fait que la création d'une véritable chaîne de traitement, qui prendrait en compte tous les acteurs, les enjeux et difficultés rencontrés, est une réalisation utopique. L'idée n'est pas donc de construire une chaîne de traitement qui aurait la prétention de permettre à toute plainte ou à toute réclamation d'aboutir à une résolution contentieuse ou non contentieuse. La chaîne de traitement doit permettre, au contraire, de maximiser les chances du plaignant de bénéficier d'un traitement et d'une solution adéquate.

¹³⁰⁰ POUTIGNAT P. notait ainsi : « pour que la lutte contre les discriminations soit effective, le changement ne doit pas seulement concerner l'action publique politique et juridique, elle doit toucher également les organisations de la société civile (...). L'efficacité du droit en dépend, ce qui suppose son appropriation et sa mobilisation par les acteurs » : *Pratiques syndicales de lutte contre les discriminations : une étude de cas*, Cahier de l'Urmis, 2006, n° 10-11, consultable sur : <http://urmis.revues.org/index247.html>.

466. Le choix d'une méthodologie adéquate. Ensuite, la définition d'une méthodologie rigoureuse est entravée par la complexité du phénomène discriminatoire. En effet, chaque stade du processus de traitement est susceptible de faire intervenir différents acteurs. Ceci peut rendre ce processus particulièrement complexe, voire dans le pire des cas le faire échouer. En réalité la principale difficulté rencontrée n'est pas tant la multiplicité des intercesseurs¹³⁰¹ mais bien le fait que ceux-ci n'ont pas des champs d'intervention ciblés et sont donc compétents à différentes étapes. Concrètement, ces intercesseurs peuvent être regroupés en quatre grandes catégories.

Bien qu'ils ne participent pas directement à ce que l'on considère comme le traitement d'une situation de discrimination, il convient de citer en premier lieu *les organes d'identification*. Ils se composent d'une pluralité d'acteurs, qui ne travaillent pas particulièrement sur le terrain de la lutte contre les discriminations, mais qui sont en capacité de détecter une situation discriminatoire. Cela peut couvrir des personnes au profil très varié, travaillant dans différents secteurs propices à l'apparition de comportements discriminatoires¹³⁰². Sensibilisées ou formées à la question des discriminations, ces personnes sont des atouts considérables soit parce que la victime n'est pas en mesure de prendre conscience de la discrimination vécue soit parce qu'elles peuvent lui apporter une première écoute.

La chaîne de traitement commence, en réalité, par l'intervention *d'organes d'accueil et d'orientation*. Ceux-ci correspondent notamment aux structures d'accès au droit¹³⁰³, aux associations d'aide aux victimes ou tout simplement aux services de police et de gendarmerie chargés de recueillir la plainte de la victime.

La troisième catégorie d'acteurs intervient au titre du traitement de la plainte ou de la

¹³⁰¹ Ce terme désigne « les différents acteurs auprès desquels l'offensé présente ses griefs et dont il attend qu'il intervienne en sa faveur : EBERHARD M., *De l'expérience du racisme à sa reconnaissance comme discrimination. Stratégies discursives et conflits d'interprétation*, Sociologie 4/2010, Vol. 1, p. 479.

¹³⁰² Ainsi pour le domaine de l'emploi, cela peut concerner les employés de pôle-emploi ou des missions locales, dans le domaine de l'éducation, le personnel du rectorat ou de l'éducation nationale etc.

¹³⁰³ Tel sera le cas notamment de la Maison de la Justice et du Droit et du Centre Départemental d'Accès aux Droits, dont la mission est de favoriser l'accès au droit des personnes et d'apporter une aide aux victimes d'infractions : *C. de l'org. jud.*, art. R. 131-1.

réclamation car ils disposent de pouvoir de communication, d'investigations ou d'alerte. Ces acteurs ont notamment la capacité d'engager des démarches aux fins de recherche de preuves qui appuieront la plainte ou la réclamation de la victime. Mais, ils peuvent très bien aussi saisir une autorité qui sera chargée de la résolution ou du jugement du litige. La troisième catégorie d'acteurs forme donc l'organe de traitement du litige, entendu dans son sens large. Cet organe de traitement regroupe tant *l'organe d'investigations* que *l'organe de jugement*, que celui-ci soit contentieux ou non.

Cette présentation simplifiée des acteurs ne doit pas minimiser la complexité de leurs interventions respectives. En effet, il n'est pas possible de ranger strictement chaque acteur dans une catégorie fixe car certains d'entre eux sont susceptibles d'intervenir à différentes étapes du traitement. Partons, pour illustrer ce propos, de l'exemple de l'inspecteur du travail intervenant dans le cadre d'une discrimination commise dans l'emploi. Il concourt nécessairement à différentes étapes. Ainsi, il est parfaitement possible que celui-ci, initialement saisi d'une plainte - *organe d'accueil* - en vienne à mener un certain nombre d'investigations - *organe d'investigations* - à l'issue desquelles s'apercevant qu'il lui manque un certain nombre d'éléments fera un simple rappel à la loi. Dans ce dernier cas, il est également *organe de traitement*. Mais, à l'inverse, il est aussi possible que celui-ci soit saisi par le biais d'un autre acteur relais, par exemple un syndicat ou un délégué du personnel, et qu'après investigations, il transmette la plainte au procureur. Dans ce dernier cas, il ne sera intervenu qu'en tant qu'*organe d'investigations*. Aussi, le problème n'est pas tant que l'acteur ne puisse pas être rangé dans une catégorie stricte que le fait que cela puisse engendrer de mauvaises transitions, voire aucune transition. Or, plus la transition fait défaut, plus nous prenons le risque de perdre un temps considérable qui aura notamment des conséquences sur l'obtention de preuve, mais aussi celui d'observer une multiplication des acteurs qui n'est pas forcément profitable au plaignant.

467. Définition de la chaîne de traitement. Idéalement, il aurait été tentant de modéliser de manière schématique une ou plusieurs chaînes de traitement d'une discrimination, le résultat n'aurait pu être, en toute hypothèse, suffisamment probant. En effet, le parcours d'une victime de discrimination n'est jamais similaire à celui d'une autre. Il

faudrait alors modéliser autant de chaînes de traitement que de combinaisons possibles. Parallèlement, il convient de rappeler que la chaîne de traitement ne s'envisage qu'à partir du moment où les différents acteurs ont une volonté réelle de remplir pleinement leur rôle. Or, cette volonté fait encore, pour le moment, en partie défaut.

La chaîne de traitement des discriminations peut être effectivement élaborée dans un cadre préexistant tel que la COPEC, le pôle anti-discrimination ou un autre regroupement d'acteurs. Mais elle ne peut pas être sous leur responsabilité. La raison en est simple, la discrimination porte sur tant de domaines, couvre tant de réalités, qu'aucun de ces acteurs ne dispose d'une compétence d'ensemble ou du temps nécessaire.

Ce travail constitue une mission à plein temps, qui doit être le fait d'un acteur tiers, présentant des conditions de neutralité tant à l'égard de l'autorité judiciaire, que de l'autorité administrative. Indépendante et autonome, cet acteur tiers pourrait être chargé d'impulser une nouvelle dynamique d'échange, d'information, de suivi des procédures de traitement des discriminations. Sa présence aurait notamment pour objectif de pallier aux éventuelles difficultés rencontrées par un acteur à l'égard d'une plainte ou d'une réclamation. Il pourrait également conseiller et orienter à la demande des acteurs vers les éventuelles démarches à effectuer. Enfin, il favoriserait notamment l'élaboration ou la mise en place d'outils, comme par exemples des formulaires de dépôt de plaintes spécifiques pour faciliter le travail des acteurs et diffuser la transmission des informations en temps réel.

468. Partant donc du constat que la chaîne de traitement est avant toute une question de dynamique, de volonté et d'investissement des acteurs, nous ne pouvons donc que nous contenter de proposer les méthodes de déclinaison de la chaîne de traitement.

B) Méthodes de déclinaison de la chaîne de traitement

469. En prenant en compte les difficultés relatives à la généralisation de la chaîne de traitement, nous avons tenté de la définir en deux temps. Une des premières démarches à respecter pour la création d'une chaîne de traitement est de déterminer avec précision toutes

les étapes successives qui interviennent dans le traitement d'une plainte ou d'une réclamation pour discrimination (1). Autrement dit, il s'agit de faire état du parcours du plaignant. Une fois ces phases définies, nous pouvons recenser les différentes prérogatives dont chaque acteur est bénéficiaire en les répertoriant au niveau des différentes phases de traitement d'une situation de discrimination. Cette démarche permet ainsi de bien délimiter le rôle et les pouvoirs octroyés à chacun dans le traitement d'une plainte ou d'une réclamation (2)¹³⁰⁴.

1) *Les étapes d'un traitement des discriminations*

470. Déclinaison des étapes de traitement. Le processus de traitement se déclenche par la réaction ou l'exercice par le plaignant d'un signalement quel que soit sa forme : plainte, signalement auprès d'une structure associative ou encore réclamation portée auprès du Défenseur des droits. Cette réaction fait suite, comme nous l'avons vu précédemment, à une intuition, un sentiment discriminatoire. C'est la raison pour laquelle, avant toute question portant sur la preuve du comportement discriminatoire, cette phase de réaction engendre, dans un premier temps, une phase de qualification des faits. Cette dernière permet d'une part, de vérifier s'il y a discrimination légale et d'autre part, s'il appert que le comportement n'est pas constitutif d'une discrimination, de vérifier si les faits empruntent alors une autre qualification, telle que la diffamation, l'injure etc.

Il convient donc, dans un second temps, de mesurer son potentiel d'objectivation¹³⁰⁵. Pour ce faire, les différents acteurs sont amenés à recueillir avec précision les éléments de fait relatifs à la commission de la discrimination, permettant de mettre en lumière le bien fondé de la plainte ou de la réclamation. Les perspectives de traitement du comportement sont susceptibles de disparaître dès ce premier stade.

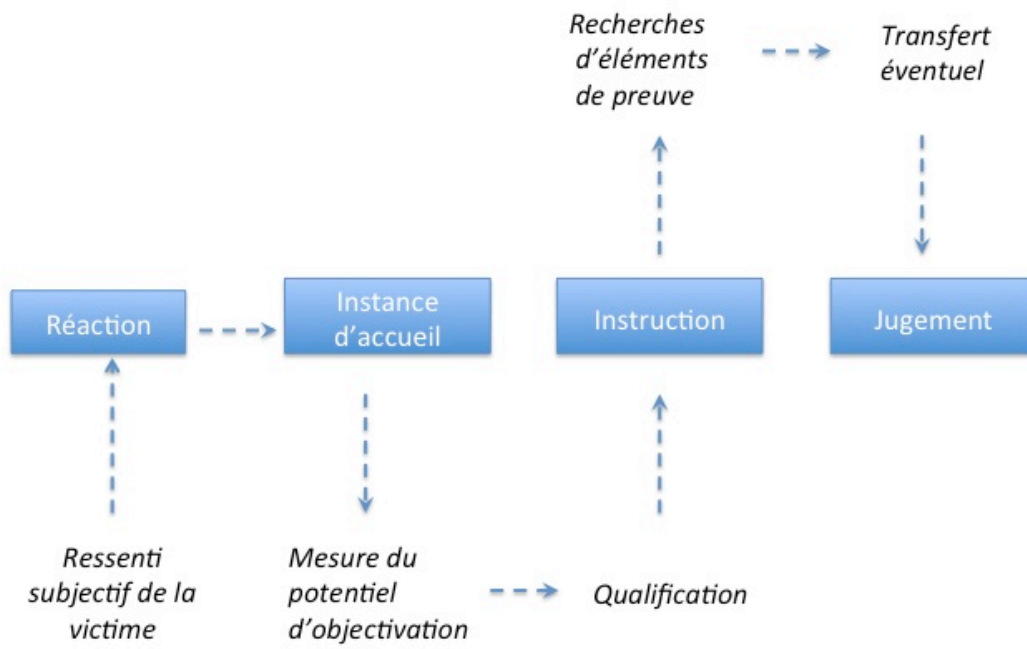
¹³⁰⁴ Il ne s'agit donc pas de reprendre tous les pouvoirs dont disposent les acteurs eu égard à la mission qu'ils ont à accomplir, mais uniquement ceux qui sont spécifiques à la question des discriminations ou qui présentent un intérêt certain en matière de traitement des discriminations.

¹³⁰⁵ Nous tirons cette pratique d'une étude menée sur les opérations conduites au sein de la permanence d'une association antiraciste. L'auteur situe l'étape d'évaluation du potentiel d'objectivation après celle relative à la présentation de l'affaire et avant celle de la qualification juridique des faits : CHAPPE V-A., *loc. cit.*, p. 553.

Même une fois les faits qualifiés, la discrimination n'est encore qu'apparente. L'étape suivante porte donc sur le rassemblement des éléments de preuve existants. Ces éléments étant bien souvent peu nombreux, voire insuffisants, il est nécessaire de mettre en œuvre un processus de collecte des éléments de preuve. Si à ce stade, le plaignant est pris en charge par une instance qui ne dispose pas d'un tel pouvoir, sa plainte ou sa réclamation va devoir être relayée à un autre acteur compétent. Quant à sa mise en œuvre, tout va dépendre d'une certaine manière de l'ampleur de la charge de la preuve. La prise en compte du temps nécessaire au traitement de la plainte, des démarches que cela engendre, des ressources humaines disponibles et du potentiel de réussite est indispensable. Pour certaines structures, la portée emblématique de l'affaire en question entre dans leurs lignes directrices de sélection des dossiers. Il est donc possible que le processus de traitement s'achève également à ce stade là. Cet achèvement peut être total ou partiel comme c'est le cas en présence d'un renvoi vers un autre acteur. Il en va ainsi quand le plaignant est pris en charge par une association qui finit par le renvoyer avec le Défenseur des Droits.

Le dernier stade du processus est *stricto sensu* celui du traitement de la réclamation, c'est-à-dire l'ensemble des démarches mises en œuvre pour trancher le litige que ce soit de manière contentieuse ou non contentieuse. Ce stade, plus ou moins long, peut comprendre une phase d'instruction et de jugement selon l'instance saisie de la question. Ce dernier stade peut se composer lui aussi d'un certain nombre de transfert de la plainte ou de la réclamation d'un acteur à un autre selon les compétences propres à chacun d'eux et selon la finalité poursuivie.

471. Présentation schématique des étapes de traitement. Les différentes phases de la prise en charge du plaignant dans les cas de discrimination peuvent être décomposées de telle manière:



2) *Les prérogatives des acteurs*¹³⁰⁶

472. Répartition des pouvoirs par acteurs compétents

	Instance d'accueil et d'écoute	Instance d'instruction	Coordination	Instance de jugement	
				Voie non contentieuse	Voie contentieuse
<i>Services de police et de gendarmerie</i>	Dépôt de plainte	<ol style="list-style-type: none"> 1. Enquête préliminaire 2. Investigations sur commission rogatoire 	Transmission de la plainte au procureur de la République		
<i>Associations</i>	Accueil, écoute et analyse du dossier	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aide à la réunion des preuves. 2. Peuvent intervenir dans la 	Renvoi du plaignant vers les services de police et de gendarmerie, ou directement vers le délégué	Médiations	Intervention possible en tant que partie civile sous respect des conditions

¹³⁰⁶ Ce tableau élaboré dans le cadre du recensement des prérogatives et des acteurs a été utilisé ultérieurement comme point de départ d'une réflexion menée en Alsace avec différentes associations locales, que sont l'ORIV, Accord 67, Sos Aide aux habitants, Alda, sur la question du chaîne du droit. Les éléments qui en ressortent ont été retravaillés, complétés et établis sous forme de fiches et donneront lieu au courant de l'année 2013 à l'élaboration d'un annuaire. Ce tableau ne prend pas en compte le Défenseur des Droits, ni le procureur de la République, ni même le délégué du procureur en charge de ces questions. Ces points ayant déjà fait l'objet de développements antérieurs, nous avons préféré, afin de ne pas alourdir la présentation, ne pas revenir dessus.

			constitution de preuve dans le cas du test de situation.	du procureur, vers l'inspecteur du travail, les IRP, le médecin du travail ou l'avocat.		prévues aux articles 2-1 et s. CPP
IRP 1307	DP	Chargé de présenter toute réclamation individuelle ou collective portant sur l'application de la législation sociale et des dispositions conventionnelles ou résultant des accords applicables dans l'entreprise.	Exercice du droit d'alerte en matière de défense des droits des personnes et libertés individuelles (C. trav., art. L. 2313-2)	<p>1. Transmission éventuelle de la plainte ou de ses observations à l'inspecteur du travail (L. 422-1 CT).</p> <p>2. Peut faire appel au délégué syndical pour obtenir des éléments de preuve. Travaille en étroite collaboration avec le défenseur syndical</p>	<p>1. Dans le cadre de l'exercice du droit d'alerte, tente de trouver un accord ou une résolution du conflit avec l'employeur (C. trav, art. L. 2315-8).</p> <p>2. En dehors de l'exercice du droit d'alerte, peut présenter les réclamations à l'occasion des réunions mensuelles prévues avec l'employeur.</p>	Saisine du bureau de conciliation en cas d'échec du droit d'alerte

¹³⁰⁷ Notons qu'il existe parallèlement certaines instances regroupant différents partenaires sociaux qui permettent d'évaluer annuellement les manquements de l'employeur. V. par exemple, la création du Comité élargi de la diversité instauré par l'Accord interprofessionnel relatif à la diversité dans l'entreprise (ANI) du 12 oct. 2006. Ce comité a été mis en place dans les entreprises de plus de 50 salariés et a notamment permis de dénoncer un certain nombre d'affaires de discrimination. V. à ce sujet : Commission européenne, *Pratiques syndicales de lutte contre la discrimination et pour la promotion de la diversité. Etude européenne sur les pratiques innovantes et importantes des syndicats pour lutte contre la discrimination et pour la promotion de la diversité*, Bruxelles : Office des publications de l'Union européenne, 2010, p. 22.

	DS	<p>1. Le délégué syndical est davantage orienté sur la négociation d'accords d'entreprise ainsi que sur les revendications</p> <p>2. Fait office d'interface entre le salarié et le syndicat. Son action reste intéressante en cas d'action ultérieure du syndicat.</p>	Recueil de preuves à partir des éléments qui peuvent être recueillis dans le cadre de son droit à l'information :	<p>1. Peut faire appel au délégué du personnel</p> <p>2. Le plus souvent travaille en étroite collaboration avec le défenseur syndical. Va faire appel à ce dernier pour la construction du dossier et la définition de la stratégie à adopter</p> <p>3. Saisine de l'inspecteur du travail</p>	Saisine du Défenseur des droits	
	DFS ¹³⁰⁸	Saisi par le représentant du personnel ou le salarié, il évalue la demande et élabore les démarches de préparation du dossier	- recueille toutes les pièces nécessaires au soutien des demandes qui seront effectuées dans le cadre de la conciliation ou du jugement	Travaille en étroite collaboration avec les autres IRP. Peut faire appel à elle notamment en ce qui concerne la réunion des	Bureau de conciliation et si nécessaire bureau de jugement	

¹³⁰⁸ Défenseur syndical. Pour mémoire, le défenseur syndical est chargé d'assister et de conseiller le salarié devant la juridiction du travail à toutes les étapes de la procédure. Pour une déclinaison précise des modalités d'intervention du délégué du personnel, du délégué syndical et du défenseur syndical : v. le guide élaboré par la CFDT recensant le rôle et les objectifs à atteindre par ces différentes institutions représentatives du personnel dans le traitement de situations discriminatoires : CFDT, *Des situations de discrimination au travail. Aide à la prise en charge syndicale*, 2005, consultable sur : www.cfdtparis.com/IMG/pdf/guide_discrimination.pdf.

				éléments de preuve.		
SS/RSS 1309	Le/la secrétaire des sections syndicales est chargé(e) de l'accueil du plaignant et fait office d'intermédiaire avec les autres institutions représentatives du personnel ¹³¹⁰ .	Recueil des éléments de preuve puis transmission d'un rapport au bureau de la section syndicale ou au syndicat		<p>1. Peut faire appel au délégué du personnel ou à d'autres IRP pour la récolte d'éléments de preuve</p> <p>2. Saisine de la CAP¹³¹¹, saisine du Défenseur des droits ou d'une autre instance interne.</p>		
CHSCT	Possibilité pour le salarié de saisir un des membres du CHSCT compétent en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs	<p>1. Recourir à un expert agréé lorsqu'un risque grave est constaté : mesure intéressante dans les cas de discrimination et harcèlement</p> <p>2. Peut procéder à des inspections régulières et réaliser des enquêtes</p>		Renvoi vers le délégué du personnel ou saisine de l'inspecteur du travail	Transmission de recommandations à l'employeur	

¹³⁰⁹ Section syndicale.

¹³¹⁰ V. ainsi pour un exemple de prise en charge des situations discriminatoires commises dans la fonction publique, le protocole de prise en charge des plaignants mis en place par la CFDT à cet effet : CFDT, *Pratiques syndicales contre les discriminations dans la fonction publique, Aide à la prise en charge syndicale*, 2007, consultable sur : www.cfdt-ufeem.org/infosutiles/social/guide_discrim_fp.pdf/.

¹³¹¹ Commission administrative paritaire relative aux discriminations commises dans la fonction publique.

<i>Médecine du travail</i>	Accueil dans le cadre de consultations	<p>1. Pouvoir de constatation des conséquences physiques ou morales en cas d'infraction de discrimination, de harcèlement sexuel ou moral</p> <p>2. Déplacement dans les locaux de l'entreprise aux fins de constat</p>	Renvoi vers le délégué du personnel ou saisine de l'inspecteur du travail	Entretien avec l'employeur en cas de manquements graves et avérés	
<i>Inspecteur du travail</i>	Saisine par plainte ou signalement	<p>1. Pouvoirs d'enquête habituels : déplacement dans l'entreprise, audition de témoins.</p> <p>2. Droit de communication de tout document ou élément d'information¹³¹² utile à la constatation de faits commis en infraction des art. L. 1132-1 à L. 1132-4 CT et 225-2 CP, L. 1142-1 et L. 1142-2 CT (égalité professionnelle homme-femme), L. 2145-5 à L. 2141-8 relatif à l'exercice du droit syndical (art. L. 8113-5 CT).</p>	<p>1. En cas de constat de discriminations, peut effectuer un procès verbal ou un rapport qui seront transmis au procureur (art. 40 CPP).</p> <p>2. Transfert à une autre instance s'agissant d'une discrimination pour laquelle il n'est pas compétent</p> <p>3. Transfert au Défenseur des droits</p> <p>4. Transfert de ces constats</p>	<p>1. Peut se contenter d'informer l'employeur sur les constatations opérées et l'inviter à entreprendre, par exemple, des négociations salariales</p> <p>2. Peut se contenter d'observations ou de mise en demeure</p>	Intervention en tant que témoin

¹³¹² Comme le précise la circulaire interministérielle, il peut s'agir « des dossiers de candidature (CV, comptes rendus d'entretien, résultats des tests d'embauche, rapports d'un cabinet de recrutement), des dossiers individuels des salariés, des fiches de notation ou d'appréciation, des éventuels fichiers informatiques portant des informations sur les salariés ou des demandes de formation » : Circ. intermin. du 5 janv. 2007, *préc.*

			aux IRP qu'il envisage ou non une voie contentieuse, pour que ceux-ci prennent le relais.		
<i>Avocat</i>	Appréciation de la voie la plus opportune selon les faits rapportés, les attentes de la victime et la complexité de l'affaire.	<p>1. demande de mesures d'instructions <i>in futurum</i> : art. 145 NCPC.</p> <p>2. demande d'injonction de communication des pièces nécessaires à la manifestation de la vérité : art. 11 et 133 NCPC.</p> <p>3. mesures d'instruction destinées à prouver les faits dont dépend le litige : art. 143 NCPC.</p>			
<i>Juge prud'homal</i>	Le bureau de conciliation est chargé de trouver un accord entre le plaignant et le défendeur. Il peut obtenir la délivrance de toutes pièces que l'employeur est tenu légalement de délivrer ou prendre toutes mesures d'instruction, même d'office ou toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves : R. 516-18 CT.	A défaut de conciliation, dans le cadre de la mise en état : mesures d'instruction et/ou la possibilité de rendre des ordonnances visant la production forcée de pièces et/ou le renvoi à des conseillers rapporteurs ou à des experts (R 1454-14, -15, -17 CT)		Voie non contentieuse en cas d'accord trouvé au stade du bureau de conciliation	Voie contentieuse en cas de saisine ou de renvoi, par le bureau de conciliation, au juge prud'homal

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

473. *Constats.* Madame SEGRETAIN préconisait, dans sa thèse relative à la répression des discriminations, pour tenter de remédier aux défaillances du système, de scinder le traitement de la discrimination¹³¹³. La discrimination intentionnelle resterait de la compétence exclusive du tribunal correctionnel et le délit quasi-civil de discrimination serait traité par voie de médiation. Ce système ne peut plus, en l'état actuel de la politique criminelle, être applicable pour l'unique raison qu'aucune définition claire des rôles de chacun n'a été posée jusqu'à présent. L'autorité judiciaire et l'autorité administrative, qu'est le Défenseur des droits, coexistent sans avoir d'action et de dynamique commune. Parallèlement, ceux qui les assistent éprouvent des difficultés à trouver leurs repères et à définir les moyens d'action en présence d'une discrimination.

474. *Préconisations.* La multiplicité des acteurs sert nécessairement la lutte contre les discriminations, nous ne pouvons en faire l'économie compte tenu du caractère diffus des discriminations. Mais l'efficacité de la lutte contre les discriminations dépend dorénavant de leur capacité à coordonner leurs actions. Les premières initiatives menées à cet effet se sont avérées être insuffisantes. Il convient donc de ne pas s'en satisfaire. Compte tenu de la complexité des discriminations, de la nécessité de concilier politique publique et politique pénale, seule l'élaboration d'une chaîne de traitement peut favoriser la coordination de ces acteurs.

¹³¹³ SEGRETAIN S., *op. cit.*, p. 403 et s.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

475. Des difficultés qui ne sont pas propres à la matière pénale. Si la politique criminelle est un instrument vivant, un texte législatif ne l'est pas. « Un texte ne signifie rien par lui-même. Son sens est à constituer, les normes sont à mobiliser pour leur faire produire ce sens »¹³¹⁴. Nous avons donc tenté de rechercher à travers cet instrument vivant le sens que de la norme pénale prohibant la discrimination et la mobilisation qu'elle a engendrée. Si les difficultés rencontrées sont indéniables, il apparaît qu'elles ne concernent pas uniquement la matière pénale et qu'il convient donc de relativiser l'approche contentieuse et non contentieuse des discriminations. La difficulté d'identifier un comportement discriminatoire, la méconnaissance des victimes mais aussi des acteurs quant à ce qu'il est possible d'entreprendre face à une discrimination expliquent la mobilisation insuffisante de la norme juridique. Parallèlement, ceux qui sont chargés quotidiennement d'assurer le respect de la norme ne collaborent pas suffisamment ensemble pour que son efficacité en soit assurée.

476. Un dispositif qui souffre d'un manque de coordination. Loin de constituer des difficultés irrémédiables, nous avons tenté de définir des axes de coordination susceptibles de renforcer cette mobilisation de la norme juridique. Cette démarche, déjà initiée au niveau des instances contentieuses et non contentieuses de traitement, doit être généralisée au niveau de l'ensemble des acteurs. La norme juridique ne peut imposer une telle préconisation, seule la volonté et l'engagement des acteurs permettront, dans les années à venir, de favoriser son essor. Inversement, cette chaîne de traitement est au service de l'efficacité du traitement des discriminations et peut, parallèlement, contribuer à redynamiser une action pénale dont nous avons tendance à oublier l'intérêt.

¹³¹⁴ LANQUETIN M-T., *La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique*, Migrations Etudes, 2004, n° 126, p. 1.

TITRE SECOND :

LE DROIT PENAL ET LA SANCTION DES DISCRIMINATIONS

477. *L'application de la norme à travers le prononcé de la sanction.* L'inapplication d'une norme de droit caractérisée par l'inaction de l'autorité judiciaire ou d'une autre autorité compétente chargée de l'appliquer est nécessairement une cause majeure de son ineffectivité¹³¹⁵. Parallèlement, la réactivité de ces mêmes autorités n'est en aucune manière suffisante en tant que telle pour assurer l'effectivité de cette norme et c'est alors que le prononcé d'une sanction prend tout son sens. La norme n'est réellement appliquée qu'à partir du moment où la sanction intervient car à défaut, l'on ne pourrait considérer que la norme impérative, particulièrement la norme pénale, a rempli sa véritable fonction.

478. *Le prononcé de la sanction est fonction des preuves rapportées quant à la réalité de l'infraction.* La sanction des discriminations a toujours été largement rattachée à la problématique de la preuve du comportement discriminatoire subi par le plaignant. Cette théorie part du principe qu'en dépit de la réactivité des acteurs, la nécessité de prouver la réalité de l'infraction de discrimination constitue un obstacle de taille dans l'application de la norme. Or, il convient d'admettre que l'appréciation d'une norme ne peut faire abstraction du système procédural qui la met en œuvre. Aussi, en admettant qu'il ne saurait y avoir de sanction sans preuve préalable, cette question doit être envisagée préalablement (Chapitre 1). Nous nous interrogerons ensuite sur la place qu'occupe la sanction pénale dans le contentieux des discriminations (Chapitre 2).

¹³¹⁵ Cette conception n'est pas retenue par tous les auteurs. Pour CONTE Ph., le seul fait que la norme ait été transgressée est déjà le symbole de l'ineffectivité de la norme : « Effectivité », « inefficacité », « sous-effectivité », « surefficacité »... : variations pour le droit pénal, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre CATALA*, Paris : Litec, 2001, p. 125.

Chapitre premier:

La preuve des discriminations

479. Définissant en des termes brefs mais fortement explicites la notion de preuve, Monsieur le Professeur PLANIOL écrivait ainsi : « on appelle “preuve” tout procédé employé pour convaincre le juge de la vérité d’un fait »¹³¹⁶. Emporter la conviction du juge est l’une des principales difficultés du contentieux des discriminations, au vu de la lourdeur de la charge de la preuve qui incombe à la partie poursuivante. La notion d’effectivité y est nécessairement centrale, mais envisager cette dernière suppose de bien différencier les règles générales qui s’attachent à cette question de la preuve. Dans cette perspective, notre développement ne peut faire l’économie d’une différenciation entre la charge de la preuve et l’administration de la preuve, car notre exposé consistera à admettre, qu’en essayant de résoudre les problèmes liés à la charge de la preuve, nous ne résolvons pas nécessairement ceux relatifs à l’administration de la preuve. Pour la clarté de notre propos, nous reprendrons la distinction proposée par Monsieur LAGARDE aux termes de laquelle l’administration de la preuve permet de « désigner l’activité de production ou d’acheminement des procédés de la preuve » qui peut « être le fait de toutes les parties au litige » y compris du juge¹³¹⁷. La charge de la preuve, quant à elle, renverrait davantage à une obligation faite aux parties de prouver les faits nécessaires au succès de leur prétention. L’effectivité de la preuve tant civile que pénale sera donc envisagée au regard de sa charge (§1) et de son administration (§2).

¹³¹⁶ PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2 Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques, 3^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1905, p. 1.

¹³¹⁷ Il rattache ainsi cette obligation à l’article 10 du Code civil aux termes duquel « Chacun est tenu d’apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité » : LAGARDE X., *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, T. 239, 1994, p. 204.

Section 1 – L’effectivité du droit face à la charge de la preuve

480. Si l’effectivité de la sanction d’un comportement varie selon que l’on privilégie davantage une norme à une autre – en ce qui nous concerne la norme civile par rapport à la norme pénale – la consistance de la charge de la preuve y est pour beaucoup. L’une de ces preuves est dite favorable au plaignant, parce qu’une meilleure réalisation de l’égalité commande, en effet, de corriger un déséquilibre probatoire qui risque d’entraver les démarches contentieuses du demandeur. L’évolution du droit fait apparaître que la preuve civile se satisfait, dès lors, d’une vraisemblance (§1). L’autre est dite défavorable car elle porte en substance sur l’existence d’une intention discriminatoire. Seule l’existence de cette intention exprime la négation du respect de la dignité humaine inhérente à la discrimination. Dans cette perspective, la preuve pénale ne peut se contenter d’une simple vraisemblance, elle doit fait état d’une réalité discriminatoire certaine (§2).

§ 1 - La preuve civile ou l’exigence du caractère vraisemblable de la discrimination

481. S’il est possible, en l’état actuel du droit positif, d’affirmer que la preuve civile incombant au demandeur se satisfait du caractère vraisemblable de la discrimination, c’est bien parce que l’évolution du droit de la preuve a apporté de considérables modifications aux deux principaux éléments qui structuraient cette preuve. D’abord, dans sa consistance, la preuve requise à l’encontre du salarié s’est considérablement allégée (A). Ensuite, du point de vue de l’administration de la preuve, l’instauration d’un aménagement de la charge de la preuve a permis au plaignant de se délester de certaines difficultés qu’il rencontrait jusqu’alors (B).

A) Le recul de la preuve comparative

482. S’interrogeant sur les rapports entretenus entre les notions d’égalité et de discrimination, le rapport de la Cour de cassation de 2008 notait à cet effet : « on voit ainsi

que des porosités et des interactions existent entre les deux notions ; elles sont à la source de malentendus. Sur le plan technique, la confusion est en partie entretenue par un système de preuve souvent présenté comme commun »¹³¹⁸. Cette confusion justifie de distinguer l'analyse comparative, comme méthode de raisonnement applicable à la discrimination et à la rupture d'égalité (1) de la preuve comparative, élément qui n'est plus exigé à l'heure actuelle dans le contentieux des discriminations (2).

1) *L'analyse comparative comme élément commun entre la discrimination et la rupture d'égalité*

483. L'exigence d'une preuve comparative, une application variable selon que l'on se trouve en présence d'une rupture d'égalité ou d'une discrimination. Puisque le principe de non-discrimination ne couvre pas entièrement le principe d'égalité, mais qu'il contribue de manière considérable à sa définition¹³¹⁹, il est peu surprenant, que les règles probatoires régissant ces deux principes présentent des éléments de similarité conséquents. L'application de la méthode comparative dans la preuve des ruptures d'égalité se déduit inéluctablement de la définition même du principe d'égalité. En effet, le principe d'égalité impose que toute personne doit bénéficier d'un traitement similaire à ceux qui sont placés dans une situation semblable. A défaut de comparaison entre un référent A et un référent B, il n'est donc pas possible de faire émerger l'inégalité.

Pourtant, comme le souligne le rapport de la Cour de cassation, la preuve de la discrimination ne s'inscrit pas dans une démarche tout à fait similaire ; tout dépendrait en réalité du type de discrimination auquel le juge est confronté. Pour Monsieur le Conseiller Doyen BOUBLI, il conviendrait donc de répertorier ces discriminations en deux catégories, selon l'effet qu'elles sont susceptibles de produire. Il existerait, d'une part, les mesures à effet continu, qui couvriraient, par exemple, les disparités de rémunération ou encore l'absence d'évolution de carrière d'un salarié. Il conviendrait de les distinguer, d'autre part, aux mesures à effet instantané, qui porteraient notamment sur les hypothèses de licenciement

¹³¹⁸ Cour de cassation, *Rapport 2008, op. cit.*, p. 85.

¹³¹⁹ Voir *supra* n° 74 et s.

ou de sanction¹³²⁰.

484. La théorie de la suppression de la preuve comparative dans les cas de discrimination, comme élément de justification de la dissociation des ruptures d'égalité et de la discrimination. En s'appuyant sur les considérations exprimées dans le rapport de la Cour de cassation, il faudrait en conclure que seules les mesures à effet continu justifieraient le recours à la méthode comparative, notamment par la constitution d'un panel de référence. Par contre, s'agissant des mesures à effet instantané, la discrimination ne suppose pas nécessairement le recours à une comparaison puisque « la preuve directe de la discrimination est possible à chaque fois qu'une mesure défavorable peut être établie en soi ».

Mais, cette distinction est moins apparente aujourd'hui, car la jurisprudence récente tend à se départir, dans certains cas, de cette exigence de comparaison. Ainsi, dans un arrêt du 10 novembre 2009, la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel, au motif que la démonstration d'une discrimination commise à l'encontre d'une salariée, qui avait subi un ralentissement de carrière, ne nécessitait pas forcément le recours à une comparaison. Elle reproche ainsi à la cour d'appel de ne pas avoir recherché, si le ralentissement de carrière et les difficultés rencontrées par la salariée, suite à sa participation à un mouvement de grève, ne laissaient pas supposer l'existence d'une discrimination¹³²¹. Cette solution sera alors reprise dans deux arrêts du 29 juin 2011¹³²² par lesquels la Cour de cassation fait application de ce même principe à deux cas de discrimination syndicale dont avaient été victimes des salariés¹³²³.

De nombreux auteurs ont vu, à travers cette jurisprudence, une volonté des juges de marquer l'existence d'une frontière plus nette entre exigence d'égalité et exigence de non-

¹³²⁰ BOUBLI B., *La discrimination et le juge des référés. Première partie : L'élément intentionnel dans l'acte discriminatoire*, SSL, 2010, n° 1489, p. 6.

¹³²¹ Cass. soc., 10 nov. 2009, *Borruto c/SNCF*, n° 07-42.849, Bull. civ. 2009, V, n° 246, p. 855 ; D. 2010, p. 672, chr. LECLERC O., PESKINE E., PORTA J. et al.; Juris-data n° 2009-050367.

¹³²² Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.067 (arrêt n° 1) et n° 10-15.792 (arrêt n° 2), Bull. civ. 2011, V, n° 166 ; D. 2011, p. 1908 ; JSL 2011, n° 307, p. 11, obs. LHERNOULD J.-P.

¹³²³ Il s'agissait ainsi, en ce qui concerne la première espèce, d'une discrimination relative à la rémunération d'un chauffeur titulaire de différents mandats syndicaux. Dans la seconde espèce, le salarié alléguait ne pas avoir bénéficié, pendant une longue période d'emploi, d'un poste de travail mis à sa disposition ainsi que d'entretiens annuels. Il estimait que ces éléments expliquaient en partie la faible augmentation de rémunération dont il avait bénéficié au cours des précédentes années.

discrimination¹³²⁴. L'argument est pertinent tant il est vrai que depuis quelques années, la chambre sociale de la Cour de cassation essaye de construire, à travers différents principes - comme le principe d'égalité de traitement - et différentes dispositions législatives, un champ d'application propre au principe d'égalité¹³²⁵.

Pour les commentateurs des arrêts du 10 novembre 2009 et 29 juin 2011, la solution se justifie par le fait que l'appréciation de la discrimination se suffit d'une comparaison hypothétique¹³²⁶. Ainsi, il n'est pas nécessaire que le salarié fasse état d'une comparaison de sa situation avec celle d'autres salariés parce qu'il suffirait de comparer hypothétiquement sa situation avec celle d'un référent imaginaire X. Ceci explique le raisonnement tenu par d'autres auteurs, pour qui, la solution vise à rectifier la transposition défailante de la directive communautaire qui, quant à elle, autorise directement le recours au référent hypothétique¹³²⁷. En effet, l'appréciation d'une discrimination ne doit pas induire uniquement le recours à une analyse *in concreto*, mais doit aussi faire appel, quand la nécessité le justifie, à une analyse *in abstracto*. Celle-ci permet, en effet, d'imaginer comment une autre personne aurait été traitée dans une situation similaire.

485. Une théorie contestable au regard du fait que l'exigence de comparaison ne porte pas forcément sur la question de la preuve. S'il est vrai que les régimes probatoires applicables aux discriminations et aux ruptures d'égalité diffèrent, il ne nous semble pas que l'intérêt des arrêts du 10 novembre 2009 et 29 juin 2011 n'est pas relatif à la question de la preuve. Ils instaurent en réalité une différenciation entre l'utilisation de la comparaison dans l'analyse de la discrimination, de l'utilisation de la comparaison dans la preuve de la discrimination. L'analyse comparative est celle dont le juge a recours pour qualifier la discrimination, alors que la preuve comparative est un élément utile au soutien des allégations du plaignant. Seule, l'analyse comparative est inhérente aux notions d'égalité et de discrimination.

¹³²⁴ V. ainsi, LHERMOULD J.-P., *loc. cit.*, p. 12; telle est aussi la conception retenue par PORTA J., *loc. cit.*, p. 684.

¹³²⁵ V. *supra* n° 80.

¹³²⁶ LHERMOULD J.-P., *loc. cit.*, p. 12.

¹³²⁷ PORTA J., *loc. cit.* p. 684.

Pour appuyer notre propos, il faut reprendre la définition de la discrimination directe telle qu'elle a été posée en droit de l'Union européenne puis transposée en droit français. La discrimination directe se définit donc comme la situation dans laquelle, sur le fondement de l'un des critères prohibés par la loi du 27 mai 2008, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre « ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ». Aussi, que l'on soit en présence d'une rupture d'égalité ou d'une discrimination, leur définition induit directement la nécessité de recourir à une comparaison puisque, dans un cas comme dans l'autre, il importe toujours de comparer la situation du référent A à la situation du référent B.

486. *L'analyse comparative, un facteur d'appréciation commun des discriminations et rupture d'égalité dont les finalités peuvent être différentes.* Si la comparaison est un raisonnement commun dans l'appréciation d'une rupture d'égalité ou d'une discrimination, elle ne poursuit cependant pas la même finalité. Dans le cas d'une inégalité, le juge va devoir sélectionner très clairement les deux groupes susceptibles d'être comparés pour pouvoir faire ressortir l'inégalité. La démarche étant loin d'être aisée, la contestation du défendeur porte essentiellement sur les critères de comparabilité utilisés à cet effet. A l'inverse, dans le cas d'une discrimination, la comparaison vise à rendre apparente l'existence d'un critère discriminatoire. En effet, indépendamment du fait que la notion civile de discrimination ne requiert pas de dol spécial, c'est-à-dire d'intention discriminatoire, elle ne fait pas pour autant abstraction de toute volition.

Comme le souligne Monsieur le Conseiller Doyen BOUBLI, « l'opposabilité de la différence ne suffit donc pas. Les textes (...) font de la discrimination un acte volontaire qu'ils soumettent toutefois à un régime probatoire favorable à la victime »¹³²⁸. Aussi, dire que la notion civile de discrimination ne s'intéresse pas à la volonté de l'acte est une erreur considérable, car si tel était le cas il ne s'agirait plus à proprement parler de discrimination, mais de simple rupture d'égalité. La volonté intéresse l'analyse de la discrimination parce que cette dernière doit rendre apparente l'incidence du critère discriminatoire dans la différence de traitement.

¹³²⁸ BOUBLI B., *loc. cit.* 1^{ère} partie, p. 6.

Les hypothèses dans lesquelles l'employeur revendique clairement sa méfiance ou son mépris à l'égard du discriminé sont rares et c'est la raison pour laquelle, la comparaison, ne serait-ce qu'hypothétique, est nécessairement une condition d'analyse indispensable. En effet, la comparaison vise moins à faire émerger la différence de traitement – comme c'est le cas pour les hypothèses de rupture d'égalité – qu'à permettre de démontrer que le critère discriminatoire a été déterminant dans la différence de traitement.

487. La commune utilisation de l'analyse comparative dans l'appréciation des ruptures d'égalité et de discrimination n'implique pas la commune exigence d'une preuve comparative. Aussi, la position de la Cour d'appel de Metz, dont l'arrêt est cassé par la Cour de cassation en date du 10 novembre 2009, peut se comprendre notamment à l'égard du fait que, compte tenu des circonstances douteuses de l'affaire, les éléments rapportés ne permettaient pas de démontrer que le retard d'avancement du salarié était nécessairement dû à la prise en compte d'un critère discriminatoire. Fallait-il pour autant rejeter la solution adoptée par la Cour de cassation ? Assurément non, car elle nous rappelle que si l'analyse comparative est inhérente à la notion de discrimination tout comme à la notion d'égalité, cela n'implique pas nécessairement de mettre à la charge du salarié le recours à une technique de preuve comparative.

2) *La preuve comparative comme élément de distinction des notions de discrimination et d'égalité*

488. La preuve par comparaison dans le contentieux des discriminations, une condition relative. Quelle que soit la mesure, c'est-à-dire qu'elle soit à effet instantané ou continu, l'analyse conduite par le juge est nécessairement comparative. Quand la mesure est à effet instantané, l'analyse s'effectue *in abstracto* par rapport à un référent hypothétique. Le juge va recourir, au stade où les éléments de preuve sont présentés, à un syllogisme déductif conditionnel¹³²⁹ pour apprécier s'il y a bien discrimination. Ainsi, dans l'hypothèse d'une

¹³²⁹ Comme le précise MARTINEAU F., « le syllogisme conditionnel comporte une proposition majeure qui énonce un rapport de conditions à conséquence entre deux propositions (...). La mineure affirme ou nie l'une de ces propositions. Il en résulte donc une conclusion qui affirme ou nie l'une ou l'autre proposition posée sous

sanction discriminatoire, le juge se demandera si, dans une situation similaire, un référent hypothétique, ne présentant pas la caractéristique discriminatoire, aurait été sanctionné. S'il s'avère que non, alors il est possible de présumer que la décision adoptée repose sur un critère discriminatoire.

La mesure à effet continu requiert tout autant l'analyse comparative ; celle-ci variera nécessairement selon les éléments probatoires rapportés par le salarié. Ainsi, si la preuve opère une comparaison entre la situation du référent A à celle du référent B, une analyse *in concreto* pourra être conduite. Dans le cas contraire, il faudrait se contenter de comparer la situation du plaignant avec celle d'un référent hypothétique. En toute hypothèse, la jurisprudence posée par la Cour de cassation est très explicite à cet égard : le raisonnement conduit par le juge ne doit pas conditionner la preuve utilisée par le salarié et aboutir à exiger nécessairement le recours à une méthode comparative. Mais, à l'inverse, en ce qui concerne la preuve d'un traitement inégalitaire, la méthode comparative reste exigible¹³³⁰.

489. La preuve par comparaison dans le contentieux des inégalités de traitement, une condition nécessaire. Cette condition semble pour certains¹³³¹ remise en question par un arrêt récent¹³³² de la Cour de cassation, à l'occasion duquel celle-ci écarte la preuve par comparaison, s'agissant d'une inégalité de traitement qui résultait de la transposition des dispositions d'une convention collective au sein d'une entreprise¹³³³. Si la solution est certes

forme de conditionnel par la majeure » : *Petit traité d'argumentation judiciaire*, 4^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Praxis Dalloz, 2010, p. 127.

¹³³⁰ Dans son rapport 2008, la Cour de cassation notait ainsi « la preuve d'un traitement inégalitaire est nécessairement une preuve par comparaison. Elle suppose toujours la mise en parallèle de la situation de celui qui invoque l'inégalité de traitement avec la situation d'autres salariés auquel il entend se comparer. [...] Elle suppose donc toujours qu'une comparaison puisse être faite entre deux personnes, au moins » : Cour de cassation, *Rapport annuel 2008, préc.*, p. 86. L'appréciation de cette preuve est plus restrictive qu'en matière de discrimination. Ainsi, en matière d'inégalité de rémunération, le salarié ne saurait se contenter de faire valoir que la rémunération moyenne des autres salariés est supérieure à la sienne ; il doit de surcroît rapporter les preuves relatifs au rendement des collègues avec lesquels il se compare : Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 08-19.748, Juris-data n° 2010-018925 ; JCP S 2010, n° 4, 1025, p. 25, note LEBORGNE-INGELAERE C.

¹³³¹ V. ainsi PORTA J., *Discrimination, égalité et égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit à la non-discrimination 1^{ère} partie*, RDT 2011, p. 290 – V. également, Liaisons soc. 2011, n° 15827, p. 1.

¹³³² Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-42.666, D. 2011, p. 1021, comm. INES B. ; JCP S 2011, n° 20, p. 30 note CESARO J.-F.

¹³³³ La cour avait ainsi affirmé que « lorsque la différence de traitement entre salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage considéré résulte des termes mêmes de l'accord collectif, il y a lieu de faire application du principe d'égalité de traitement sans recourir nécessairement à une comparaison entre salariés de l'entreprise effectuant le même travail ou un travail de valeur égale ».

inédite¹³³⁴, il ne faut pas hâtivement conclure que la jurisprudence revient sur le régime probatoire applicable aux inégalités de traitement. Le raisonnement tenu se justifie par le fait que la différence de traitement résulte directement des dispositions d'une convention qui prévoyait une reprise d'ancienneté, au profit uniquement des salariés recrutés postérieurement. Or, l'octroi de cet avantage n'était pas fonction du travail fourni mais simplement de la période de recrutement au cours de laquelle le salarié avait été recruté. Il n'y avait donc pas matière à comparer les situations dans lesquelles étaient placés les salariés¹³³⁵; la différence de traitement apparaissait d'elle-même. De surcroît, exiger, dans une telle hypothèse, que le salarié rapporte une preuve comparative soutenant ses allégations, aurait nécessité d'attendre l'embauche d'un autre salarié, qui aurait bénéficié d'un tel avantage, pour pouvoir effectuer la comparaison. Ces éléments ont considérablement pesé sur une solution, qui à notre sens, n'a pas forcément vocation à se généraliser aux autres hypothèses d'inégalités de traitement.

490. Preuve par comparaison des discriminations directes. La preuve par comparaison est issue d'une initiative syndicale¹³³⁶, qui souhaitait à l'époque faire condamner les importants retards d'avancement de carrière et disparités de rémunérations dont ils étaient victimes. Mais les acteurs syndicaux devaient, pour ce faire, recourir à une preuve solide qui permettrait d'objectiver les discriminations qu'ils subissaient. C'est dans cette perspective que fut progressivement élaborée la preuve comparative.

Concrètement, il s'agit de constituer deux panels de référence comprenant des salariés qui, de par leurs diplômes, leur ancienneté etc., sont placés dans une situation comparable. Si le salarié invoque, par exemple, un retard de carrière, il conviendra alors de schématiser de manière concrète l'évolution de carrière du groupe 1, dit *non discriminé*, et l'évolution du groupe 2, dit *discriminé*¹³³⁷. Ce premier paramètre synchronique est complété dans un second temps d'un autre paramètre qui est, quant à lui, diachronique. La discrimination ne

¹³³⁴ Pour reprendre les termes de INES B. commentant l'arrêt du 23 mars 2011, *préc.*

¹³³⁵ C'est la conclusion à laquelle en arrive INES B., *ibid.*

¹³³⁶ Cette méthode a été élaborée par CLERC F. dans le cadre de l'affaire Peugeot. Elle est dorénavant plus communément appelée « méthode Clerc ».

¹³³⁷ V. pour une présentation détaillée de la méthode sous forme de schémas et tableaux : CLERC F. *Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT*, SSL 2004, n° 1190, p. 6.

peut, en effet, être objectivée que si la preuve met en avant le point de départ de la discrimination afin de comparer la situation antérieure et postérieure du plaignant¹³³⁸. Néanmoins, l'utilisation de ce paramètre dépend d'une certaine manière du critère discriminatoire sur lequel porte la discrimination¹³³⁹. Si le critère est inhérent à la personne, comme c'est le cas pour le sexe ou encore l'origine, il n'y aura nécessairement pas de lieu de comparer la phase antérieure à la phase postérieure. En dépit de cette difficulté, cette méthode, largement accueillie par les tribunaux, fut progressivement généralisée à d'autres critères discriminatoires¹³⁴⁰.

491. Preuve par comparaison de la discrimination indirecte. De la même manière, il s'agit d'un type de preuve souvent utilisé dans la démonstration d'une discrimination indirecte car la définition de cette notion induit également le recours à la preuve comparative. A s'en tenir à sa définition initiale¹³⁴¹, la discrimination indirecte porte sur une mesure neutre, qui produit des conséquences discriminatoires mais qui n'a, en apparence, pas de lien avec une quelconque intention ou velléité discriminatoire. Néanmoins, si cette mesure est neutre, il faut rendre visible cette discrimination et c'est la raison pour laquelle, les conséquences discriminatoires se mesurent au niveau de l'impact produit. Ainsi, la mesure peut être caractérisée de discrimination indirecte à partir du moment où il s'avère qu'elle produit un *impact disproportionné* entre les membres d'un groupe A et ceux d'un groupe B ;

¹³³⁸ V. sur cette distinction : BONNARD-PLANCKE L. et VERKINDT P.-Y., *La lutte contre la discrimination syndicale. Millésime 2005*, Dr. soc. 2006, p. 393.

¹³³⁹ Ainsi il est possible d'indiquer des critères tels que l'activité syndicale, l'état de grossesse, la situation de famille etc. Certains critères inhérents à la personne peuvent aussi être schématisés et il en va ainsi de critères non visibles mais susceptibles d'être connus ou pris en compte à un moment donné par l'employeur. Ce pourrait être notamment le cas de l'orientation sexuelle, voire des convictions religieuses.

¹³⁴⁰ V. pour une présentation de l'évolution de l'utilisation de cette méthode : CHAPPE V.-A., *La preuve par comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination*, Presses de Sciences Po, Sociologies pratiques, 2011/2, n° 23, p. 45.

¹³⁴¹ Cette notion de discrimination indirecte a été élaborée par la CJCE dans son arrêt *Jenkins et Bilka-Kaufhaus*. Dans cette dernière affaire, était en cause l'existence de mesures prises par l'employeur qui excluaient, du régime de pensions d'entreprise, les salariés à temps partiel. Or, il était avéré, du point de vue statistique, que cette exclusion touchait un pourcentage considérablement plus élevé de femmes. La Cour en avait alors conclu que l'on était bien en présence d'une discrimination fondée sur le sexe : CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, Aff. 170/84, *préc.* – CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, Aff. 96/80, Rec. 1981, p. 911. V. aussi : CJCE, 9 févr. 1999, *Seymour-Smith et Perez*, C-167/97, dans lequel elle précise que l'existence « d'un écart moins important mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période (...) » pourraient également révéler une discrimination indirecte fondée sur le sexe : Rec.1999, p. I-00623, § 61.

cette démonstration passe par l'utilisation de la preuve statistique¹³⁴².

La différence de régime applicable aux preuves des discriminations directe et indirecte se justifie eu égard à l'objectif poursuivi par chacune de ces notions : alors que la preuve de la discrimination directe doit permettre de mettre en avant le fondement discriminatoire de la décision, celle de la discrimination indirecte est orientée vers « l'établissement d'un constat d'effet discriminatoire de la mesure sur un groupe protégé par l'un des critères discriminatoires »¹³⁴³. Mais cette différence doit être relativisée car la notion de discrimination indirecte a été progressivement redéfinie par des arrêts ultérieurs rendus par la CJCE¹³⁴⁴, à l'occasion desquels la Cour s'écarte de l'exigence d'une preuve comparative. Dans son arrêt *O'Flynn*¹³⁴⁵, la Cour estime que la *mesure* doit être considérée comme *suspecte* partir du moment où elle est susceptible, par sa nature, d'affecter davantage une catégorie par rapport à une autre¹³⁴⁶.

La Cour est allée ici bien au-delà de ce que permettait la *méthode de l'impact disproportionné*¹³⁴⁷ puisqu'elle autorise la condamnation d'une mesure, qui présente une probabilité certaine d'avoir des effets discriminatoires, sans qu'il soit nécessaire d'attendre que celle-ci produise les dits-effets. La *méthode de la mesure suspecte* permet de recourir à la preuve statistique, mais ce recours ne consiste pas en une obligation puisque la jurisprudence de la Cour admet que cette preuve puisse se faire par tout moyen. La *méthode de la mesure suspecte* repose donc sur un mécanisme probatoire plus léger et plus accessible

¹³⁴² Comme le décrit de SCHUTTER O., il s'agit de définir deux groupes de référence, dit *A* et *B* et de comparer la proportion des membres présents dans chaque groupe au départ (*A/B*) et à l'arrivée (*A'/B'*) : Si *A/B* est < à *A'/B'* alors il convient de renverser la charge de la preuve : *Methods of proof in context of combating discrimination in CORMACK J. (dir.), Proving discrimination. The dynamic implementation of EU-antidiscrimination law : The role of specialised bodies*, Bruxelles : Migration policy group, 2003, p. 22.

¹³⁴³ LATRAVERSE S., *Le droit d'accès à la preuve : le défi de la preuve de discrimination dans les pays de droit civil - L'exemple de la France*, ERA, avr. 2005, disponible sur : <http://www.era-comm.eu>.

¹³⁴⁴ Ainsi, la discrimination indirecte est essentiellement définie à partir de l'impact disproportionné qu'elle produit dans la directive n° 97/80/CE du 15 déc. 1997. En effet, celle-ci la définit comme « une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre » qui « affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe ».

¹³⁴⁵ CJCE, 23 mai 1996, *O'Flynn c. Adjudication Officer*, aff. C-237/94, Rec. 1996, p. I-02617 – V. aussi CJCE 27 novembre 1997, *Meints c/ Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, aff. C-57/96, Rec. 1997, p. I-6689.

¹³⁴⁶ Cette définition sera reprise aux articles 2§2 des directives Race et Emploi et sera transposée, de la même manière, en droit français par la loi du 27 mai 2008.

¹³⁴⁷ V. sur cette distinction entre la méthode de l'impact disproportionné et celle de la mesure suspecte : de SCHUTTER O., *Methods of proof*, loc. cit., p. 27.

au demandeur par rapport à celle de l'impact disproportionné. En réalité, l'allègement de la preuve relative à la discrimination indirecte n'est pas une faveur à l'égard des victimes de discrimination. C'est davantage la souplesse de la définition de la discrimination indirecte qui a rendu possible cet allègement. En effet, contrairement à la discrimination directe, la discrimination indirecte requiert, dans la seconde étape du processus probatoire, que la mesure litigieuse soit justifiée par le défendeur qui devra établir qu'elle poursuit un objectif légitime¹³⁴⁸. Cette justification, qui ne s'inscrit pas directement dans la définition de la discrimination directe, explique pourquoi la CJCE se contente de preuves dont la consistance est moindre.

492. En dépit de l'intérêt que présente la preuve comparative, celle-ci n'est bien évidemment pas applicable à tout type de discrimination, soit parce que le critère en cause ne le permet pas, soit parce que l'effet instantané de la mesure ne rend pas pertinent ce mode de preuve. De même, la charge de la preuve du contentieux civil des discriminations a été considérablement réduite par la loi du 16 novembre 2001¹³⁴⁹. Désormais, le demandeur peut se contenter de ramener des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Subsiste donc la question de savoir sur quoi la substance de cette preuve civile des discriminations va dorénavant porter, autrement dit en quoi consisteront, notamment, ces éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination.

¹³⁴⁸ Les directives européennes précisent que la disposition, le critère ou la pratique qui provoquent un désavantage particulier constituent une discrimination à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique « ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires ». Comme le note LANQUETIN M.-T., cette justification constitue la seconde étape du processus probatoire rendu possible, une fois que le demandeur à l'action a rempli les conditions imposées en matière de partage de la preuve, à savoir présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Le contrôle du juge porte d'abord sur la légitimité de l'objectif poursuivi, ce qui permet notamment d'accepter certains critères de justification tels que la force physique, l'ancienneté ou la flexibilité de l'employé. Cette première démarche se couple, ensuite, d'une seconde qui vise à contrôler la proportionnalité des moyens mis en œuvre : *La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire*, Dr. soc. 1995, p. 435.

¹³⁴⁹ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, JO 2001, n° 267, p. 18311.

B) L'allègement de la charge de la preuve: l'instauration du régime probatoire favorable au salarié

493. Afin de favoriser la situation du plaignant pour qui la preuve de la discrimination constituait un frein considérable, la loi du 16 novembre 2001 est venue instaurer un allègement de la charge de la preuve. Cette disposition, souvent assimilée à tort à un renversement de la charge de la preuve (1) a été accueillie très favorablement par les juges, qui tendent de plus en plus à faire preuve d'une tolérance certaine à l'égard du plaignant (2).

1) L'exigence légale : allègement ou renversement de la charge de la preuve ?

494. L'allègement de la charge de la preuve : une initiative européenne. Conscient que l'effectivité du recours contentieux contre les discriminations était tributaire de la charge de la preuve pesant sur le demandeur, le droit de l'Union européenne s'est très rapidement intéressé à cette question et en a progressivement redéfini le régime. Elle reconnaît ainsi, dans ses arrêts *Danfoss* et *Enderby*, la nécessité de ne requérir de la part du demandeur que la preuve d'une apparence de discrimination, en laissant alors à la charge du défendeur, la justification objective de sa décision ou de sa mesure¹³⁵⁰. Instauré par la CJCE, dans le cadre du contentieux relatif aux disparités salariales entre hommes et femmes, cet allègement de la charge de la preuve - qui s'applique aussi bien aux discriminations directes qu'indirectes - fut rapidement appliqué par les juridictions sociales¹³⁵¹.

495. Incertitudes induites par la transposition française des exigences européennes relatives à la preuve. Transposé par la loi du 16 novembre 2001 et figurant actuellement

¹³⁵⁰ CJCE, 17 oct. 1989, *H.K. c/Danfoss*, Aff. 109/88, *préc.* – CJCE, 27 oct. 1993, *Dr. Pamela Enderby c. Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*, Aff. C-127/92, Rec. 1993, p. I-05535. V. pour un précédent, CJCE, 30 juin 1988, *Commission c/France*, Aff. C-138/86, Rec. 1988, p. 3559.

¹³⁵¹ Cass. soc., 23 novembre 1999, n° 97-42.940, Bull. civ. V, n° 447, p. 329 ; D. 2000, IR, p. 46 ; Juris-data n° 1999-004018 ; Dr. ouvr. 2000, n° 619, p. 97, note MINE M. ; RJS 2000, n° 498, p. 350 ; Dr. soc. 2000, p. 589, obs. LANQUETIN M.-Th. - Cass. soc., 28 mars 2000, *Fluchère et autres c/ SNCF*, n° 97-45.258 et n° 97-45.259 ; Bull. civ. 2000, V, n° 126, p. 95 ; RJS 2000, n° 498, p. 350 ; Dr. soc. 2000, p. 589, obs. LANQUETIN M.-Th. ; JCP E 2001, n° 5, p. 233, comm. AUBERT MONPEYSEN T. ; D. 2000, p. 375, obs. LATTES J.-M. – Cass. soc. 4 juill. 2000, n° 98-43.285, Bull. civ. 2000, V, n° 264, p. 209 ; Dr. soc. 2000, p. 919, obs. MOULY J. V. à ce sujet, LANQUETIN M.-Th., *Un tournant en matière de preuve des discriminations*, Dr. soc. 2000, p. 589.

sous l'article L. 1134-1 du Code du travail, le régime probatoire applicable au demandeur exige que celui-ci démontre une apparence de discrimination. Le texte prévoit ainsi que le salarié ou le candidat à un emploi ou à un stage doit présenter « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 »¹³⁵².

Cette apparence s'établit au regard d'éléments de fait qui doivent être pris dans leur globalité. En effet, si certains faits pris isolément apparaissent parfois anodins, la discrimination apparaît bien souvent à l'occasion de la confrontation de ces différents faits envisagés cumulativement¹³⁵³. Ces faits doivent donc permettre de constituer un faisceau d'indices rendant vraisemblable la réalité du comportement discriminatoire. Le texte est clair à cet effet : il est nécessaire que ces éléments laissent supposer la discrimination alors que les directives Race et Emploi exigent à l'inverse l'établissement d'éléments de preuve laissant présumer la discrimination¹³⁵⁴. Fallait-il y voir une quelconque similitude textuelle ou la rhétorique emporte-t-elle dans la pratique un certain nombre de conséquences ? La question avait su faire débat¹³⁵⁵ et aujourd'hui encore, certains auteurs se réfèrent « à la présomption de discrimination »¹³⁵⁶ qu'imposeraient les lois du 16 novembre 2001 et du 27 mai 2008. Aussi, pour apprécier la consistance de la charge la preuve, il est préalablement nécessaire de découvrir la réalité théorique que recouvre ce mécanisme d'allègement de la charge de la preuve.

496. La conception européenne et l'impact de la présomption sur la preuve des

¹³⁵² Notons de manière plus générale que ce mécanisme probatoire a été repris en matière d'égalité professionnelle (*C. trav.*, L. 1144-1), en matière de rémunération et enfin en ce qui concerne le harcèlement sexuel et moral (*C. trav.*, L. 1154-1).

¹³⁵³ V. ainsi pour un arrêt récent rappelant cette exigence : Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792, *préc.*

¹³⁵⁴ Nous soulignons.

¹³⁵⁵ La question avait d'ailleurs fait l'objet de nombreux débats lors de l'adoption de la loi du 16 novembre 2001. Le Sénat avait estimé nécessaire, en première lecture, de respecter scrupuleusement le texte des directives communautaires afin de limiter les risques de dérives. L'Assemblée nationale, quant à elle, jugeait plus propice d'instaurer une simple supposition de discrimination. Monsieur SOUVET proposa alors un amendement pour que la proposition de loi reste dans les lignes directrices posées par les directives : SOUVET L., *Rapport sur la proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations*, Rapport n° 391, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 20 juin 2001, Paris : Sénat, 2001.

¹³⁵⁶ V. ainsi CANEDO-PARIS M., note ss CE, Ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, req. n° 298348, RFDA 2010, p. 126. Mais c'est davantage dans la jurisprudence que ce terme apparaît plus communément : CA Colmar, 9 févr. 2010, n° 09/01683 – CA Douai, 29 févr. 2008, n° 07/01564 – Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-19.363.

discriminations. La présomption est classiquement définie comme les « conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu »¹³⁵⁷. Il s'agit d'un mécanisme qui permet le déplacement de l'objet de la preuve, parce qu'il repose sur l'idée qu'il existe une probabilité raisonnable que les faits connus induisent la réalité du fait inconnu¹³⁵⁸. La doctrine notait alors qu'« elle exprime une *probabilité* : une expérience qui porte sur un nombre suffisant de cas permet de supposer que tel fait déterminé a lieu, dès lors que tel autre fait est démontré¹³⁵⁹. Le fait rapporté n'a donc pas de force probatoire en tant que tel, seul l'ensemble de la démarche intellectuelle inductive¹³⁶⁰, menée à cet effet, va lui conférer une telle force¹³⁶¹.

En matière de discrimination, l'absence d'un tel mécanisme supposerait, théoriquement, que le demandeur amène la preuve que la différence de traitement, dont il est victime, soit le fruit d'une décision discriminatoire. Le plaignant doit rapporter d'une part, l'existence factuelle d'une différence de traitement et d'autre part, son rattachement au critère discriminatoire litigieux. Tout l'enjeu mais aussi la difficulté de la preuve repose alors sur la nécessité d'établir la causalité existante entre ces deux éléments, à savoir que l'inégalité de traitement résulte spécifiquement de la prise en compte de l'un des critères. L'objectif de la mise en place d'un allègement de la charge de la preuve permet ainsi d'outrepasser cette difficulté en rendant la question du lien de causalité quasiment inopérante du point de vue probatoire. Ce faisant, la démonstration de l'inégalité factuelle, ainsi que du critère est théoriquement suffisante, du point de vue légal, pour aboutir au constat d'une discrimination, celle-ci étant

¹³⁵⁷ C. civ., art. 1349.

¹³⁵⁸ DUPICHOT J. et GUEVEL D., *Contrats et obligations – Présomptions - Notions générales*, J.-Cl. Civ., Art. 1349 à 1353, Fasc. 10, 2009, n° 8 et 10. Ceux-ci résumant la présomption autour de cet axiome : « la présomption est, en droit, une technique rationnelle de simplification de la preuve qui permet au juge ou à la loi, à partir d'un élément factuel connu, d'induire l'existence d'un autre fait non fictif, compte tenu d'une probabilité statistique », n° 16.

¹³⁵⁹ RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité élémentaire de droit civil de PLANIOL*, T. 2 Obligations – Contrats – Sûretés réelles, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1952, p. 704, n° 2178.

¹³⁶⁰ de GASTINES L. avait ainsi différencié deux types de présomption légale à partir de cette idée d'induction. Pour lui, la présomption est en premier lieu « un raisonnement par lequel on tient un fait pour établi sur la preuve de l'existence de faits voisins ou connexes » et dans ce cas là, la présomption peut revêtir l'appellation de présomption-induction. En second lieu, la présomption est aussi « l'action de tenir une affirmation pour vraie jusqu'à la preuve ou l'affirmation du contraire ». Nous sommes, dans ce dernier cas, en présence d'une présomption-affirmation : de GASTINES L., *Les présomptions en droit administratif*, Thèse Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, T. 163, 1991, p. 15-16.

¹³⁶¹ DUPICHOT J. et GUEVEL D., *loc. cit.*, n° 14.

dès lors *présumée*. En effet, la causalité sera directement induite à partir de « situations ou de faits fragmentaires mais considérés comme significatifs »¹³⁶², ce qui revient donc à n'exiger de la part du demandeur qu'un commencement de preuve¹³⁶³. Comme il ne s'agit que d'une présomption simple, elle déplace la charge de la preuve du fait inconnu sur l'adversaire¹³⁶⁴, qui devra démontrer l'inexistence de ce lien de causalité.

497. La conception française et l'impact de la supposition sur la preuve des discriminations. Cette assertion n'est vraie qu'en ce qui concerne le mécanisme probatoire prévu par les directives Race et Emploi¹³⁶⁵. La transposition française de ces directives n'est pas allée dans ce sens là, puisqu'elle a substitué le terme « présumer » à celui de « supposer » dans les dispositions légales prévues à cet effet. Il s'agissait d'un parti pris de l'Assemblée nationale¹³⁶⁶, s'appuyant à l'époque sur la jurisprudence rendue par la Cour de cassation, et dont les conséquences ne furent pas anodines. D'une part, le mécanisme de la présomption allait survivre dans son principe, puisque dans le principe, cette supposition n'en restait pas moins une présomption. D'autre part, cette déformation langagière allait considérablement alléger la charge probatoire du salarié¹³⁶⁷. Ainsi, si le salarié doit présenter

¹³⁶² FORIERS P., Présomptions et fictions, in PERELMAN Ch. et FORIERS P. (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Travaux du centre national de recherches de logique, 1974, p. 9.

¹³⁶³ De la même manière, la difficulté suscitée par la démonstration de certains faits causals a justifié dans d'autres matières le recours à des présomptions de causalité. On retrouve ainsi une tendance similaire dans la pratique du contentieux de la responsabilité administrative, bien qu'il ne s'agisse pas de présomptions légales. DEGUERGUE M. note ainsi que « la difficulté qu'éprouve l'Administration à prouver qu'elle n'a pas commis de faute ou qu'elle n'a pas créé de risque d'un côté, la volonté du juge d'améliorer le sort des victimes d'un autre côté, font que le juge ne se montre pas très sourcilieux sur la réalité du lien de causalité et l'amène insensiblement à reconnaître des présomptions de causalité, lesquelles consacrent effectivement l'effacement du lien de causalité » : *Causalité et imputabilité*, J. Cl-Adm., Fasc. 830, 2000, n° 121.

¹³⁶⁴ v° Présomption in CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd, Paris : PUF, Coll. Quadrige-Dicos Poche, Association Henri Capitant, 2011.

¹³⁶⁵ Tout comme elle l'est en droit administratif et c'est la raison pour laquelle CANEDO-PARIS M. utilisait le terme de « présomption de discrimination ». Ainsi, l'arrêt *Perreux* reconnaît, dans la continuité de la jurisprudence *Barel*, l'application d'une présomption de discrimination dans le domaine probatoire. Mais le Conseil d'Etat fait directement référence aux éléments de preuve qui doivent faire présumer et non supposer la discrimination : CANEDO P., *loc. cit.*, p. 127.

¹³⁶⁶ C'est de cette façon que le mécanisme avait d'ailleurs été prévu à l'origine par l'Assemblée nationale : elle avait, au cours de l'étude de la proposition de loi, particulièrement insisté pour que soit maintenue la disposition exigeant que le salarié ne rapporte que des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. V. ainsi VUILQUE P., *Rapport sur la proposition de loi n° 2256 de M. Jean LE GARREC relative à la lutte contre les discriminations*, Paris : Assemblée nationale, Rapport n° 2609 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, enregistré le 4 oct. 2000.

¹³⁶⁷ Cela avait donné lieu aux plus vives contestations au niveau du Sénat qui notait ainsi que : « L'Assemblée nationale et le Gouvernement ont souhaité s'inspirer davantage de l'évolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation que du texte des directives européennes. (...) Il en résulte des dispositions qui

des éléments de fait qui doivent permettre de supposer – et non pas d'établir de tels éléments permettant de les présumer tels que le prévoient des directives¹³⁶⁸ – cela revient à considérer qu'il suffit finalement de faire naître un soupçon dans l'esprit du juge pour déplacer la charge de la preuve. Au vu de cette considérable tolérance à l'égard des preuves rapportées au plaignant, certains auteurs¹³⁶⁹ ont alors conclu que le dispositif actuel instaurait en réalité une véritable présomption antéjudiciaire¹³⁷⁰, c'est-à-dire une présomption renversant simplement la charge de la preuve¹³⁷¹.

Nous ne souscrivons pas à cette théorie qui, à notre sens, procède d'une confusion entre les différentes présomptions existantes. Classiquement, nous opposons les présomptions antéjudiciaires à celles qui déplacent l'objet de la preuve¹³⁷². Or, une disposition légale qui précise concrètement ce que chaque partie a l'obligation de prouver - même si cette obligation est moins contraignante pour l'une des deux parties - se contente de déplacer l'objet de la preuve et non de l'inverser¹³⁷³. S'il était véritablement question d'un renversement de la charge de la preuve, alors il faudrait considérer que la simple allégation d'un comportement discriminatoire suffirait à faire présumer l'existence de cette

sont soit floues, soit excessives, mais qui ont en commun de placer le juge en position d'arbitre, ayant à se faire son opinion en dehors d'éléments matériels, ce qui est toujours risqué » : SOUVET L., *Rapport sur la proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations*, Rapport n° 155, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 19 décembre 2000.

¹³⁶⁸ Nous soulignons.

¹³⁶⁹ V. ainsi, MINET C., *Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail*, JCP E 2003, n° 21, p. 894. HENRY M., sans faire état d'un renversement de la charge de la preuve, note aussi qu'il n'existe plus véritablement de preuve à la charge du salarié puisque ce dernier doit se contenter d'invoquer des faits : *Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations*, Dr. ouvr. 2001, p. 194. *Contra* COLLET ASKRI L., *Testing or not testing ? La Chambre criminelle valide ce mode de preuve, serait-il déloyal...à propos de l'arrêt du 11 juin 2002*, D. 2003, p. 1309.

¹³⁷⁰ V. à ce sujet, GHESTIN J., GOUBEUX G. et FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1994, p. 618, n° 646.

¹³⁷¹ CHEVALIER J.-J. la définit comme « une attitude de l'esprit qui, avant toute preuve, arrête un préjugé pour désigner le sujet de la preuve et déterminer celui des plaideurs qui devra fournir la preuve quels que soient les moyens de preuve que la loi autorise d'employer à cet effet » : *Cours de droit civil approfondi : la charge de la preuve : doctorat : 1958-1959*, Paris : Cours de droit, 1958-1959, p. 218.

¹³⁷² GHESTIN J. et GOUBEUX G. et FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 618, n° 649 ; de GASTINES L., *op. cit.*, n° 50 et 51.

¹³⁷³ Aussi, comme le soulève BIHR P. et GOUBEUX G. « il résulte de ce déplacement de l'objet de la preuve une plus grande facilité pour administrer la preuve requise, mais cela ne signifie pas que le plaideur sur qui pèse la charge de la preuve soit cru sur sa seule allégation, que son adversaire conteste. Il reste nécessaire de prouver les faits qui déclenchent le jeu de la présomption. Ni le fait à prouver, ni l'attribution de la charge de la preuve ne sont modifiés ; seul le mode de preuve admis allège la tâche de celui sur qui pèse le fardeau de la preuve » : *Preuve in Rép. civ. Dalloz*, 1979, n° 108.

discrimination. Aussi, s'il va de soi que l'exigence d'une supposition de discrimination revient à alléger considérablement l'obligation pesant sur le demandeur, elle n'en reste pas moins toujours une obligation à la charge de ce dernier.

498. L'étude de la jurisprudence permet de conforter notre analyse, au regard de la tolérance certaine que les juges éprouvent à l'égard du plaignant.

2) *L'exigence jurisprudentielle : une tolérance certaine à l'égard du plaignant*

499. *Compatibilité de l'allègement de la charge de la preuve avec le principe de l'égalité des armes.* Critiquant les nombreuses incertitudes engendrées par ce nouveau régime probatoire, Monsieur le Professeur MINE prévoyait, au vu de la position du Conseil constitutionnel relativement au régime probatoire applicable au harcèlement¹³⁷⁴, le retour à un régime probatoire plus respectueux de la présomption légale, telle qu'elle aurait dû être entendue¹³⁷⁵. La loi du 27 mai 2008 n'est pourtant pas revenue sur la question. De même, récemment un arrêt, rendu par la Cour de cassation, s'est prononcé sur la compatibilité de l'article L. 1134-1 du Code du travail avec le principe d'égalité des armes¹³⁷⁶. La motivation de l'arrêt ne laisse pas place au doute, puisque la Cour rappelle qu'« eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée, l'aménagement légal des règles de preuve (...) ne viole pas le principe de l'égalité des armes ». La nécessité d'assurer une protection efficiente en matière de discrimination justifierait donc une plus grande tolérance du juge dans l'administration de la preuve. Cette conception se retrouve également au niveau de la pratique judiciaire.

500. *Consistance de la preuve restant à la charge du plaignant.* Une étude approfondie du contentieux des discriminations traitées par les juridictions sociales permet de relever

¹³⁷⁴ Dans sa décision du 12 janvier 2002, le Conseil constitutionnel avait émis une réserve d'interprétation soulignant que les règles de preuve ne sauraient dispenser le demandeur « d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants ». Le mécanisme probatoire applicable au harcèlement présente du coup une formulation différente : Cons. const., déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, *Loi de modernisation sociale*, JO, 18 janv. 2002, p. 1053.

¹³⁷⁵ MINE M., *loc. cit.*, n° 18.

¹³⁷⁶ Cass. soc., 7 févr. 2012, n° 10-10.505, JCP S. 2012, n° 14, 1150, p. 24, note BOULMIER D.

deux principales tendances. En premier lieu, les éléments de preuve rapportés par le salarié font l'objet d'une appréciation souple, elle-même favorisée par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. Si la simple allégation ou supputation sans élément n'est bien évidemment pas recevable¹³⁷⁷, la Cour exige, de manière générale, que le salarié rapporte des éléments de comparabilité avec ceux par rapport auxquels il estime avoir subi une différence de traitement¹³⁷⁸. Il reviendra, par conséquent, au défendeur d'apporter la preuve d'une non-comparabilité de situation¹³⁷⁹.

Cette preuve par comparaison n'étant plus une condition indispensable pour pouvoir supposer la discrimination, un ensemble de faits inhabituels ou récurrents suffisent parfois à requérir à l'encontre de l'employeur la justification de sa décision ou de son comportement. La Cour de cassation est particulièrement exigeante en la matière et n'hésite pas à reprocher aux juges du fond de ne pas avoir cherché si les éléments présentés par le plaignant laissent supposer une discrimination¹³⁸⁰. Si pendant longtemps, des juges du fond ne pouvaient empiéter sur le pouvoir décisionnel de l'employeur pour y subsister leur appréciation, la nécessité d'assurer l'effectivité pleine et entière des dispositions protectrices contre les discriminations les a conduit à outrepasser cette limite¹³⁸¹.

501. Consistance de la preuve à la charge de l'employeur. A la tolérance éprouvée à l'égard du salarié s'oppose la rigueur des juges dans l'appréciation des éléments objectifs avancés par l'employeur. Le comportement du salarié ou l'éventuelle comparaison avec la situation d'autres salariés ne semblent pas être des arguments suffisants. De même, l'employeur ne peut plus faire état de son pouvoir discrétionnaire pour dissimuler les éventuelles décisions discriminatoires¹³⁸²; le juge doit en toute hypothèse vérifier la

¹³⁷⁷ Cass. soc., 20 juin 2002, n° 00-41.492.

¹³⁷⁸ Cass. soc. 15 nov. 2006, n° 04-48.814, CSPB 2007, n° 188, p. 96, obs. LAWSON R.

¹³⁷⁹ Cass. soc. 13 janv. 2004, n° 01-46.407, CSBP 2004, n° 159, p. 157, obs. PANSIER, F.-J.

¹³⁸⁰ Cass. soc., 22 sept. 2011, n° 09-72.587, Juris-data n° 2011-020669 ; JCP S 2011, n° 42, 1468. V. aussi Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-40.988, Juris-data n° 2009-048965 ; JCP S 2009, n° 42, 1464, comm. LEBORGNE-INGELAERE C.

¹³⁸¹ V. ainsi, les arrêts : Cass. soc. 28 mars 2000, *préc.* – Cass. soc 4 juill. 2000, *préc.*

¹³⁸² Ainsi, il a été admis que l'employeur, qui rapporte comme éléments objectifs justifiant son refus d'embauche la prise en compte d'un diplôme, d'écarter le caractère discriminatoire de son refus au motif qu'il ne démontre pas en quoi ce diplôme est une exigence indispensable pour l'occupation du poste : Cass. soc., 15

présence d'éléments objectifs¹³⁸³. Ainsi, il apparaît que les motifs, considérés comme légitimes aux yeux du juge, se rapprochent de plus en plus de ceux qui avaient déjà été admis par la CJCE¹³⁸⁴. Pourtant finalement, la jurisprudence française tend à aller bien au-delà de ce qu'impose le droit de l'Union européenne. En effet, tant cette exigence des juges dans l'appréciation des éléments objectifs rapportés par l'employeur, que cette tolérance au regard des preuves rapportées par le plaignant, contribuent à cet allègement de la charge de la preuve. Il n'est guère étonnant, dans ces circonstances, que certains auteurs fassent directement référence à un renversement de la charge de la preuve¹³⁸⁵.

502. Une apparence de discrimination ? L'étude de la pratique judiciaire montre, en effet, que les juges se satisfont d'un degré de vraisemblance¹³⁸⁶ souvent proche de l'apparence¹³⁸⁷, qui ne s'inscrit pas dans l'exacte continuité de l'exigence légale posée à cet effet. Quand le salarié a réussi à créer le doute dans l'esprit du juge, celui-ci ne suffit pas, à

déc. 2011, n° 10-15.873, Juris-data n° 2011-028471 ; JCP S 2012, n° 12, 1118, comm. ROZEC P. et MANIGOT V.

¹³⁸³ Cass. soc. 28 septembre 2004, n° 03-42.624, CSBP 2004, n° 165, p. 473, obs. CHARBONNEAU C. Cette vérification permet parfois de faire apparaître une autre discrimination: Cass. soc., 28 janv. 2010, n° 08-44.486, Juris-data n° 2010-051328 ; JCP S 2010, n° 21, 1196, comm. MARTINON A.

¹³⁸⁴ Ainsi, la Cour de cassation est légèrement revenue sur sa jurisprudence antérieure au titre de laquelle elle considérait que l'octroi de primes exceptionnelles aux seuls salariés non-grévistes était discriminatoire : Cass. soc., 1^{er} juin 2010, n° 09-40.144 : Dr. soc. 2010, p. 998, note RADE Ch. Dans un arrêt du 3 mai 2011, elle admet que la Cour d'appel ne pouvait conclure au caractère discriminatoire d'une telle prime sans avoir constaté le surcroît d'activité. Pour EVERAERT-DUMONT D., la Cour réserve ici la justification liée au surcroît de travail à des situations très limitées où la pénibilité légitime l'octroi d'une telle prime: Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-68.297, Juris-data n° 2011-007762 ; JCP S, 2011, n° 27, 1329, p. 40, note EVERAERT-DUMONT D. De manière plus générale, des critères tels que l'expérience (Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-47.156, Bull. civ. 2006, V, n° 340, p. 330 ; Juris-data n° 2006-035912 ; JCP S 2007, n° 4, 1035, note CESARO J.-F.) mais aussi l'ancienneté (Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.795, Juris-data n° 2007-042254) ont été jugés admissibles.

¹³⁸⁵ V. TEYSSIE B., La preuve en droit du travail in PUIGELIER C. (dir.), *La preuve*, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, actes du colloque organisé au Sénat les 13 et 14 février 2004 par l'Institut d'Etudes judiciaires de la faculté de droit de l'Université Paris XIII, 2004, p. 73. D'autres soulignent que la jurisprudence de la Cour de cassation a instauré une tendance inverse, ce qui créerait un déséquilibre qui toucherait maintenant directement l'employeur, ce au prix du respect de l'égalité des armes: CHISS R., *Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes*, JCP S 2010, n° 36, 1339, p. 15.

¹³⁸⁶ Sur les degrés d'appréciation de la vraisemblance : v. PUIGELIER C., Vrai, véridique et vraisemblable in *La preuve, op.cit.*, p. 195.

¹³⁸⁷ Cette tendance s'observe d'ailleurs dans d'autres jugements relatifs au contentieux social où une partie de la doctrine évoque une véritable application de la théorie de l'apparence. Ainsi, il arrive souvent qu'en matière de licenciement, les juges du fond déplacent la charge de la preuve sur l'employeur alors que selon la Cour de cassation, quand la cause du licenciement est en « apparence réelle et sérieuse », il incombe au juge de rechercher la preuve de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement : v. PAUTRAT R., *Conseil de Prud'hommes (Procédure)*, Rép. trav., Dalloz, n° 278, oct. 1994, n° 105.

lui seul, à rendre ses prétentions recevables; il autorise en réalité la substitution du juge au salarié dans la recherche de la vérité¹³⁸⁸. Ce n'est donc plus un simple mécanisme probatoire qui régit le contentieux des discriminations mais bien des raisons de politique juridique¹³⁸⁹ qui, au nom de l'efficacité des normes protectrices existantes, vont aller au-delà de ce que la jurisprudence européenne semble considérer comme un seuil minimal de protection.

503. Mais, à partir du moment où cette charge probatoire se contente de cette vraisemblance, elle entre alors inévitablement en conflit avec celle qui est imposée du point de vue de la norme pénale qui exige, quant à elle, une réalité discriminatoire.

§ 2 - La preuve pénale ou l'exigence d'une réalité discriminatoire

504. Si l'on se félicite des avancées observées au niveau de la voie civile en matière de preuve des discriminations, la voie pénale ne provoque pas autant d'enthousiasme. La raison en est simple : la place centrale qu'occupe l'intention discriminatoire et l'absence de toute présomption applicable en la matière est un risque considérable de désengagement de la voie pénale. Mais cette dialectique, trop communément admise, est passablement erronée : si la question de la charge de la preuve est centrale au niveau de la voie civile, elle ne l'est pas au niveau de la voie pénale¹³⁹⁰. La première raison est juridique puisqu'il apparaît qu'une présomption de discrimination n'aurait présenté aucune légitimité au niveau de la voie pénale (A). La seconde raison est d'ordre pratique ; la recherche de l'intention discriminatoire dans les affaires de discrimination n'est pas aussi insurmontable qu'il n'y paraît (B).

¹³⁸⁸ Ainsi, l'article L. 1235-1 du Code du travail dispose « en cas de litige, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

¹³⁸⁹ MALAURIE P. et MORVAN P. soulignent ainsi que « la charge de la preuve obéit aussi à une politique juridique visant à protéger les intérêts de parties placées en position d'infériorité (...). Ces considérations de fond brouillent la cohérence du droit de la preuve » : *Introduction générale*, 3^{ème} éd., Paris : Défrénois-Lextenso, Coll. Droit civil, 2009, p. 148, n° 174.

¹³⁹⁰ Au niveau de la doctrine, c'est pourtant fréquemment la question de la charge de la preuve qui est évoquée à cet effet. Ainsi, LATRAVERSE S. souligne que « les acteurs juridiques (...) doivent affronter le fait que la charge de la preuve est exigeante et qu'en l'absence de discrimination ouverte et avérée, la majorité des recours échouent » : *loc. cit.*, p. 1.

A) L'absence de légitimité d'une présomption légale relative à l'infraction de discrimination

505. L'intérêt d'un aménagement de la preuve du point pratique. Si l'aménagement de la charge de la preuve civile a permis un net recul de l'importance du lien de causalité devant exister entre l'acte et le critère discriminatoire, la preuve pénale ne permet pas de faire abstraction de ce lien de causalité ; seul ce dernier permet de faire état d'une intention discriminatoire¹³⁹¹. La lourdeur probatoire que cela impose du point de vue de la partie poursuivante a donc rapidement conduit de nombreux auteurs à ne pas « préconiser une utilisation systématique de la voie pénale comme mode normal et habituel de traitement des discriminations ». Pourtant, ces mêmes auteurs redoutaient parallèlement les risques d'un quasi-abandon de cette voie¹³⁹².

Deux sortes de considérations peuvent notamment appuyer ce point de vue. En premier lieu, le droit pénal français ne pouvait être réceptif à l'instauration d'un aménagement de la charge de la preuve, qui allait directement entrer en contrariété avec le principe de présomption d'innocence. En second lieu, en accordant une telle place à l'intentionnalité, le droit pénal ne pouvait, en toute hypothèse, intervenir sur un terrain qui allait au fil des années devenir de plus en plus florissant : la sanction des discriminations indirectes. Si la preuve pénale n'est donc pas adaptée pour traiter ce qui semble être une partie considérable du contentieux des discriminations, reste à savoir comment celle-ci peut rester adaptée dans sa propre matière et assurer ainsi l'efficacité de la sanction des discriminations. Dans cette perspective, il avait été proposé que soit instauré, dans le respect de la présomption d'innocence, un allègement de la charge de la preuve au niveau de la voie pénale. La proposition n'a retenu ni l'intérêt du législateur¹³⁹³, ni l'intérêt de la doctrine alors qu'elle méritait cependant que l'on s'y arrête. Pour autant, cet aménagement n'aurait pu être envisagé d'un point de vue théorique, car la présomption de discrimination ne peut répondre à aucun des critères classiques légitimant le recours à la présomption. En effet, celle-ci ne

¹³⁹¹ V. *supra* n° 232.

¹³⁹² GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Paris : GELD, Note n° 2 oct. 2000, p. 23.

¹³⁹³ La loi du 27 mai 2008 rappelle ainsi l'inapplicabilité du renversement de la charge de la preuve en matière pénale : art. 4. V. dans le même sens, Cons. const., déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, *préc.*

peut ainsi répondre au critère de la probabilité (1) pas plus qu'à celui de l'inégalité manifeste existante entre les parties (2).

1) *L'inapplicabilité du critère de la probabilité*

506. La présomption prend en compte la probabilité que le fait induit soit avéré. Classiquement, il est admis, tant par la jurisprudence européenne¹³⁹⁴, que par celle de la Cour de cassation¹³⁹⁵, que le principe de présomption d'innocence ne s'oppose pas à ce que soient prévues des présomptions. Celles-ci ne peuvent, cependant, être instaurées que dans la limite de ce qui paraît raisonnable au regard de la gravité de l'atteinte et dans le strict respect des droits de la défense. De telles présomptions de culpabilité¹³⁹⁶ existent tant pour présumer de l'existence de l'élément matériel que de l'élément moral. Pour autant, l'admissibilité de ce genre de présomption n'est pas aussi aisée qu'en matière civile car le juge pénal ne peut se contenter d'une simple vérité formelle, comme peut le faire, quant à lui, le juge civil. Aussi, pour que l'on puisse légitimement prétendre à porter atteinte à la présomption d'innocence, il est nécessaire que la probabilité, au nom de laquelle il est raisonnable de penser que les faits ont été commis, soit considérablement élevée¹³⁹⁷.

507. Le degré de probabilité diffère d'une matière juridique à une autre. Nous comprenons, dès lors, que si la notion de probabilité régit unanimement le régime de la présomption légale, qu'elle soit civile ou pénale, elle ne peut être envisagée de la même manière. Si nous pouvons concevoir sans difficulté que la présomption civile de discrimination permette de faire abstraction du lien de causalité existant entre le critère et les

¹³⁹⁴ CEDH, 7 oct. 1988, *Salabiaku c/France*, req. n° 10519/83, Série A, n° 141-A – CEDH, 25 sept. 1992, *Pham Hoang c/France*, req. n° 13191/87, Série A, n° 243.

¹³⁹⁵ Cass. crim., 6 nov. 1991, n° 91-82.211, Bull. crim. 1991, n° 397, p. 1006. Un positionnement similaire se retrouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, JO du 19 juin 1999, p. 9018. V. sur la validité de ces présomptions légales : BOULOC B., *Présomption d'innocence et droit pénal des affaires*, RSC 1995, p. 465 – *La compatibilité des présomptions légales avec la présomption d'innocence*, RSC 1993, p. 88 – MERLE Ph., *Les présomptions légales en droit pénal*, Thèse Nancy, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de Sciences criminelles, 1970.

¹³⁹⁶ Pour reprendre le terme de GUINCHARD S. et BUISSON J., *Procédure pénale*, 7^{ème} éd., Paris : Lexis-nexis - Litec, Coll. Manuels, 2011, p. 551, n° 518.

¹³⁹⁷ Ce qui amène alors MERLE Ph. à considérer qu'il s'agit moins d'un déplacement de la charge de la preuve que d'un allègement des faits à démontrer : *Les présomptions légales en droit pénal*, op. cit., p. 12.

faits matériels rapportés, tel n'est pas le cas de l'approche pénale des discriminations. La raison en est simple : puisque l'intention n'est pas centrale dans la notion civile de discrimination, les éléments rapportés par le plaignant répondront nécessairement à la probabilité exigible au titre de la présomption. A l'inverse, le fait de rapporter de tels éléments ne permet en aucune manière, au niveau de la matière pénale, de penser raisonnablement que les faits ont eu lieu. Nous nous situons seulement dans le registre de l'hypothétique.

2) *Le rejet du critère de l'équité*

508. *L'existence de difficultés en matière de preuve ne suffit pas à porter atteinte à la présomption d'innocence.* Bien que la probabilité occupe une place importante dans la notion de présomption, ce mécanisme ne saurait se résumer à ce seul critère et doit nécessairement nous renvoyer à un critère plus commun, qu'est celui de l'équité procédurale. L'antagonisme dans lequel sont placées les parties au procès s'est longtemps exprimé à travers l'inégalité procédurale qui existait entre celles-ci¹³⁹⁸, particulièrement dans la recherche de la preuve. La présomption d'innocence permet de rééquilibrer cette profonde inégalité. Aussi, les éventuelles difficultés rencontrées par la partie poursuivante dans la recherche de la preuve ne peuvent être des raisons suffisantes de remise en question de ce principe. Mais cet argument n'est vrai qu'en ce qui concerne la procédure pénale, puisque la procédure civile admet plus aisément la création de compensation légale en matière de preuve quand apparaît une trop grande iniquité entre les parties. L'iniquité, par le jeu des présomptions commanderait alors de soutenir la partie désavantagée. Or, cette même exigence de compensation, que l'on rattache à l'idée d'équité, n'existe pas en procédure pénale au motif que la partie poursuivante supporte la charge de la preuve. La victime, y compris la victime de discrimination, n'a donc aucune légitimité à se plaindre d'une éventuelle iniquité entre les parties alors même que, dans la pratique, une telle iniquité existe bel et bien.

¹³⁹⁸ HENRION H., *La loi du 15 juin 2000 assure-t-elle l'équilibre nécessaire entre les droits et les devoirs de l'Etat, de la personne mise en cause et de la victime*, Arch. pol. crim. 2002/1, n° 24, p. 81.

509. La charge de la preuve des discriminations, une difficulté apparente. En réalité, en dépit des difficultés probatoires relatives à la discrimination, il n'est jamais possible de considérer que la partie poursuivante se trouve en situation de net désavantage. Ceci est vrai quel que soit le cas de figure. Dans un premier cas, il est classiquement admis que la charge de la preuve est supportée par le ministère public à l'occasion du procès pénal, sous réserve qu'un nombre suffisant d'éléments à charge puisse convaincre ce dernier d'engager des poursuites. Dans un second cas de figure, le ministère public n'a pas été suffisamment convaincu de la réalité de l'infraction et n'a donc pas souhaité poursuivre. Si la victime souhaite tout de même engager des poursuites, elle en a la possibilité par le biais de la citation directe ou de la plainte avec constitution de partie civile. Néanmoins, elle n'a théoriquement pas le statut de partie poursuivante si bien que la charge de la preuve ne lui incombe toujours pas¹³⁹⁹.

Aussi, dans un cas comme dans l'autre, seule l'absence ou l'insuffisance des éléments de preuve rapportés au ministère public risque de le faire échouer dans sa démarche. On conviendra, dès lors, que si les difficultés sont bien réelles, elles concernent essentiellement la question de l'administration de la preuve et non de la charge de la preuve. De ce point de vue là, il n'y a donc aucune raison de prévoir un quelconque aménagement de la charge de la preuve. En effet, celui-ci n'est légitime qu'à partir du moment où la question de l'équité se pose par rapport à celui qui a la charge de la preuve, à savoir le ministère public.

510. Le recours à la présomption doit être légitimé par une iniquité résultant d'une inadaptabilité des preuves aux contentieux en question. L'équité n'est pas totalement indifférente à la procédure pénale, mais l'utilisation d'un tel critère, comme justification du recours à une présomption, s'apprécie plus restrictivement. En effet, alors que la présomption est envisagée en procédure civile au regard de l'aptitude à la preuve, la procédure pénale y a recours en considération de l'aptitude de la preuve. L'aptitude de la

¹³⁹⁹ Cette hypothèse concerne ainsi les cas où le ministère public n'ayant pas engagé des poursuites, la prétendue victime décide néanmoins d'engager des poursuites par le biais d'une citation directe ou d'une plainte avec constitution de partie civile directement déposée devant la juridiction d'instruction. Il n'est pas certain que celle-ci bénéficie du plein et entier soutien du ministère public et c'est la raison pour laquelle il importe que cette dernière réunisse le maximum d'éléments de preuve possible.

preuve se rapporte à sa capacité, notamment technique, à pouvoir faire état de la réalité du comportement infractionnel, alors que l'aptitude à la preuve est la capacité de la partie à pouvoir rapporter les éléments de preuve au soutien de ses allégations. Bien souvent, c'est au regard de cette question de l'aptitude à la preuve que le droit civil s'autorise à recourir à un certain nombre de présomptions¹⁴⁰⁰ afin de favoriser la partie que l'on juge inapte à démontrer le bien-fondé de son allégation. A l'inverse, c'est uniquement dans les hypothèses où la partie poursuivante se trouve dans une impossibilité technique de prouver la réalité de l'infraction, que la procédure pénale autorise l'instauration d'une présomption¹⁴⁰¹.

Autrement dit, la présomption n'apparaît légitime qu'en considération de la question de l'aptitude de la preuve¹⁴⁰² et non simplement de celle de l'aptitude à la preuve. La rupture d'égalité, en tant que critère de légitimité de l'instauration d'un allègement de la charge de la preuve, intervient donc à des degrés différents selon que l'on se situe au civil ou au pénal. Aussi, la seule façon d'admettre la recevabilité d'une présomption de discrimination supposerait de démontrer que les différents modes de preuve sont inadaptés pour caractériser la discrimination, tout particulièrement l'intention discriminatoire.

511. Les difficultés probatoires relatives à la discrimination ne résultent pas d'une inadaptabilité des modes classiques de preuve. Bien que l'on fasse état des difficultés probatoires rencontrées dans la voie pénale à l'occasion d'une affaire de discrimination, celles-ci ne sont pas toujours cernées avec précision. Pourtant, la possibilité de proposer des voies d'amélioration concrètes dépend pour l'essentiel de notre capacité à cibler l'origine de cette problématique. Pour apprécier l'aptitude de la preuve, il convient donc de confronter les exigences requises par la caractérisation de l'infraction aux différentes techniques probatoires classiquement utilisées.

¹⁴⁰⁰ Ainsi en va-t-il selon un auteur en matière de renversement de la charge de la preuve en ce qui concerne la preuve de l'exécution de l'obligation d'information du médecin : JOURDAIN P., note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, RTD civ. 1997, p. 434.

¹⁴⁰¹ Il en est ainsi en ce qui concerne certaines infractions pour lesquelles il est apparu évident que l'aménagement de la charge de la preuve était un moyen pertinent de combler les carences de techniques probatoires couramment utilisées, mais qui se révélaient être parfaitement inadaptées pour la poursuite de telles infractions: V. s'agissant de l'infraction informatique : CASILE J.-F., *Plaidoyer en faveur d'aménagements de la preuve de l'infraction informatique*, RSC 2004, p. 65.

¹⁴⁰² *Ibid*, p. 78-79.

Les procédés techniques utilisés dans le contentieux des discriminations sont considérablement limités puisque par hypothèse, la preuve consistera en un témoignage, un aveu, un fichier, voire un enregistrement. De tels éléments doivent être suffisamment précis pour démontrer l'existence d'une intention discriminatoire. Les procédés probatoires sont ainsi peu variés et de surcroît, peu récurrents. Le témoignage, tout d'abord, est bien difficile à recueillir. En dépit des mesures protectrices instaurées en faveur des témoins, ces derniers expriment bien souvent une certaine réticence à apporter leur concours aux affaires de discrimination. L'écrit, ensuite, suppose nécessairement de recourir à une perquisition aux fins d'accéder aux documents auxquels le plaignant n'a évidemment pas accès. L'hypothèse de l'aveu, qui s'est présenté dans certaines affaires pénales, est certainement en passe de devenir de moins en moins fréquente. Enfin, en ce qui concerne l'enregistrement, il ne présente un intérêt que dans la mesure où l'agent peut recourir à un stratagème pour mettre à jour la discrimination. Or, en l'état de la jurisprudence, cette dernière hypothèse est strictement encadrée.

512. *L'accessibilité à la preuve explique les difficultés relatives à la preuve.* En conclusion, s'il existe bien un certain nombre de limites en matière probatoire, elles ne sont pas relatives à l'adaptation de la preuve au contentieux des discriminations, mais bien à sa mise en œuvre. Il y a dès le départ un problème d'accessibilité de la victime à la preuve. Pour que la partie poursuivante assume la charge qui lui incombe, il faut, au préalable, que la victime ait ramené un certain nombre d'éléments qui permettront de le convaincre à engager des poursuites. Si la victime ne rapporte pas de tels éléments, alors la question de la charge de la preuve ne se posera pas, puisque le ministère public renoncera à l'engagement de poursuites.

La présomption ne présente donc aucun intérêt du point de vue de la matière pénale parce que, comme nous venons de le souligner, la charge de la preuve n'est pas une problématique centrale. Aussi, la question de l'effectivité du droit, relativement au régime probatoire existant, n'a d'intérêt qu'à l'égard des pratiques de l'acteur judiciaire lui-même, c'est-à-dire de la partie poursuivante. Si les lacunes sont directement le fait de l'acteur pénal, rien

n'autorise le recours à la présomption pour la combler. Une fois de plus, seule la réactivité du plaignant, au nom du droit à la vérité des faits¹⁴⁰³, permettra de réunir, non sans difficulté, les preuves du comportement discriminatoire. Cela suppose, dès lors, qu'un effort considérable soit mené par les acteurs afin de faciliter le travail du plaignant. Plusieurs voies peuvent être proposées.

513. Préconisations. Il pourrait être en premier lieu pertinent de rappeler aux procureurs l'importance d'engager plus systématiquement des poursuites à réception de plaintes pour discrimination. Mais cela suppose préalablement que le plaignant ait choisi de recourir à l'action pénale. Le pôle anti-discriminations a un rôle considérable à jouer en la matière puisque cette instance doit permettre de favoriser le relais des plaintes déposées, la proximité des acteurs tiers ainsi que leur intervention respective. Concrètement, cette instance devrait être davantage un lieu de réflexion et de gestion des contributions respectives de chaque acteur, afin de favoriser l'accessibilité à la preuve et l'émergence d'éléments probatoires qui éviteront le classement sans suite de la plainte.

En second lieu, la coordination des différents acteurs compétents en la matière est un enjeu considérable de la recherche de la preuve. Il est essentiel de s'appuyer sur les acteurs qui interviennent en amont et qui sont susceptibles de recueillir des éléments de preuve.

B) La preuve de l'intention discriminatoire, une difficulté contournable

514. Il ne suffit pas de rejeter théoriquement la pertinence du recours au mécanisme de la présomption en matière pénale, encore faut-il mesurer si, au niveau de la pratique, son absence empêche concrètement les juges de sanctionner les comportements discriminatoires. En s'intéressant à l'évolution de la jurisprudence, il apparaît que les difficultés inhérentes à la preuve de l'intention sont compensées d'une part, par le recours à des présomptions de fait (1) et d'autre part, par l'obligation de justification à la charge du prévenu (2).

¹⁴⁰³ V. sur cette notion : PIN X., *Les victimes d'infractions. Définitions et enjeux*, Arch. pol. crim. 2006/1, n° 28, p. 49.

1) *Le recours aux présomptions de fait dans la recherche de l'intentionnalité*

515. La preuve de l'élément moral d'une infraction. La doctrine enseigne classiquement que la recherche de l'intention se déduit de la constatation de l'élément matériel d'une infraction mais cet axiome ne vaut qu'en ce qui concerne les infractions qui se composent uniquement d'un dol général. La démonstration du dol spécial emprunte une démarche différente ; elle suppose la construction d'un faisceau d'indices qui induira l'existence de cet élément moral¹⁴⁰⁴. Si la technique est usuelle, la difficulté réside, en ce qui concerne la discrimination, dans la nécessité de convaincre le juge que la décision litigieuse ne peut résulter d'aucun autre motif objectif ou légitime. Aussi, s'il ne peut être démontré que le motif est discriminatoire, la preuve laisse subsister un doute qui profite à l'accusé. Or, il va de soi que l'intention discriminatoire est parfois tellement occulte, qu'aucun élément de preuve ne suffira à amener la certitude de sa réalité. Mais la portée de ce doute varie, en réalité, selon le degré de vraisemblance ou de certitude requis pour entraîner la conviction du juge. En effet, il est classiquement admis que la force probante d'une même preuve varie selon la gravité de l'infraction en cause¹⁴⁰⁵.

Dans le contentieux des discriminations, la preuve civile ou pénale, se confronte à une double difficulté. Elle peut faire défaut pour des questions d'accessibilité de la victime à la preuve ou être simplement inexistante, faute de pouvoir récupérer toute preuve auprès de la personne mise en cause. S'il est donc vrai que la preuve de l'intention discriminatoire est une limite considérable à la condamnation, il convient néanmoins de la relativiser. En effet, l'étude de la jurisprudence fait apparaître que le recours aux présomptions de fait permet bien souvent de combler les difficultés engendrées par la recherche de l'intention discriminatoire.

516. Présomption de fait tirée de la preuve comparative rapportée. Le juge va en effet essayer de déduire des différents éléments de preuve, l'existence d'une intention

¹⁴⁰⁴ GUINCHARD S. et BUISSON J., *op. cit.*, p. 549, n° 515.

¹⁴⁰⁵ « L'équité naturelle demande que l'évidence des preuves soient proportionnée à la gravité de l'accusation » : LEVASSEUR G., *Le droit de la preuve en droit pénal français*, in PERELMAN Ch. et FORIERS P. (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Travaux du centre national de recherches de logique, 1981, p. 175.

discriminatoire. Il peut tout d'abord s'appuyer sur une preuve comparative qui lui aura été soumise, puisque la jurisprudence de la Chambre criminelle a admis la recevabilité de ce mode de preuve¹⁴⁰⁶. Pour autant, il importe que la preuve comparative fasse état d'un écart particulièrement flagrant entre les situations comparées pour ne pas laisser subsister un doute. La logique discriminatoire est néanmoins parfois susceptible de faciliter la recherche de cette preuve. La discrimination induit souvent un mécanisme de répétition pour finir par s'inscrire dans une véritable politique de management. La méthode comparative présente alors un intérêt concret¹⁴⁰⁷.

517. Présomption de fait tirée du contexte de la commission de l'infraction. A l'inverse, quand la pratique est individuelle, il est nécessaire de s'appuyer sur d'autres présomptions. L'étude générale du contexte de la commission du délit est d'une grande utilité. Si le silence opère là où il y a discrimination, le contexte trahit bien souvent une réalité moins avouable que celle prétendue. Ainsi, la sanction, le licenciement n'appellent pas la même discrimination de masse que l'embauche. Par exemple, le comportement précipité de l'employeur¹⁴⁰⁸, le caractère branlant des arguments soutenant sa décision ou au contraire l'existence d'un avancement récent de la carrière du plaignant¹⁴⁰⁹, la diminution considérable des tâches professionnelles et l'absence d'explications pertinentes du prévenu à cet effet¹⁴¹⁰, la prise de décision dont le contexte laisse penser qu'il s'agit de mesures de rétorsions¹⁴¹¹, sont autant de présomptions qui peuvent amener le juge à être convaincu de l'innocence ou de la culpabilité du prévenu.

Pour asseoir sa présomption, le juge s'autorise à rompre certaines limites juridiques qui limiteraient la prise en compte de certaines preuves. Il en va ainsi en ce qui concerne l'infraction spéciale de discrimination syndicale. Une grande majorité de ces discriminations syndicales porte sur des retards d'évolution de carrière, c'est-à-dire sur des mesures à effet

¹⁴⁰⁶ Cass. crim., 14 juin 2000, n° 99-81.108, Bull. crim. 2000, n° 226, p. 669, Juris-data n° 2000-002887, Dr. soc. 2000, p. 1035, note MOULY J.

¹⁴⁰⁷ V. dans le même sens, LASSERRE CAPDEVILLE J., *Discriminations*, loc. cit., n° 107.

¹⁴⁰⁸ CA Paris, 26 avr. 2000, n° 99/05186, Juris-data n° 2000-12738.

¹⁴⁰⁹ Cass. crim., 13 avr. 1999, n° 98-82.277.

¹⁴¹⁰ CA Nouméa, 30 nov. 1999, Juris-data n° 1999-129267.

¹⁴¹¹ Cass. crim., 25 juin 2002, n° 01-87.240.

continu. Or, si les mesures à effet continu supposent nécessairement le recours à une comparaison¹⁴¹², la plupart des éléments matériels couverts par l'article 225-2 du Code pénal ont un caractère instantané. Toute la difficulté consiste alors à prendre en compte un ralentissement de carrière dont le caractère continu entre en contradiction avec une infraction instantanée qui est prescrite au bout de trois ans. La Cour de cassation, dans son arrêt du 9 novembre 2004, n'a pas hésité à faire abstraction de cette prescription pour autoriser la prise en compte de preuves portant sur des faits antérieurs et donc prescrits à la date de la constatation de l'infraction¹⁴¹³.

2) Une obligation de justification à la charge du prévenu

518. La démonstration du caractère apparent de la discrimination est à la charge du prévenu. Dans la seconde étape de son raisonnement, le juge va apprécier l'objectivité des raisons étrangères évoquées par le prévenu. En effet, le bénéfice de la présomption d'innocence ne le place pas pour autant dans un rôle totalement passif. Aussi, si les preuves existantes à son encontre emportent la conviction du juge, celui-ci devra, au soutien de sa défense, justifier d'éléments objectifs faisant état de la légitimité de sa décision¹⁴¹⁴. D'une certaine manière, le système applicable n'est pas si différent du « fait justificatif spécial »¹⁴¹⁵ à la charge de l'employeur dans le cadre du procès prud'homal¹⁴¹⁶. Monsieur le Professeur COEURET relevait ainsi, il y a quelques années, que la chambre criminelle semblait vouloir « aller plus loin et [...] consacrer une véritable inversion de la charge de la preuve de l'intention »¹⁴¹⁷. Cette conception ne doit pas être rejetée, car si en théorie un allègement de la charge de la preuve n'aurait pu être possible, dans la pratique, s'il existe une justification

¹⁴¹² V. *supra* n° 483.

¹⁴¹³ Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 04-81.397, Bull. crim. 2004, n° 279, p. 1051 ; Dr. ouvr. 2005, p. 234, note FORTIS E. L'auteur en conclut que la Chambre criminelle reconnaît indirectement le caractère continu de l'infraction portant sur un retard de carrière.

¹⁴¹⁴ V. pour une application, CA Paris, 20 févr. 2002, n° 01/01730, Juris-data n° 2002-180792.

¹⁴¹⁵ C'est ainsi que MOULY J. qualifiait l'obligation nouvelle à la charge de l'employeur dans le procès-prud'homal : MOULY J., obs. ss Cass. soc, 14 juin 2000, *loc. cit.*

¹⁴¹⁶ COEURET A. et FORTIS E. vont dans le même sens. Ils notent que le régime existant entre ces deux preuves n'est pas si tranché qu'il n'y paraît, ce particulièrement quand une instruction est ouverte puisque les éléments de preuve sont débattus contradictoirement et que le juge d'instruction devra instruire à charge et à décharge : COEURET A. et FORTIS E., *op. cit.*, p. 356, n° 557.

¹⁴¹⁷ COEURET A., *Entrave et discrimination*, Dr. ouvr. 1987, p. 447.

légitime qu'elle soit d'origine légale, ou qu'elle constitue une résurgence de la prise en compte du motif légitime, c'est au prévenu d'en faire la preuve.

Ce constat est appuyé par les décisions rendues en la matière. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris rend particulièrement compte de cette réalité. La démarche adoptée par le juge du fond consiste à caractériser, en premier lieu, l'élément matériel de l'infraction. Quand en second lieu, les juges s'interrogent sur l'existence d'une intention discriminatoire, l'arrêt relève que le prévenu « fait valoir que le traitement différencié qu'il a adopté (...) repose sur des raisons objectives, étrangères à tout critère discriminatoire »¹⁴¹⁸. Les juges n'ont pas l'obligation de rechercher l'existence éventuelle d'une justification objective pour asseoir leur décision¹⁴¹⁹. Le constat qu'il existe un lien certain entre le critère discriminatoire et la décision suffit à caractériser l'élément moral puisque, selon la Cour, il n'est pas nécessaire que cette volonté soit exclusive de toute autre considération¹⁴²⁰. La démonstration du caractère apparent de la discrimination est donc bien à la charge de la défense¹⁴²¹. En l'espèce, les justifications avancées par le prévenu ne pouvaient pas prospérer puisqu'en se contentant d'évoquer les mobiles sous-jacents au choix opéré par le discriminant, elles ne démontraient pas l'absence d'intentionnalité¹⁴²². Or c'est souvent en voulant démontrer l'absence d'intention que « l'élément moral (...) est utilisé à tort, juridiquement, par le

¹⁴¹⁸ CA Paris, 8 janv. 2010, n° 09/01312, Juris-data n° 2010-000310 – Cass. crim., 1 sept. 2010, n° 10-80.584, D. 2010, p. 2624, note DETRAZ S. ; JCP G 2010, n° 49, p. 1208, comm. DREYER E. ; AJ Pén. 2010, p. 506, note ROYER G. ; RSC 2011, p. 853, note MAYAUD Y. ; Dr. pén. 2010, n° 12, p. 27, obs. VERON M.

¹⁴¹⁹ V. aussi pour un précédent : Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.888, Juris-data n° 2006-034789, Dr. pén., 2006, n° 11, p. 8, obs. VERON M. : les juges rejettent l'argument selon lequel le refus d'accès à une salle de cinéma opposé à une personne handicapée, ainsi que celui d'aménager un accès à cet effet, est motivé par l'impossibilité technique de rendre les locaux accessibles à la clientèle. Le fait que cette impossibilité n'ait pas été démontrée a conduit les juges à condamner le prévenu du chef de discrimination.

¹⁴²⁰ Cass. crim., 14 juin 2000, n° 99-81.108, *préc.*

¹⁴²¹ L'arrêt rendu en appel démontre clairement que les juges essaient de passer outre la difficulté de la démonstration de l'intentionnalité. Ainsi, la Cour d'appel de Paris note « qu'il résulte clairement des propos tenus par (...) que celui-ci a privé une élue de l'exercice de son droit de parole en raison du port par cette dernière d'un insigne » et donc « que l'élément matériel du délit de discrimination reproché est donc caractérisé ». La Cour a déduit directement l'élément moral de l'existence de l'élément matériel de l'infraction. Cette déduction est appuyée par la suite par la justification avancée par le prévenu.

¹⁴²² « Il n'est que l'expression d'un mobile, une simple explication destinée à convaincre d'un défaut de malveillance, sans rien retirer de l'intention proprement dite, qui n'est qu'adhésion en connaissance de cause à la matérialité de l'infraction » : MAYAUD Y., obs. ss Cass. crim., 1^{er} sept. 2010, *loc. cit.*, p. 854.

défendeur (personne physique ou morale) pour justifier son comportement »¹⁴²³.

519. Une appréciation plus rigoureuse de la justification du prévenu. Cette faveur éprouvée à l'égard du plaignant tend à se généraliser de façon inconstante. Aussi, si initialement, ne pouvaient être approuvés « les motifs du jugement déferé se refusant "de prendre en considération pour l'existence du délit, les motifs qui ont pu amener le P.D.G. de la Société (...) à faire publier une offre conditionnelle d'emploi fondée sur un critère prohibé" »¹⁴²⁴, cette tendance s'est dorénavant inversée. Les juges deviennent, de plus en plus, exigeants à l'égard du prévenu ; ils se contentent parfois, comme le note Monsieur LASSERRE CAPDEVILLE, d'un simple lien avec le critère en cause pour contourner les difficultés de la preuve¹⁴²⁵. Ceci amoindrit considérablement la tâche du juge, ce dernier n'ayant plus à étudier dans les moindres détails la psychologie du prévenu¹⁴²⁶. Il n'est donc pas exagéré de conclure que la preuve ne doit plus permettre de faire état d'une certitude de discrimination, mais simplement d'une apparence relativement forte de discrimination. Il reste alors à la charge du prévenu de réduire cette apparence à néant, exigence qui rapproche considérablement le juge pénal du juge civil¹⁴²⁷.

520. En conclusion, il apparaît, au vu des éléments précédemment évoqués, que la question de la charge de la preuve n'est pas une problématique centrale du contentieux répressif des discriminations. Elle ne l'est que partiellement, car théoriquement cette charge incombe au procureur si bien que l'enjeu de la preuve se situe en amont. Parallèlement, la preuve n'est plus une problématique du contentieux civil puisque la présomption légale

¹⁴²³ C'est la conclusion à laquelle était arrivé RETTERER S. en ce qui concerne un jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Toulon : note ss. TGI Toulon, 5 mai 1998, *loc. cit.*, p. 163.

¹⁴²⁴ CA Paris, 9 juin 1988, n° 88/5678 – Dans le même sens s'agissant d'une discrimination syndicale relative à la réduction d'une gratification destinée à récompenser le mérite du personnel, la Cour rappelle qu'il appartient au juge de déterminer si les mesures défavorables ont été motivées par l'activité syndicale ou si elles ne sont pas inspirées par d'autres considérations : Cass. crim., 4 oct. 1977, n° 76-91.044, Bull. crim. 1977, n° 288, p. 732. De même, les juges soulignent que si « cette volonté peut être supposée, la nature des faits reprochés ne dispense ni les parties civiles, ni le ministère public, du respect des règles applicables en matière d'administration de la preuve, sauf à tomber dans un subjectivisme incompatible avec l'interprétation stricte de la loi pénale, et du doute profitable au prévenu » : Cass. crim., 11 janv. 1994, n° 89-86.990.

¹⁴²⁵ LASSERRE CAPDEVILLE J., note ss. Cass. crim., 6 mai 2008, n° 07-80.530, AJ Pén. 2008, p. 375. V. aussi s'agissant d'une exigence discriminatoire implicite : Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-83.710, *préc.*

¹⁴²⁶ V. pour un exemple : CA Paris, 25 oct. 1991, Juris-data n° 1991-024665.

¹⁴²⁷ V. Cass. crim., 6 janv. 2004, n° 02-88.240, Bull. crim. 2004, n° 4, p. 10, Juris-data n° 2004-021966.

permet de compenser partiellement une charge qui, à l'origine, incombait au demandeur. Une fois encore, la politique criminelle a essayé d'aller à la « recherche d'une solution satisfaisante tenant compte de l'intérêt de tous »¹⁴²⁸. Ainsi, à l'égard de cette question de la charge de la preuve, il n'est plus possible d'aller au-delà de ce qui existe à l'heure actuelle. Néanmoins, les effets du dispositif existant en matière probatoire resteront considérablement limités si la question de l'administration de cette preuve n'est pas travaillée en parallèle.

Section 2 – L'effectivité du droit face à l'administration de la preuve

521. Si nos efforts ont longtemps porté sur la question de la charge de la preuve, celle relative à son administration est restée en suspend (§1). Nous ne pouvons nous en contenter car l'effectivité du recours judiciaire dépend aussi, selon nous, de notre capacité à changer la logique de l'administration de la preuve aux fins de favoriser son accessibilité (§2).

§ 1 - L'administration de la preuve, une question en suspend

522. L'administration de la preuve devrait être en principe l'affaire de tous les acteurs. La réalité est pourtant autre et c'est ainsi que le plaignant y joue un rôle particulièrement stratégique (A). Les difficultés engendrées par une telle situation recommandent un meilleur accompagnement de ce plaignant, sans laquelle l'effectivité du droit ne peut trouver un nouvel essor (B).

A) Le plaignant face à la problématique de l'administration de la preuve

523. La situation du plaignant en matière d'administration de la preuve ne se pose indiscutablement pas dans les mêmes termes que dans celle de la charge de la preuve (1).

¹⁴²⁸ BENILLOUCHE M., Les objectifs du procès pénal, in GIUDICELLI-DELAGE G., *Les transformations de l'administration de la preuve : perspectives comparées*, Paris : Société de législation comparée, Coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, 2006, p. 19.

Celui-ci a un rôle stratégique à jouer en ce domaine, alors même qu'il se voit confiné dans un isolement rendant sa mission délicate à accomplir (2).

1) *La distinction entre charge et administration de la preuve*

524. Les finalités rattachées à la charge de la preuve. S'il est fréquent de faire état de la question de la charge de la preuve, force est de constater qu'il n'est pas toujours facile de discerner ce qui relève de la question de la charge de la preuve, de celle de son administration. L'administration est une notion aisément discernable car elle se réfère à l'idée de production et donc de recherche matérielle de la preuve. La définition de la charge de la preuve est plus délicate et c'est pourquoi de nombreux auteurs ont tenté d'en rechercher sa finalité. Deux conceptions doctrinales doivent être opposées.

Un premier courant doctrinal considère que la charge de la preuve permet de résoudre une antinomie juridique résultant de la situation où une question litigieuse portée devant le juge est indécidable. Dans cette perspective, la charge de la preuve permettrait uniquement de savoir qui succomberait au risque de la preuve en cas de doute du juge, puisque celui-ci doit obligatoirement trancher au profit de l'une des parties, sous peine de déni de justice¹⁴²⁹.

Cette conception n'a pas été partagée par l'ensemble de la doctrine et c'est ainsi que dans sa thèse consacrée à la question des règles du droit de la preuve, Monsieur le Professeur LAGARDE considère, quant à lui, que les règles d'attribution de la charge de la preuve consistent en une présomption liée à une insuffisance de preuve. Ainsi, note-t-il « l'insuffisance de preuves est un constat de carence dans l'administration de la preuve et non l'affirmation de ce que la vérité est introuvable ». Aussi, l'intérêt de règles d'attribution de la charge de la preuve consisterait en ce que « le juge qui prendrait acte de la faible valeur probante des preuves produites devrait, en vue d'assurer l'autorité de sa décision, prendre systématiquement l'initiative de l'administration de la preuve. C'est de cette contrainte que le juge se trouve libéré lorsqu'il met en œuvre la présomption tirée de l'insuffisance des

¹⁴²⁹ V. à ce sujet, LAGARDE X., *op. cit.*, p. 207 et s. Il s'agit de la conception retenue notamment par MALAURIE P. et MORVAN P., *Introduction générale*, *op. cit.*, p. 144, n° 172.

preuves »¹⁴³⁰.

525. *L'allègement de la charge de la preuve ne résout pas l'ensemble des enjeux relatifs à la charge de la preuve.* L'allègement de la charge de la preuve, prévu par les directives communautaires et transposées en droit français, permet, comme nous l'avons vu précédemment, d'alléger l'obligation à laquelle est tenue le plaignant de prouver la discrimination qu'il allègue, tout en alourdissant celle à la charge du défendeur à l'action. Or, de telles mesures n'ont aucune incidence directe sur l'administration de la preuve car même allégée, il convient tout de même de la produire. Comme le soulève Monsieur le Professeur RUET « il survient fréquemment dans un procès que la partie qui supporte la charge de la preuve ne détienne pas la pièce attestant de la véracité de son allégation »¹⁴³¹.

Autant dire que l'allègement de la charge de la preuve ne résout pas la totalité des enjeux qu'il convient de rattacher à la preuve des discriminations, car il faut bien admettre qu'il existe un certain nombre de cas où l'accessibilité à la preuve est somme toute limitée. Tel est le cas notamment en matière d'embauche où il est évident qu'à l'inverse des autres discriminations commises à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, l'inexistence de tout lien de rattachement du candidat à l'entreprise ne lui permet pas d'accéder à une quelconque preuve. Mais, il ne s'agit pas d'une particularité propre à la discrimination à l'embauche. Il faut admettre bien au contraire que quelle que soit la discrimination, l'accessibilité limitée du plaignant à différentes preuves de discrimination risque de placer ce dernier en situation d'échec. Ceci est d'autant plus problématique que celui-ci occupe un rôle stratégique dans la recherche de la preuve.

2) *Le plaignant occupe un rôle stratégique dans la recherche de la preuve*

526. Une preuve peut être considérée comme introuvable dans deux hypothèses. La première est relative au cas où la preuve est inexistante, auquel cas l'inutilité commande de

¹⁴³⁰ LAGARDE X., *op. cit.*, p. 270.

¹⁴³¹ RUET L., *Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial*, RTD com. 1991, p. 151.

ne pas la chercher. La seconde hypothèse porte sur la situation où la preuve est introuvable car elle n'est pas recherchée. L'administration de la preuve dans le contentieux des discriminations correspond majoritairement à ce dernier cas. Ceci s'explique pour différentes raisons.

527. Incompatibilité de la logique de l'enquête préliminaire en procédure pénale avec une poursuite efficiente des comportements discriminatoires. Les cas de flagrance dans les situations de discrimination ne sont pas particulièrement fréquents. Le cadre légal de l'enquête, faisant suite à une plainte portée pour faits de discrimination, est donc celui de l'enquête préliminaire. Concrètement, l'enquête, ouverte à la suite de cette plainte, aura pour objectif essentiel de vérifier la véracité des faits exposés par le plaignant. D'un point de vue théorique, la police a l'obligation de transmettre sans délai les plaintes qui lui ont été déposées, ce qui permet alors au procureur de prendre la direction de l'enquête. C'est du moins en ce sens là que sont définis, depuis ces vingt dernières années, les rapports existants entre le parquet et les services de police afin de ne pas laisser une grande latitude à ces deniers¹⁴³².

Pour autant, l'étendue du contrôle du parquet sur l'activité policière n'est pas sans limite et laisse une latitude encore conséquente à ces services en ce qui concerne le traitement d'un certain nombre d'infractions. C'est ainsi que l'instauration du traitement en temps réel, comme gage d'efficacité et de célérité de la justice pénale, a certes accru le contrôle du parquet sur les services de police, mais n'a pas nécessairement permis de leur retirer toute autonomie¹⁴³³. Par manque de moyens, un certain nombre d'affaires sont pleinement menées de manière autonome par les services de police. Les affaires de discrimination rentrent dans

¹⁴³² CARTUYVELS Y., de CONINCK F., L'autonomie policière en France : vers une reconquête du parquet ? in PONSASERS P., CARTUYVELS Y., et al. (dir.), *Le traitement policier : une autonomie relative ? Etude empirique sur le Traitement Policier Autonome*, Bruxelles : Academia Press, Coll. Problèmes actuels concernant la cohésion sociale, 2003, p. 69. Le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale de 2009 conserve cette même direction et conforte le pouvoir du procureur dans la direction de l'enquête menée par les services de police et de gendarmerie : LEGER Ph., *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, Paris : Ministère de la justice, sept. 2009, p. 8 et s.

¹⁴³³ BASTARD B., MOUHANNA C. et ACKERMANN W., *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris : Centre de sociologie des organisations, Recherche réalisée avec le soutien du GIP « Mission de recherche droit et justice, 2005, p. 17.

ce type de procédure, non par manque d'intérêt des parquets ou des services de police mais en raison de leur particularité. Elles présentent une certaine proximité avec beaucoup d'infractions commises en matière d'atteintes aux biens : faiblesse des éléments de preuve déposés, absence d'éléments d'ouverture dans les faits relatés par le plaignant et difficulté de recourir aux méthodes classiques d'enquête¹⁴³⁴.

Dans la pratique, à réception de la plainte pour discrimination, l'OPJ devra vérifier la réalité des allégations portées par le plaignant, mais il est considérablement tributaire des premiers éléments que le plaignant est susceptible de lui apporter. Plus ce dernier lui rapporte des éléments au soutien de ses allégations et plus l'OPJ peut élargir son champ d'investigation¹⁴³⁵. A l'inverse, si ces éléments là ne sont pas rapportés et que le plaignant se contente d'évoquer la matérialité des faits, sans témoignages, sans documents, sans test de situation, l'enquête préliminaire reste quasiment vide. La conduite de l'enquête se borne alors à l'audition de la personne mise en cause, sans que les autres méthodes classiques d'enquête puissent être d'un grand secours en l'absence d'éléments suffisamment fiables. En effet, la seule audition de la personne mise en cause ne suffit pas en tant que telle¹⁴³⁶, compte tenu de l'exigence relative à la preuve d'une discrimination, à faire ressortir les indices faisant présumer qu'elle a commis une discrimination. Or, cette présomption est indispensable pour le recours à la garde à vue¹⁴³⁷.

Ces contraintes pratiques font partie de ces microdécisions qui scandent « la trajectoire d'une affaire dans la chaîne pénale » et « qui conditionnent le traitement puis le jugement d'une

¹⁴³⁴ Ces éléments ressortent d'entretiens menés avec différents responsables de service de police et de gendarmerie à l'occasion desquels nous avons tenté d'obtenir quelques éclaircissements sur la façon dont étaient menées les enquêtes de police et de gendarmerie en la matière et sur les éventuelles difficultés rencontrées.

¹⁴³⁵ C'est ce qui se rapporte aux « éléments d'ouverture » auxquels nous avons fait précédemment référence.

¹⁴³⁶ Bien que cela reste néanmoins possible dans les hypothèses où la personne avoue, au cours de son interrogatoire, avoir commis une discrimination. Cette hypothèse se présente notamment dans les cas de méconnaissance du caractère délictuel du comportement adopté ou, au contraire, quand le comportement est pleinement assumé.

¹⁴³⁷ *C. proc. pén.*, art. 63 et 77.

affaire »¹⁴³⁸. Le succès de l'enquête préliminaire et donc les chances du plaignant de ne pas voir sa plainte classée sans suite répondent à deux hypothèses. Dans le premier cas, le plaignant a soutenu les faits évoqués dans sa plainte par des éléments pertinents qui pourront donner lieu à de plus amples vérifications. Dans le second cas, le plaignant dénonce le comportement d'une personne à l'encontre de laquelle d'autres dénonciations précédentes ont permis d'attirer l'attention du procureur et des services de police ou de gendarmerie. Au final, l'enjeu relatif à l'administration de la preuve pèse directement sur le plaignant.

La question reste de savoir si du point de vue, cette fois-ci, de la voie civile, l'enjeu se pose dans des termes équivalents. En réalité, la question de l'administration de la preuve au niveau de la voie civile n'est finalement pas si différente qu'on le prétend. En effet, l'allègement de la charge de la preuve dépend de la façon dont le plaignant aura préalablement produit les éléments permettant de supposer l'existence d'une discrimination. Au niveau de la voie pénale, comme nous venons de le voir, il n'est pas question d'allègement de la charge de la preuve, mais plutôt d'une substitution des services d'enquête au plaignant, une fois que ce dernier a rapporté des éléments pertinents. Pour autant, dans un cas comme dans un autre, la problématique principale est bien celle de l'accessibilité *prima facie* du plaignant aux éléments de preuve.

528. Le succès de la plainte dépend préalablement de l'accessibilité du plaignant à la preuve. Concrètement, l'accessibilité du plaignant aux éléments de preuve dépend intrinsèquement du domaine dans lequel a été commise la discrimination. Celui de l'emploi est considérablement le plus enviable, exception faite du cas de la discrimination à l'embauche. En effet, le plaignant a une accessibilité à certains éléments de preuve, certes limitée mais tout de même existante, notamment par le biais des institutions représentatives du personnel de son entreprise. Selon la discrimination en cause, ces éléments peuvent s'avérer profitables à ce dernier¹⁴³⁹. De même, en raison de la régularité des relations

¹⁴³⁸ FAGET J., *La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations*, Champ pénal, Nouvelle revue internationale de criminologie, V. 5, 2008, Varia, disponible sur <http://champpenal.revues.org/3983#text>.

¹⁴³⁹ Nous citerons ainsi le registre unique du personnel dans lequel figurent les noms, prénoms du personnel ainsi que tous les éléments relatifs à la qualification de l'emploi occupé : v. *C. trav.*, art. R. 620-3. Ensuite, le

entretenu, le salarié a peut-être eu le temps de recueillir un certain nombre d'éléments de preuve¹⁴⁴⁰. Enfin, il peut s'avérer utile de faire appel aux anciens salariés de l'entreprise qui, en l'absence de tout rapport avec leur employeur, sont parfois ouverts à la perspective d'un témoignage à l'encontre de leur ancien employeur¹⁴⁴¹. En dépit de ces possibilités sus-évoquées, il faut garder à l'esprit que dans la majorité des cas, seule la comparaison va faire apparaître la discrimination. Or, les preuves nécessaires à cet effet entrent majoritairement dans le giron des documents de l'entreprise.

La perspective est toute autre en ce qui concerne les discriminations commises dans l'accès aux biens et services. La relation avec le discriminant est ponctuelle, bien souvent verbale, relativement inattendue, si bien que la preuve s'inscrit quasiment dans le cadre de la flagrance. Tout dépend bien évidemment de la démarche adoptée pour l'obtention du bien ou du service, car plus elle est formalisée et plus il sera possible de se pré-constituer des éléments de preuve¹⁴⁴². Tout se passe au final comme si, dès le départ, le plaignant devait se comporter en enquêteur réactif et aguerri dans la recherche d'éléments de preuve. Pourtant, pour une bonne partie des personnes concernées, leur faible maîtrise des règles juridiques ne

registre et les procès-verbaux des institutions représentatives peuvent être d'une grande utilité puisqu'ils consignent les réponses aux différentes questions posées par le délégué du personnel : v. pour une affaire dans laquelle l'employeur avait directement retranscrit ses aveux dans le registre des délégués du personnel: Cass. crim., 23 oct. 1990, n° 88-82.005, Bull. crim. 1990, n° 353, p. 891.

¹⁴⁴⁰ Notamment un courrier que le salarié aura préalablement envoyé à sa hiérarchie pour dénoncer les faits dont il est victime, un email ou encore des éléments tirés du dossier individuel dont le salarié aura demandé communication. Notons cependant que ce dossier individuel n'est pas obligatoire et n'existe donc pas dans toute entreprise. Ce droit existe aussi en ce qui concerne le fonctionnaire qui dispose de la possibilité de demander communication de ce dossier individuel. Pour autant, le dossier individuel ne présente un intérêt que s'il est régulièrement mis à jour et que la possibilité d'y accéder est réellement mise en œuvre, ce qui selon un rapport du Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, n'est pas toujours le cas : Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, *Le dossier du fonctionnaire*, Paris : Premier ministre, janv. 2001, p. 18 et 22. Pour l'essentiel, ce dossier comprend des informations relatives à l'identité du salarié, à ses absences et congés, aux sanctions prononcées à son encontre, aux certificats de travail, aux éléments emportant modification du contrat de travail, aux documents relatifs aux activités professionnelles du salarié et enfin à son embauche.

¹⁴⁴¹ Ainsi était-ce le cas d'affaires mettant en cause plusieurs grands groupes où les salariés avaient apporté des éléments de preuve considérables, faisant la lumière sur la réalité des consignes discriminatoires imposées par la hiérarchie à certains salariés dans le recrutement de candidats à l'embauche : voir notamment *Des discriminations à l'embauche dénoncées chez Lidl*, Le Parisien, 16 juill. 2011.

¹⁴⁴² Il en va ainsi en présence de demandes d'obtention d'un logement par la constitution d'un dossier d'attribution auprès des Offices HLM où le rejet successif du dossier justifie de s'intéresser avec attention aux méthodes d'attribution des logements. A l'inverse, si nous prenons le cas d'un bailleur privé, le rejet d'une demande d'obtention d'un logement est le résultat d'un choix beaucoup plus opaque et pour lequel il y aura moins d'éléments de preuve.

leur donne pas les moyens de se défendre activement.

529. L'accessibilité constitue donc un enjeu de taille dans le traitement des discriminations puisqu'en cas d'administration infructueuse des éléments de preuve, c'est l'ensemble de la procédure qui est mise en échec.

B) L'impact de l'administration de la preuve d'une discrimination sur le recours judiciaire

530. Le risque de mise en échec de la voie judiciaire. Eu égard au rôle stratégique que le plaignant doit être amené à jouer dans l'administration de la preuve, il est nécessaire qu'il soit appuyé par des acteurs compétents qui se chargeront de soutenir sa démarche face à laquelle il peut se trouver désemparé. En effet, quelle que soit la voie envisagée, l'accompagnement du plaignant est une question stratégique. Il s'agira au niveau civil, de lui permettre d'assumer pleinement la charge de la preuve qui incombe au plaignant afin de faire peser le risque de la preuve sur le défendeur, une fois cette condition remplie. Au niveau pénal, ce risque continue inévitablement à peser sur l'accusateur puisque le doute profite à l'accusé. Il importe donc de soutenir la démarche du plaignant, afin de lui permettre de bénéficier du concours de la force publique et de l'autorité de poursuite.

Plus précisément, ce système fonctionne en circuit clos : en l'absence d'éléments vérifiables, le rapport de l'enquête de police reste inévitablement vide, ce qui conduit directement au classement sans suite de l'affaire. Or, la recherche d'éléments complémentaires de preuve est possible dans le cadre des pouvoirs de direction dont dispose le parquet. Cela suppose néanmoins que celui-ci soit un minimum convaincu de la réalité de l'infraction. La mise en échec de la voie judiciaire est donc possible dès le premier stade de la décision de poursuite. Celle-ci n'est pas nécessairement liée à la problématique de l'opportunité des poursuites ; seule parfois celle relative à la légalité des poursuites engendre la cessation de tout

traitement¹⁴⁴³. Il convient donc de relativiser l'impact de l'exigence d'une intention discriminatoire. Ainsi ce n'est pas tant en termes de charge de la preuve qu'elle engendre des difficultés, mais davantage au moment de la réception de la plainte. La raison en est simple, la dénonciation d'une discrimination laisse place au doute si elle n'est pas appuyée par des indices sérieux mettant en avant le caractère réel de l'infraction dénoncée.

531. *L'importance de ne pas faire du doute, un motif central de rejet des poursuites.*

Le doute n'est pas toujours inconciliable avec l'efficacité judiciaire et la légalité des poursuites. En effet, dans sa thèse consacrée au doute en matière pénale, Madame NAGOUAS-GUERIN fait état de la faveur accordée par la voie pénale à l'égard du doute. Cette faveur permet la dénonciation de certaines infractions qui présentent intrinsèquement un caractère dubitatif¹⁴⁴⁴. En s'appuyant ainsi sur les infractions de diffamation, d'injure ou de dénonciation calomnieuse, elle note que ce doute s'exprime à travers la matérialité même de l'infraction. Il en irait ainsi quand la réalité des faits dénoncés est incertaine ou encore quand il existe un doute quant à la personne ou au groupe de personnes visés¹⁴⁴⁵.

Nous ne pouvons faire abstraction de l'importance du ressenti et donc de l'appréciation subjective de la potentielle victime de discrimination dans l'identification du comportement lui ayant porté atteinte. Il est intéressant de reprendre à notre propre compte les constats effectués par Madame NAGOUAS-GUERIN. En transposant son raisonnement à l'infraction de discrimination, il faudrait alors concevoir que le doute portant sur l'élément moral ne ferait pas obstruction totale à l'engagement de poursuites. Bien évidemment, il subsisterait néanmoins un seuil en deçà duquel des poursuites ne pourraient pas être envisageables. Cette

¹⁴⁴³ Ainsi, l'exercice des poursuites prend en compte, si nous nous en référons aux manuels de procédure pénale, deux étapes distinctes que sont l'appréciation de la légalité de la poursuite, c'est-à-dire la réunion des éléments constitutifs de l'infraction et l'opportunité des poursuites qui, comme son appellation l'indique, repose sur des considérations d'opportunité. Ces considérations portent notamment sur la personnalité du délinquant, la gravité de l'infraction, la pertinence du recours à une alternative aux poursuites, le caractère insurmontable de la charge de la preuve etc. : BOULOC B., *Procédure pénale*, 22^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis-Droit privé, 2010, p. 560 et s.

¹⁴⁴⁴ « Cela permet de porter à la connaissance des autorités répressives des infractions simplement soupçonnées ou dont la matérialité ainsi que l'imputation, sont occultes et difficiles à prouver, sans que l'auteur de la dénonciation ne soit pour autant autorisé à s'engouffrer dans l'ambiguïté des faits dénoncés pour assouvir un désir de vengeance ou une volonté de nuire » : NAGOUAS-GUERIN M.-C., *Le doute en matière pénale*, Thèse Bordeaux, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 21.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 25 et s.

appréciation dépendrait, en réalité, de la teneur des indices préconstitués dans la phase d'administration. La présence d'un certain nombre de ces indices permettrait de faire état du caractère raisonnable de la dénonciation du doute en question.

532. En l'état actuel du traitement des discriminations, cette proposition est loin d'être acquise et ne le sera pas tant que le rôle des uns et des autres n'est pas clairement défini. Pour autant, les acteurs répressifs ne sont pas restés insensibles à la question des discriminations. Ils ont contribué à la remise en question progressive de la problématique de l'administration de la preuve.

§ 2 - L'administration de la preuve, une remise en question progressive

533. Si l'administration de la preuve constitue un enjeu de la lutte contre les discriminations, plus particulièrement de l'engagement des poursuites pénales, les juges ne sont pas restés indifférents à la situation de la victime de discrimination. Ils ont ainsi facilité d'une certaine manière cette difficile administration par le biais d'une interprétation souple du principe de loyauté (A). Cette évolution constatée au niveau de la voie pénale, n'est juridiquement pas admise au niveau civil. Pour résoudre la problématique de l'administration en la matière, la solution consisterait à reconnaître au plaignant un véritable droit à la preuve. Cette proposition reste encore incertaine (B).

A) Le recul de l'exigence de loyauté au service de l'administration de la preuve d'une discrimination

534. L'exigence de loyauté influe considérablement sur les possibilités existantes dans l'administration d'une preuve. Elle peut donc dans une certaine mesure faciliter considérablement sa tâche (1). C'est dans cette perspective que des améliorations ont pu être constatées dans l'administration de la preuve pénale d'une discrimination par l'admission du test de situation (2).

1) *L'exigence de loyauté et son apport dans la preuve d'une discrimination*

535. *L'exigence de loyauté varie selon les difficultés éprouvées dans l'administration de la preuve.* La difficulté de rapporter des éléments de preuve qui emporteront la conviction du juge amène parfois la pratique judiciaire à se révéler plus tolérante dans l'admission de la recevabilité de certains moyens de preuve. Ici le droit pénal contraste sensiblement avec la matière civile puisque le principe de liberté de la preuve lui a permis d'effectuer certains écarts¹⁴⁴⁶. La tendance n'est donc pas spécifique au contentieux des discriminations mais bien générale. Il arrive, en effet, qu'en présence d'importantes lacunes dans le système d'administration des preuves, le principe de loyauté de la preuve soit malmené afin de les compenser¹⁴⁴⁷. En général, les exceptions apportées à ce principe ne sont pas toujours accueillies avec grand enthousiasme puisqu'elles malmènent indirectement la présomption d'innocence accordée au prévenu.

La loyauté emporte deux sortes de conséquences juridiques. D'abord, elle commande de ne pas forcer le prévenu à rapporter des éléments de preuve qui, bien que nécessaires à la manifestation de la vérité, contribueraient à sa propre accusation¹⁴⁴⁸. Ensuite, la seconde autorise la production de preuves obtenues de manière déloyale afin de compenser les difficultés parfois rencontrées dans son administration. Cette conséquence est *a priori* contradictoire avec le postulat selon lequel la loyauté de la preuve est une exigence éthique régissant les règles applicables relativement à la production de la preuve¹⁴⁴⁹. Il n'en est rien

¹⁴⁴⁶ Une importante partie de la doctrine va à l'encontre de cette évolution. Ainsi pour BOUZAT P., la loyauté « est une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice : La loyauté dans la recherche des preuves in *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Institut de droit comparé de la Faculté de droit de Paris, Recueil d'études en hommage à Louis HUGENEY, Paris : Sirey, 1964, p. 172. D'autres conçoivent cette exigence de loyauté comme une condition de moralité, autrement dit un « élément pondérateur » de la procédure qui impose le respect d'une certaine éthique dans la recherche de la preuve : DANJAUME G., *Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale*, D. 1996, p. 153.

¹⁴⁴⁷ THOMAS D. et al., *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Arch. pol. crim. 2004/1, n° 26, p. 113.

¹⁴⁴⁸ Inversement, la loyauté, qui commande aussi le procès civil, autorise le juge à forcer la production de tout élément de preuve nécessaire à la manifestation de la vérité : LEBORGNE A., *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe*, RTD civ. 1996, p. 535.

¹⁴⁴⁹ Au nombre des limites existantes à l'heure actuelle, nous noterons l'importance considérable du respect de la vie privée au nom duquel certaines preuves déloyales peuvent être rejetées : V. ainsi en matière de surveillance mise en place par l'employeur : Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-42.401, Bull. civ. 2002, V, n° 352, p. 345 ; D. 2003, p. 1305, comm. RAVANAS J. – de même s'agissant de preuves rapportées au moyen de la

en réalité car l'exigence de loyauté varie selon celui qui est à l'origine de la production de la preuve.

536. La loyauté n'impose pas le rejet de preuves obtenues de manière déloyale ou illicite. C'est ainsi que depuis quelques années, les juges font preuve de grande tolérance à l'égard de la partie civile¹⁴⁵⁰ ou du prévenu¹⁴⁵¹, quand ceux-ci produisent des preuves obtenues de manière déloyale. A de multiples occasions, la Chambre criminelle a ainsi rappelé « qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illégale »¹⁴⁵². Pour la Cour de cassation, l'illicéité d'un mode de preuve ne doit pas conduire au rejet de sa valeur probante¹⁴⁵³. Les juges doivent donc l'admettre et, une fois débattue contradictoirement, en apprécier sa force probante¹⁴⁵⁴.

Ce courant jurisprudentiel fait preuve d'une considérable faveur à l'égard des personnes privées bien en mal d'apporter la preuve de ses prétentions¹⁴⁵⁵ et c'est la raison pour laquelle il est allé encore plus loin. Il va jusqu'à protéger celui qui, afin de se constituer des preuves, a commis une infraction pénale. Ainsi, depuis peu la Haute juridiction reconnaît l'impunité de l'infraction de vol de documents quand ces derniers apparaissent strictement nécessaires pour les besoins de sa défense¹⁴⁵⁶. Un salarié, ayant ainsi connaissance de documents qui

violation du secret professionnel : Cass. crim., 24 avril 2007, n° 06-88.051, Bull. crim. 2007, n° 108, p. 516; AJ pén. 2007, p. 331, obs. SAAS C.

¹⁴⁵⁰ Cass. crim., 23 juin 1999, n° 98-84.701.

¹⁴⁵¹ Cass. crim., 30 mars 1999, n° 97-83.464, Bull. crim. 1999, n° 59, p. 144.

¹⁴⁵² Cass. crim., 15 juin 1993, n° 92-82.509, Bull. crim. 1993, n° 210, p. 530 - Cass. crim., 6 avr. 1994, n° 03-82.717, Bull. crim. 1994, n° 136, p. 302 - Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 06-82.383, Bull. crim. 2007, n° 27, p. 100; Gaz. Pal. 2007, n° 131, p. 13, note SOULARD C. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé, quant à elle, qu'il ne lui revenait pas de se prononcer sur l'admissibilité des modes de preuve recueillis par les juridictions nationales. Elle se contente simplement de vérifier que les exigences inhérentes au droit à un procès équitable ont bien été respectées : CEDH, 12 juill. 1988, *Schenk c/Suisse*, req. n° 10862/84, Série A n° 140, p. 29; RSC 1988, p. 840, obs. PETTITI L.-E. et TEIGEN F.

¹⁴⁵³ V. sur cette distinction : PUIGELIER C., *loc. cit.*, p. 203 : la valeur probante « vise la recevabilité d'un instrument probatoire » et la force probante « la portée, l'efficacité d'un moyen de preuve, c'est-à-dire son aptitude à emporter la conviction du juge ».

¹⁴⁵⁴ Les juges se sont d'ailleurs prononcés à ce sujet en reconnaissant que de telles preuves ont valeur « d'indice de preuve » : AMBROISE-CASTEROT C., *Recherche et administration des preuves pénales en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité*, AJ pén. 2005, p. 261.

¹⁴⁵⁵ LASSERRE CAPDEVILLE J., comm. ss. Cass. crim., 27 janv. 2010, n° 09-83.395; AJ Pén. 2010, p. 280.

¹⁴⁵⁶ Cass. crim. 15 juin 1993, n° 92-82.509, Bull. crim. 1993, n° 210, p. 530 - Cass. crim. 11 mai 2004, n° 03-80.254, Bull. crim. n° 113, p. 437; D. 2004, p. 2326, note GABA H. K.; RSC 2004, p. 635, obs. FORTIS E. - Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-82.337, Bull. crim. 2005, n° 5, p. 17 - Cass. crim., 15 févr. 2005, n° 04-81.923,

constituent des éléments de preuve à l'occasion d'un litige l'opposant à son employeur, pourrait ainsi les rapporter en justice sans que l'infraction de vol soit pour autant sanctionnée¹⁴⁵⁷. De même, les preuves, constituées en violation de la vie privée de la personne, ont été admises quand elles sont nécessaires pour les besoins de la défense¹⁴⁵⁸.

537. Les conséquences de la loyauté sur la question des discriminations. L'intérêt n'est pas des moindres relativement à la question des discriminations. Le caractère occulte de la discrimination est considérablement accru par le fait que la prétendue victime n'a pas d'accessibilité aux supports matériels qui iraient au soutien de ses allégations. Sans que notre propos soit interprété dans le sens d'un appel à l'infraction, cette jurisprudence permettrait de protéger le discriminé en cas d'administration, non plus simplement déloyale, mais bien illicite de la preuve. Mais ce n'est pas à l'égard de telles hypothèses que le principe de loyauté de la preuve frappe plus, car il faut admettre qu'elle couvre des situations assez limitées. En effet, la protection ne vaut qu'à l'égard de la personne s'estimant victime, si bien que l'obtention de ces éléments de preuve par un tiers ne répondrait plus au même état de nécessité que celui dans lequel se trouve la victime¹⁴⁵⁹. En réalité, cette tolérance des juges en matière d'administration de la preuve a surtout permis de valider la pratique du test de situation, qui pourrait être une voie propice à faciliter l'administration de la preuve.

2) *L'exigence de loyauté et la validation du test de situation*

538. Reconnaissance de la validité du test de situation. Le test de situation, ou plus

Dr. pén. 2005, n° 5, p. 14, note VERON M. V. pour une présentation plus générale : LASSERRE CAPDEVILLE J., *Les droits de la défense : nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale*, Rev. pén. 2006, p. 537.

¹⁴⁵⁷ Telles sont notamment les conditions imposées par la jurisprudence : v. GABA H. K., *loc. cit.*, p. 2327.

¹⁴⁵⁸ Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 06-82.383, Bull. crim. 2007, n° 27, p. 100, *préc.* : la Cour rappelle que la recevabilité d'une conversation téléphonique enregistrée à l'insu de la personne n'est pas contraire au droit à un procès équitable, alors qu'une telle solution est jugée contraire à l'article 6§1 si l'on se place du côté de la juridiction civile : Cass. civ., 7 oct. 2004, n° 03-12.653, Bull. civ., 2004, II, n° 447 p. 380 ; Gaz. Pal. 2005, n° 4, p. 8, note de BELVAL B. La solution a néanmoins été admise en matière de SMS : Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, Bull. civ. V, n° 85 ; D. 2007, p. 2284, note CASTETS-RENARD C. ; RDT 2007, p. 530, obs. de QUENAUDON R. ; Gaz. Pal., 2007, n° 187, p. 11, obs. MAIRESSE M. Voir de manière plus générale à ce sujet : FOURMENT F., *Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale*, D. 2011, p. 562.

¹⁴⁵⁹ Cass. crim. 31 janvier 2007, n° 06-82.383, Bull. crim. 2007, n° 27, p. 100, RSC 2007, chr. p. 322, FILNIEZ R. - Cass. crim. 7 février 2007, n° 06-87.753, Bull. crim. 2007, n° 37, p. 241.

communément appelé « testing »¹⁴⁶⁰, est apparu aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne¹⁴⁶¹ comme outil scientifique de mesure des discriminations¹⁴⁶². Il permet d'avoir une meilleure connaissance des pratiques discriminatoires et donc de favoriser l'adaptation des réponses préventives ou répressives à cette réalité discriminatoire. Développé initialement sous sa dimension scientifique, il est devenu progressivement un outil juridique au service de la preuve d'une discrimination. Sa finalité première est de faciliter la démonstration de l'intentionnalité discriminatoire afin de convaincre le procureur d'engager des poursuites ou encore de démontrer la réalité de l'intention discriminatoire à l'occasion de la phase de jugement.

Techniquement, le test de situation suppose la constitution de plusieurs groupes testeurs, un groupe expérimental et un groupe de contrôle qui vont se présenter simultanément à un employeur ou encore à un tenancier d'établissement afin d'observer le comportement tenu à leur égard. En principe, les deux groupes répondent une totale comparabilité, exception faite de la variable testée. En cas de refus réitéré de la personne testée opposé au groupe répondant à la variable discriminatoire, le délit est établi par flagrance. Dans la continuité de sa jurisprudence antérieure¹⁴⁶³, la Cour de cassation a accepté la recevabilité¹⁴⁶⁴ de ce test de situation dans une décision de principe¹⁴⁶⁵. Jugeant la motivation de la Cour d'appel de Montpellier non conforme aux dispositions de l'article 427 du Code de procédure pénale, elle rappelle « qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon

¹⁴⁶⁰ Conformément aux recommandations de la Commission générale de terminologie et de néologie, il convient de parler de « test de discrimination ».

¹⁴⁶¹ Le testing est apparu au début des années 1970 à l'initiative du *Department of Housing and Urban Development*, aux Etats-Unis et du *Political and Economic Planning*, en Grande Bretagne.

¹⁴⁶² Nous renverrons aux différents test de situation les plus connus : celui effectué par l'Observatoire des discriminations en 2005, le testing national de 2007, à l'initiative du BIT et de la DARES, qui prenait appui sur les directives méthodologiques de BOVERKERK Fr., puis l'enquête du Centre d'analyse stratégique relative à l'embauche des jeunes des banlieues d'Ile-de-France. Nous noterons que les tests de situation à visée scientifique ont une plus grande ampleur en raison de leur finalité de mesure. Les variables testées sont donc multiples et portent généralement sur des critères tels que l'origine, le sexe, l'apparence physique, le handicap, l'âge et la situation de famille.

¹⁴⁶³ Notamment, Cass. crim. 6 avr. 1993, n° 93-80.184 - Cass. crim., 30 mars 1999, n° 97-83.464, Bull. crim. 1999, n° 59, p. 144 ; Juris-data n° 1999-001606.

¹⁴⁶⁴ Des tests de situation avaient déjà permis antérieurement d'aboutir à la condamnation d'auteurs de discrimination. V. par exemple, Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 99-87.251.

¹⁴⁶⁵ Cass. crim, 11 juin 2002, n° 01-85.559, Bull. crim 2002, n° 131, p. 482 ; D. 2002, p. 2657, note COLLET ASKRI L. ; LPA 2003, n° 4, p. 15, obs. RINGEL F. ; RSC 2002, p. 879, comm. RENUCCI J.-F.

illicite ou déloyale ». Consciente des difficultés probatoires relatives aux situations discriminatoires¹⁴⁶⁶ mais aussi de l'impossibilité pour les services de police de mettre systématiquement en œuvre ce genre de test, la Cour de cassation fait preuve de bienveillance à l'égard des victimes de discrimination. Cette solution a néanmoins suscité la critique d'une partie de la doctrine qui, si elle juge la cause légitime, juge les limites, relatives à la liberté de la preuve, méconnues¹⁴⁶⁷.

539. Crédibilité du test de situation. Le débat n'a plus lieu d'être puisque la loi du 31 mars 2006 est venue légaliser ce mode de preuve¹⁴⁶⁸, rompant ainsi avec les critiques de certains auteurs qui voyaient, dans cette pratique, une provocation à l'infraction¹⁴⁶⁹. La critique n'est pourtant pas exempte de tout intérêt et c'est la raison pour laquelle la jurisprudence est particulièrement exigeante dans l'appréciation de la crédibilité du test de situation. Ainsi, le test de situation reste dans les limites de la provocation à la preuve¹⁴⁷⁰, quand il respecte les garanties posées à cet effet. Il importe, en effet, qu'à aucun moment, les testeurs adoptent un comportement actif qui serait la cause directe de l'infraction commise

¹⁴⁶⁶ LASSERRE CAPDEVILLE J. et BONFILS Ph. notent, de manière plus générale, que cette position conciliante des juges est opportune en raison des difficultés importantes que rencontrent les victimes dans la recherche d'éléments de preuve. Ceci est d'autant plus vrai que les formes prévues par la loi dans l'administration de la preuve en vertu du principe de légalité ne s'imposent pas à elles, Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale, in MALABAT V., de LAMY B., GIACOPELLI M. (dir.), *op. cit.*, p. 247.

¹⁴⁶⁷ RENUCCI J.-F. note ainsi que cette solution est contraire aux garanties du procès équitable car il est difficile de considérer qu'une procédure acceptant des modes de preuve déloyaux est équitable, comm. ss. Cass. crim., 11 juin 2002, *préc.*, p. 879.

¹⁴⁶⁸ Ce procédé est dorénavant autorisé par l'article 225-3-1 du Code de procédure pénale, issu de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006.

¹⁴⁶⁹ Pour une partie de la doctrine, il ne s'agit ni plus ni moins qu'une provocation à l'infraction, en ce sens VERGES E., *Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale*, AJ Pén. 2006, p. 354 ; VOULAND P., *L'exercice quotidien de la fonction de défense et la loyauté de la preuve*, AJ Pén. 2005, p. 275.

¹⁴⁷⁰ En ce sens COLLET ASKRI L., comm. *préc.*, LASSERRE CAPDEVILLE J., *Le testing*, AJ Pén. 2008, p. 310. Le rapport de la Cour de cassation de 2004 relatif à la loyauté de la preuve est moins tranché. Comme le note LEMOINE P., « dans l'arrêt rendu en matière de testing, la chambre criminelle est allée, à l'évidence, plus loin dès lors que le scénario imaginé par l'association ne relevait manifestement pas du seul constat, et l'on peut se demander si, ce faisant, elle n'a pas enfoncé un coin dans la rigueur dont elle faisait jusqu'alors preuve pour refuser d'admettre la provocation à commettre l'infraction ». A partir du moment où « toute la difficulté, en l'espèce, consiste en effet à déterminer à partir de quel moment on peut considérer que se commet l'infraction de discrimination », il n'est pas évident de fixer une limite à ne pas dépasser pour éviter que le test de situation devienne véritablement une provocation à l'infraction. L'absence d'artifice ou de stratagème permet néanmoins de concevoir le test de situation comme une simple provocation à la preuve : Cour de cassation, *La vérité. Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, Paris : La Documentation française, 2005, p. 150 et s.

par le délinquant. Il ne doit donc pas abolir la volonté de ce dernier¹⁴⁷¹. Le comportement des testeurs doit être ainsi le plus neutre possible permettant d'éviter qu'il soit le fruit d'une provocation à l'infraction.

La jurisprudence a progressivement défini d'autres exigences relatives à la crédibilité du test de situation. Ainsi, il a pu être reproché, au niveau de la constitution des groupes testeurs, le fait que les testeurs soient tous sympathisants de l'association, à l'origine de cette initiative. De même, l'absence de toute personne tierce pouvant confirmer les propos, ou encore d'un officier ou agent de police judiciaire les ayant recueillis, peut nuire à la fiabilité du test¹⁴⁷².

540. Conditions garantissant la force probante du test de situation. La condition de crédibilité, une fois remplie, a des conséquences directes sur sa valeur probante, mais elle ne suffit pas à lui accorder une force probante suffisante pour emporter la conviction du juge. La force probante du test de situation dépend cette fois encore du respect d'un certain nombre d'exigences posées par la jurisprudence. L'étude des différentes décisions rendues par les juridictions nous permet, en effet, de considérer que seules les affaires, dans lesquelles d'autres constatations objectives sont intervenues, ont pu aboutir à une condamnation pénale. Il n'existe pas, par conséquent, d'affaires dans lesquelles la condamnation résulte uniquement de la constatation du refus discriminatoire, sans autres éléments trahissant l'état d'esprit du discriminant¹⁴⁷³.

La décision rendue par la Cour d'appel de Lyon insiste sur cette nécessité même si sa motivation paraît particulièrement rigoureuse. Ainsi, la Cour constate, par une formule maladroite, l'absence de propos « traduisant, fut-ce de manière allusive, un motif discriminatoire ou un comportement manifestant de manière non équivoque une telle disposition d'esprit »¹⁴⁷⁴. En réalité, ce que la Cour d'appel déplore est l'absence de

¹⁴⁷¹ A défaut de respecter la liberté d'action de l'agent, nous rentrons alors strictement dans le cadre de la provocation à l'infraction, MAYAUD Y., *op. cit.*, p. 393, n° 378.

¹⁴⁷² Il s'agit notamment des motifs avancés par la Cour d'appel de Montpellier, dont l'arrêt fut cassé par la Cour de cassation le 11 juin 2002. V. également à ce sujet, de SCHUTTER O., *Methods of proof, loc. cit.*, p. 36 et s.

¹⁴⁷³ Une telle démarche serait, pourtant, nettement suffisante en ce qui concerne le contentieux civil puisque le test suffirait à remplir la charge probatoire incombant au demandeur. Il permettrait alors de renverser directement la charge de la preuve.

¹⁴⁷⁴ CA Lyon, 18 déc. 2003, n° 2002/00923 : la cour d'appel de Lyon statuait sur renvoi de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 11 juin 2002.

constatations qui auraient permis « à défaut de révéler de manière ostensible, une intention discriminatoire, d'établir que les auteurs du refus n'avaient aucun autre motif objectif d'agir ainsi qu'ils l'ont fait et n'avaient donc pu être animés que par une volonté discriminatoire ».

Si elle ne fournit pas de méthodologie, la Cour d'appel semble poser deux conditions alternatives grâce auxquelles le test de situation aura une force probante. Le test de situation doit faire état de propos ou d'un comportement manifestant de manière non équivoque une disposition d'esprit discriminatoire, ou, à défaut, des constatations complémentaires¹⁴⁷⁵. L'absence d'équivocité, en premier lieu, requiert la suppression de tout biais dans le déroulement du test de situation afin de lui assurer une fiabilité suffisante pour emporter la conviction du juge. Il est nécessaire de supprimer tous les facteurs endogènes à la situation testée. Il en va ainsi, pour prendre l'exemple du test de situation conduit dans des établissements de nuit, de la tenue vestimentaire, de la faible récurrence du test¹⁴⁷⁶. Mais les facteurs exogènes doivent également être écartés. C'est le cas du test de situation effectué un soir de très forte affluence¹⁴⁷⁷, il ne peut valablement rendre compte de la réalité discriminatoire.

L'existence de constatations supplémentaires, en second lieu, suppose bien souvent l'intervention de tiers permettant d'accréditer la thèse d'une discrimination. Idéalement, le recours à l'huissier semble être la voie la plus sûre, mais le coût que représente un tel

¹⁴⁷⁵ LASSERRE CAPDEVILLE J. note qu'il « semble, en fait, que ce procédé n'ait pas une réelle incidence tant qu'il n'est pas corroboré par d'autres éléments lui donnant force et crédit », *loc. cit.*, p. 312.

¹⁴⁷⁶ CA Paris, 17 mars 2008, n° 07/04974, Juris-data n° 2008-360738 - CA Nîmes 23 mars 2006, n° 06/00921, Juris-data n° 2006-305391. La circulaire du 26 juin 2006 précise néanmoins que le test n'a pas besoin d'être répété. En réalité, tout est question d'appréciation du contexte et donc, de la pertinence du renouvellement de la démarche. Certaines cours sont encore réticentes à accueillir un test de situation unique et c'est la raison pour laquelle, principe de précaution oblige, il vaut s'en doute mieux renouveler l'expérience.

¹⁴⁷⁷ Ainsi, il a été considéré que le refus de trois personnes face à l'acceptation simultanée d'une personne, un soir de grande affluence n'est pas significatif. Ceci valait d'autant plus que l'association avait recouru, en tant que témoin, à un journaliste dont le témoignage se révélait contradictoire : CA Douai, 25 mars 2004, n° 02/03060, Juris-data n° 2004-242547. Il en va, de même, a fortiori, en présence de quatre refus sur neuf : CA Paris, 17 mars 2008, *préc.* Enfin, toujours dans la même perspective d'interprétation des résultats, il peut être judicieux, pour conforter la présomption d'un refus discriminatoire, de faire constater la fréquentation à l'intérieur de l'établissement. A ainsi été jugé comme non discriminatoire, le refus opposé à des personnes d'origine étrangère compte tenu de l'absence d'éléments caractérisant une volonté discriminatoire et de la constatation, à l'intérieur de l'établissement, d'une fréquentation de clients de différentes origines ethniques, Cass. crim, 12 oct. 2004, n° 04-80.624.

intervenant a justifié que son intervention ne soit pas obligatoire¹⁴⁷⁸. Aussi, d'autres personnes peuvent concourir¹⁴⁷⁹ à cette constatation puisqu'ils présentent les garanties d'indépendance et d'impartialité. Tel est le cas des autorités de police quand celles-ci soutiennent l'initiative. Mais il peut très bien s'agir d'un inspecteur du travail ou d'un agent assermenté du Défenseur des Droits¹⁴⁸⁰.

541. La contribution du test de situation à la preuve des discriminations. Susceptible de couvrir bon nombre de situations discriminatoires¹⁴⁸¹, le test de situation peut être une voie probatoire intéressante dans le champ pénal des discriminations. Mais, nous ne pourrions pas aller jusqu'à exprimer une certitude tant les conditions imposées par la jurisprudence, pour assurer la crédibilité et la fiabilité de ce test, sont importantes. S'il va de soi que la victime peut se lancer seule sur le terrain d'un test de situation, celui-ci ne doit pas devenir une aventure hasardeuse et suppose donc le respect d'une méthodologie sérieuse¹⁴⁸². A défaut, tout dépendra de la présence ou du concours d'acteurs tiers intervenant au soutien de la victime.

La tolérance exprimée par le juge à l'égard du principe de loyauté compense en partie les

¹⁴⁷⁸ CA Paris, 6 mai 2008, n° 07/05794, Juris-data n° 2008-363407 - CA Nîmes, 23 mars 2006, *préc.*

¹⁴⁷⁹ Quelle que soit la personne amenée à participer à l'opération de testing, il est indispensable que la constatation porte sur des faits précis.

¹⁴⁸⁰ La loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 prévoit, en effet, que les agents de la HALDE, assermentés et habilités à cet effet, peuvent constater par procès-verbal les infractions de discrimination dans le cadre de l'application des dispositions de l'article 225-3-1 du Code pénal.

¹⁴⁸¹ Tous les critères ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure fiable. Dans le domaine de l'emploi, il en va ainsi de tous les critères non apparents qui relèvent de la vie privée et qui ne sont donc pas susceptibles d'être évoqués sur un CV ou lors d'un entretien. Ces derniers ne pourront pas être testés. CALVES G. propose néanmoins dans le cadre des *in-person audits* d'utiliser un indicateur indirect afin de pouvoir tester la variable. Cet indicateur doit jouer le rôle d'un signal perçu et qui se retrouve de manière univoque et uniforme au niveau de la population, CALVES G., *Au service de la connaissance et du droit : le testing in MILLS Ph., La discrimination saisie sur le vif : le testing*, Paris : Horizons stratégies, 2007, p. 8. L'approche semble tout à fait pertinente, mais doit se circonscrire aux testing scientifiques. Il est, en effet, périlleux de recourir à une telle méthode dans le cadre d'un testing judiciaire car l'interprétation des résultats est trop aléatoire. Quant au domaine dans lesquels nous retrouvons ce type de test, il s'agit essentiellement des domaines de l'embauche et de l'accès aux biens et services.

¹⁴⁸² La réponse ministérielle à la question écrite n°101052 laisse pourtant entendre le contraire. En précisant que « toute organisation ou toute personne peut mettre en place de telles pratiques », elle laisse supposer qu'une victime pourrait elle-même mettre en place une telle opération : Rép. min. à la question écrite n°101052 de DARCIAUX C., JOAN Q. du 19 décembre 2006. Si d'un point de vue juridique rien ne s'oppose, en effet, à ce qu'une telle opération soit menée par la victime, cette affirmation doit être relativisée. D'une part, la victime ne dispose pas forcément des moyens logistiques et humains pour la mettre en place et d'autre part, elle risquerait de se lancer aveuglement dans une démarche qui ne respecterait pas forcément la rigueur requise.

difficultés rencontrées en matière de preuve dans le contentieux des discriminations. En autorisant la ruse, le droit pénal a ouvert une nouvelle perspective de sanction des comportements discriminatoires. Mais gardons nous de croire que cette tolérance facilite la preuve aussi largement que c'est le cas en présence d'un allègement de la charge de la preuve. Ce n'est, de toute façon, pas ce que nous pouvons attendre de la voie pénale, qui eu égard à la sanction encourue, ne peut se contenter de probabilité. Nous comprenons, en ce sens, le scepticisme éprouvé par certains auteurs quant au potentiel de ce mode de preuve. Pour exploiter le potentiel du test de situation, il faut privilégier son utilisation dans l'objectif de convaincre le procureur d'engager des poursuites. Utilisé de manière isolée devant le juge, il risque d'être trop facilement mis à mal par la contradiction ou par sa faible force probante.

B) L'invocabilité du droit à la preuve en matière civile

542. Le procès civil étant par nature accusatoire¹⁴⁸³, il a pendant longtemps imposé au juge le respect d'une certaine neutralité¹⁴⁸⁴ et d'une impartialité¹⁴⁸⁵ aux noms desquelles

¹⁴⁸³ C'est ce que rappelle à cet effet l'adage « le procès est la chose des parties ». Les dispositions du Code de procédure civile rappelant le caractère accusatoire du procès civil sont nombreuses. Ainsi, ses articles 6 et 9 rappellent que les parties ont la charge d'alléguer les faits susceptibles d'appuyer leur prétention. Son article 146 dispose que les parties doivent rechercher et apporter elles-mêmes les éléments de preuve auxquels elles peuvent avoir accès sans faire appel à une mesure d'instruction qui aurait pour effet de suppléer à leur carence. Enfin, l'article 132 du Code de procédure civile impose aux parties de produire et de communiquer spontanément les preuves dont elles veulent faire état à l'occasion du procès.

¹⁴⁸⁴ Le juge a ainsi un devoir de neutralité qui impose selon MOTULKSY « l'interdiction faite à ce dernier de rechercher lui-même les matériaux de preuve, qu'il appartient à chacune des parties d'apporter dans la mesure où le fardeau de la preuve lui incombe ». MOTULKSY H., *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, T. 2 : Droit privé, propriété industrielle littéraire et artistique, Paris : Dalloz-Sirey, 1961, p. 542. LAGARDE X. explique cette opposition de l'office du juge en matière civile à celle du juge en matière pénale par la corrélation existante entre intérêt poursuivi et recherche de la vérité. Ainsi, note-t-il, « cela supposerait donc que tout le monde soit intéressé par l'issue du litige et qu'ainsi le juge civil soit comptable de cet intérêt commun. Précisément, tel n'est pas le cas. Au regard de la société, le juge civil est avant tout un pacificateur de telle sorte que la demande de vérité provient seulement des parties au litige et, éventuellement, de leurs ayants droits ». Il en irait différemment de la matière criminelle : « Celle-ci intéresse la société dans son ensemble de telle sorte que si tout le monde veut connaître la vérité, cette dernière doit être la même pour tout le monde » : *Finalités et principe du droit de la preuve. - Ce qui change*, JCP G 2005, n° 17, I-133.

¹⁴⁸⁵ GHESTIN J., GOUBEAUX G. et FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 604, n° 630. Pour ces auteurs, c'est l'exigence d'impartialité du magistrat qui impose de le priver de prérogatives dans la recherche de la preuve. Néanmoins, ils soulignent que le passage au nouvel enjeu qu'est la recherche de la Justice a conduit à l'évolution du rôle du juge.

celui-ci ne disposait pas de la possibilité de participer à la recherche des éléments de preuve. L'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile marque, à travers l'instauration de ses articles 11, 138 et 142¹⁴⁸⁶, la redéfinition de l'office du juge dans la recherche de la preuve. Dorénavant, celui-ci disposant de la faculté d'ordonner la production forcée de tout preuve utile à la manifestation de la vérité. Le juge n'est donc plus un acteur passif, chargé uniquement de statuer sur le litige qui lui est soumis. La recherche de la vérité¹⁴⁸⁷ implique, bien au contraire, une contribution de ce dernier¹⁴⁸⁸ car l'on ne saurait admettre que la justice ne puisse être rendue, que la lumière ne puisse être faite, en raison de la maladresse des parties¹⁴⁸⁹. Le juge peut donc être amené à intervenir dans la recherche afin de remplir son office et c'est alors que la procédure prend une tournure légèrement inquisitoire. C'est au regard de cette évolution que s'est développée une théorie doctrinale allant jusqu'à reconnaître l'existence d'un droit à la preuve. Les difficultés subsistantes relatives à la production de la preuve en matière de discrimination nous conduisent nécessairement à revenir sur les contours d'une telle théorie (1). Sans adhérer pleinement à cette doctrine, divers arguments nous conduisent à considérer que la mise en œuvre partielle de ce « droit à la preuve » serait envisageable pour la question des discriminations (2).

1) *L'inapplicabilité de principe d'un droit à la preuve en matière de discrimination*

543. La question de l'existence d'un droit à la preuve. La preuve s'entend comme le moyen par lequel le plaideur va pouvoir soutenir le fond de sa prétention et en tant que telle, elle est un complément indispensable à l'action de la partie. Tout du moins, l'est-elle d'un point de vue théorique car si le droit existe indépendamment de la preuve, il est néanmoins

¹⁴⁸⁶ L'article 11 al. 2 prévoit ainsi que « si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ». L'article 138 porte spécifiquement sur la production d'une pièce détenue par un tiers, alors que l'article 142 attrait, quant à lui, à la production forcée d'une pièce détenue par l'une des parties.

¹⁴⁸⁷ Cette vérité sur laquelle porte la preuve se situe, selon un auteur, entre l'arbitraire et le certain : « à la limite du vrai et du faux, le juge devra déclarer judiciairement vrai ce qui en fait lui paraît au moins vraisemblable » : AMMAR D., *Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique*, RTD civ. 1993, p. 499.

¹⁴⁸⁸ CADIET L. et JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 7^{ème} éd., Paris : LexisNexis, Coll. Manuels, 2011, p. 433, n° 571.

¹⁴⁸⁹ GHESTIN J., GOUBEAUX G. et FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*

tributaire de son efficacité car « l'absence de preuve interdit au titulaire de se prévaloir efficacement de son droit »¹⁴⁹⁰. Aussi, il importe de savoir dans quelle mesure ce moyen pourra soutenir le fond de la prétention du plaideur, si ce dernier n'est pas en mesure de préconstituer une telle preuve ? La question se repose une seconde fois dans l'hypothèse où ce même plaideur, bien qu'ayant connaissance de l'existence d'une telle preuve, n'y a pas accès. En réalité, la réponse dépend essentiellement de la façon d'entrevoir cette notion de preuve ; la doctrine n'est pas unanime à ce sujet.

Ainsi, un premier courant doctrinal a avancé l'idée selon laquelle il existerait un droit subjectif processuel à la preuve¹⁴⁹¹. En effet, pour Monsieur le Professeur GOUBEAUX, il existerait un véritable « droit à la preuve » qui se déclinerait d'une part dans le droit de produire une preuve et d'autre part dans le droit d'obtenir cette dernière¹⁴⁹². Cette théorie renverse considérablement la dialectique accusatoire du procès civil car elle permet d'admettre, qu'en cas d'impossibilité de la partie de rapporter la preuve au fondement de ses prétentions, le devoir de collaboration du juge impliquerait que celui-ci vienne à son secours. C'est ainsi que, pour une partie de la doctrine, l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire¹⁴⁹³ de production forcée des pièces au juge marque la reconnaissance de ce droit à la preuve¹⁴⁹⁴. La théorie sera reprise et largement développée par Madame BERGEAUD dans sa thèse consacrée à ce sujet. Reprenant la distinction de Monsieur le Professeur GOUBEAUX, elle part du principe que l'effectivité commanderait actuellement de redéfinir la recherche et

¹⁴⁹⁰ TERRE F., *Introduction générale au droit*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 2009, p. 478, n° 560.

¹⁴⁹¹ V. notamment THERY P., *Les finalités du droit de la preuve en droit privé*, Droits 1996, p. 41. Celui-ci note : « ce qui, quand même, jette un doute, ce sont les textes qui présentent la preuve dans le procès sous l'angle de l'obligation plus que du droit (...). Où, dans ces obligations croisées, découvrir le droit subjectif ? ».

¹⁴⁹² GOUBEAUX G., Le droit à la preuve in PERELMAN Ch. et FORIERS P., *op. cit.*, p. 277. Dans le même sens, TERRE F. note « le droit à la preuve est un droit subjectif qui n'a pas reçu de consécration directe. Mais il constitue le fondement nécessaire d'une évolution très nette des règles régissant l'administration de la preuve » : *Introduction générale au droit*, p. 483-484, n° 566.

¹⁴⁹³ Comme le souligne DAIGRE J.-J., ce pouvoir discrétionnaire se justifie par le fait que « l'opportunité de la mesure s'apprécie au regard de l'intime conviction du juge et celle-ci n'a besoin de s'extérioriser que dans le jugement sur le fond ». Pour autant, note-t-il, ce pouvoir n'est pas sans limite. Ainsi, « lorsqu'une demande porte sur un fait qui, s'il était prouvé, aurait pour conséquence inéluctable de justifier pleinement la prétention juridique de l'intéressé, le juge du fond perd son pouvoir d'appréciation et la Cour de cassation exerce son contrôle. Il doit ordonner la production. » : *La doctrine et la réforme de la procédure civile. A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces*, JCP 1981, I-3020.

¹⁴⁹⁴ MARRAUD C., *Le droit à la preuve. La production forcée des preuves en justice*, JCP 1973, II-2572.

l'administration de la preuve au civil comme au pénal¹⁴⁹⁵. Elle propose alors la reconnaissance d'un véritable droit à la preuve qui participerait directement à l'effectivité des armes¹⁴⁹⁶. Cette reconnaissance trouve un écho certain dans la refonte générale et actuelle de notre système juridique qui, sous l'influence du droit européen, doit faire preuve de pragmatisme en se chargeant de rendre effectives les règles de droit que le législateur produit¹⁴⁹⁷.

D'autres auteurs considèrent à l'inverse, en s'appuyant sur les articles 2¹⁴⁹⁸ et 9¹⁴⁹⁹ du nouveau Code de procédure civile, que la preuve est nécessairement une obligation à la charge de la partie. Monsieur le Professeur LAGARDE prend ainsi parti du pouvoir discrétionnaire reconnu au juge pour affirmer que ce droit à la preuve ne s'est jamais imposé. Selon lui, la jurisprudence de la Cour de cassation veille à ce qu'il ne soit pas venu en aide « à une partie qui, si elle s'était montrée diligente en temps utile, aurait pu réunir les preuves dont elle demandait ultérieurement la production forcée »¹⁵⁰⁰. Sans prendre part au débat, il nous semble que relativement à la question des discriminations, ce droit à la preuve ne se justifie ni en ce qui concerne le principe d'égalité des armes, ni l'exigence d'effectivité.

544. *Le droit à la preuve justifié par le principe d'égalité des armes.* La question du droit à la preuve, en matière de discrimination, doit tout d'abord être envisagée sous l'angle du principe de l'égalité des armes, que nous avons justement évoqué antérieurement à l'occasion des pouvoirs octroyés par le Défenseur des droits. L'égalité des armes commande l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas en situation de net désavantage par rapport à son

¹⁴⁹⁵ BERGEAUD A., *Le droit à la preuve*, Thèse Bordeaux, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, T. 525, 2010.

¹⁴⁹⁶ Aussi, précise-t-elle, « il est alors nécessaire de comprendre que le principe d'effectivité appliqué à la procédure ne peut se concevoir que dans une perspective d'ensemble. Par conséquent, permettre à un justiciable de saisir la justice pour obtenir un jugement est une condition nécessaire de la protection de ses droits, mais cela reste une condition insuffisante si elle ne s'accompagne pas d'une possibilité concrète de soutenir les arguments avancés en faveur de sa cause », *ibid.*, p. 227.

¹⁴⁹⁷ BARANES W. et FRISON-ROCHE A., *Le souci d'effectivité du droit*, D. 1996, p. 301.

¹⁴⁹⁸ « Les parties conduisent l'instance sous les charges qui les incombent »

¹⁴⁹⁹ « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

¹⁵⁰⁰ LAGARDE X., *loc. cit.*, n° 9.

adversaire. Dans cette perspective, l'équité pourrait-elle commander de favoriser le plaignant qui n'a pas la possibilité de recueillir des éléments de preuve au soutien de ses prétentions ?

La réponse est à notre sens négative à deux égards. Tout d'abord, s'il est vrai que le demandeur à une action intentée pour discrimination est en situation de net désavantage par rapport au défendeur, qui détient pour l'essentiel la quasi-totalité des éléments de preuve nécessaires à la manifestation de la vérité, l'égalité des armes ne saurait nous être d'une quelconque utilité. En effet, bien qu'elle s'intéresse à la question de la preuve, elle se contente d'assurer le respect d'une certaine égalité que ce soit dans l'accès ou dans l'administration de la preuve. Son application n'a donc pas vraiment d'incidence, comme le conclut Madame BERGEAUX¹⁵⁰¹, sur le droit de la preuve et ne peut donc permettre la production forcée des preuves. Ensuite, cette « inégalité » a été considérablement compensée par l'instauration, au civil, d'un allègement de la charge de la preuve. Les importants pouvoirs dont bénéficie l'accusation en procédure pénale ne sauraient parallèlement nous permettre de faire état d'une inégalité en ce qui concerne la voie pénale.

545. Le droit à la preuve justifié par l'exigence d'effectivité. Aussi, l'exigence d'effectivité comme fondement de la reconnaissance du droit à la preuve suffirait-elle à autoriser de nouvelles améliorations en matière de preuve au profit du plaignant ? Cette exigence a certes toujours été au cœur des préoccupations des juges communautaires, comme en témoigne l'arrêt *von Colson et Kamann* qui rappelle la nécessité de bénéficier d'un recours effectif, dissuasif et proportionné. Elle implique, selon eux, que les Etats prennent des mesures suffisamment efficaces pour atteindre l'objectif visé par les directives¹⁵⁰². Cette fois encore, si l'effectivité a notamment commandé l'instauration d'un aménagement de la charge de la preuve, elle ne saurait cependant aller au-delà. Cette affirmation trouve confirmation dans la position exprimée par les juges de la CJUE dans certains arrêts relatifs à cette question.

Ainsi, était-ce le cas de l'affaire *Galina Meister* où la Cour était confrontée à la question de

¹⁵⁰¹ BERGEAUX A., *op. cit.*, p. 124 et s.

¹⁵⁰² CJCE, *von Colson et Kamann*, *préc.*

savoir comment un candidat à l'embauche dont la candidature avait été rejetée allait pouvoir faire valoir son droit, alors même que celui ne bénéficie d'aucune information quant à la procédure, ni d'aucun motif de rejet¹⁵⁰³. La question est intéressante car nous nous situons bien dans une des hypothèses où le plaignant ne dispose d'aucun élément de preuve – celle-ci étant détenue par la partie adverse – et pour laquelle l'impact de l'allègement de la charge de la preuve peut s'avérer, selon le cas d'espèce, somme toute limité. Les conclusions de l'avocat général sont sans appel. Il rappelle que le libellé des articles 8 §1 de la directive 2000/43, §1 de la directive 2000/43 et 19§1 de la directive 2006/54 « ne fait à aucun moment explicitement référence à un droit d'accès aux informations détenues par la personne "soupçonnée" d'avoir discriminé »¹⁵⁰⁴. Ses arguments s'appuient en substance sur la solution dégagée antérieurement par l'arrêt *Kelly* aux termes duquel, la Cour rappelle que « l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80 doit être interprété en ce sens qu'il ne prévoit pas le droit pour un candidat à une formation professionnelle, (...) d'accéder à des informations détenues par l'organisateur de cette formation (...) afin qu'il soit en mesure d'établir des "faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte" »¹⁵⁰⁵.

546. L'application d'un droit à la preuve paraît donc trop incertaine pour soutenir la cause du plaignant en matière de discrimination. Ce constat ne peut cependant être généralisé, il existe quelques exceptions qui favorisent son application.

2) *L'existence d'exceptions favorisant l'application d'un droit à la preuve*

547. Le droit d'accès aux documents. Outre l'existence d'un allègement de la charge de la preuve, certains auteurs soulèvent que l'évolution de la valorisation d'un droit d'accès à la

¹⁵⁰³ CJUE, 19 avr. 2012, *Galina Meister c/ Speech Design Carrier Systems GmbH*, Aff. C-415/10, Rec. 2010: dans cette affaire, Mme Meister avait fait l'objet d'un rejet de sa candidature d'embauche. Celle-ci avait alors demandé à la société de produire le dossier du candidat recruté. La Cour, estimant qu'elle ne rapportait pas des éléments suffisants permettant de présumer d'une discrimination, avait par conséquent rejeté sa demande d'indemnisation.

¹⁵⁰⁴ Conclusions de l'avocat général MENGOZZI P. présentées le 12 janv. 2012, Aff. C-415/10, point n° 21.

¹⁵⁰⁵ CJUE, 21 juill. 2011, *Patrick Kelly contre National University of Ireland (University College, Dublin)*, Aff. C-104/10, Rec. 2011, point n° 34

preuve est l'un des principaux défis de la mise en œuvre du droit à la non-discrimination¹⁵⁰⁶. Cette évolution passerait par le recours plus systématique aux mesures d'instructions prévues par le Code de procédure civile et permettant d'accéder directement à certaines preuves utiles à la manifestation de la vérité.

Si la jurisprudence *Kelly* ne semble pas permettre au premier abord une telle évolution, il convient néanmoins de nuancer l'apparente rigidité de cette solution. Dans ce même arrêt, la Cour reconnaît que si les directives n'autorisent pas un droit d'accès à certains documents détenus par le discriminant, elle précise que « toutefois, il ne saurait être exclu qu'un refus d'information de la part d'une partie défenderesse, dans le cadre de l'établissement de tels faits, puisse risquer de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, et ainsi priver notamment l'article 4, paragraphe 1, de celle-ci de son effet utile. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal »¹⁵⁰⁷. Dès lors, si la Cour rejette en principe l'existence d'un droit à la communication de documents, elle précise néanmoins que si la juridiction constate que le refus d'accès aux documents opposé au plaignant a pour conséquence de priver d'effet utile l'application des directives, une dérogation serait alors envisageable.

548. Le droit d'accès aux documents et les prérogatives du juge civil. La procédure civile offre de telles prérogatives au juge civil. Ce dernier peut ainsi enjoindre la partie ou un tiers à communiquer les pièces nécessaires à la manifestation de la vérité¹⁵⁰⁸, ou également recourir à des mesures d'instruction destinées à prouver les faits dont dépend le litige¹⁵⁰⁹. De telles mesures d'instruction peuvent même être prises *in futurum*, c'est-à-dire dans le cas où il importe « de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait

¹⁵⁰⁶ LATRAVERSE S., *Le droit d'accès à la preuve, loc. cit.*, p. 2.

¹⁵⁰⁷ CJUE, *Patrick Kelly, préc.*, point n° 39.

¹⁵⁰⁸ *C. proc. civ.*, art. 11 et 133. Cette faculté est également offerte aux parties s'agissant de la procédure pénale à l'article 82-1, à la différence qu'elle n'autorise que la production forcée des pièces détenues par une des parties.

¹⁵⁰⁹ *C. proc. civ.*, art. 143. Cela peut couvrir notamment, et particulièrement en ce qui concerne la discrimination, la comparution de l'une ou de toutes les parties (*C. proc. civ.*, art. 188) ou l'ouverture d'une enquête à l'occasion de laquelle l'audition de témoins sera possible (*C. proc. civ.*, art. 204 et s.) Des mesures telles que le recours à un technicien (*C. proc. civ.*, art. 249 et s.) ou à une expertise ne semblent pas avoir grand intérêt pour la question des discriminations.

dépendre la solution d'un litige »¹⁵¹⁰. Mais, il convient néanmoins de rester vigilant à l'égard de ces prérogatives. Ainsi, en ce qui concerne la production forcée, si le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire de recourir à une telle mesure, les conditions sont appréciées de manière restrictive¹⁵¹¹. Parallèlement, s'agissant des mesures d'instruction, celles-ci ne peuvent être prises « que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver »¹⁵¹². Son alinéa 2 précise, quant à lui, qu'elles ne peuvent être ordonnées « en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ».

Par conséquent, compte tenu de ces tempéraments, mais aussi de l'existence de l'allègement de la charge de la preuve, seules des hypothèses strictement délimitées, où il apparaît que le plaignant se trouve dans une situation quasiment irrémédiable qui le place dans l'impossibilité concrète de rapporter la preuve des faits dont il a été victime, devrait autoriser le juge à adopter ce genre de mesure. Néanmoins, nous savons qu'à cet effet, le juge prud'homal dispose de pouvoirs plus larges relativement à la recherche de la preuve.

549. Une pratique encore insuffisante. Le recours au juge pour faciliter la production des preuves d'une discrimination est une perspective qui, à notre sens, est nécessaire mais qui n'est pas encore suffisamment pratiquée. Certaines dispositions légales ouvrent néanmoins cette voie. Il en va notamment ainsi de l'article L. 1134-1 du Code du travail qui prévoit, en présence d'une discrimination, que le juge forme sa conviction après avoir

¹⁵¹⁰ C. proc. civ., art. 145. Ces mesures d'instruction préventives, que nous retrouvons essentiellement en droit de la famille (ARCAUTE M.-J., *Le référé probatoire dans le droit de la filiation*, Droit de la famille 1999, p. 4), pourraient notamment permettre d'avoir recours de façon préventive à un huissier afin de constater des comportements discriminatoires. Face à un employeur, il peut permettre d'obtenir de manière préventive la communication du registre unique du personnel ou de l'intégralité des bulletins de salarié du salarié ou d'un ensemble de salariés, particulièrement en cas de disparités de rémunérations. L'antériorité de la constitution de ces preuves, avant tout litige au fond, permet notamment de convaincre l'employeur à la nécessité de régulariser la situation discriminatoire au plus vite.

¹⁵¹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 28 fév. 1978, Bull. civ. III, n° 103. V. également LAGARDE X., *loc. cit.*, n° 9.

¹⁵¹² V. dans le même sens : BOULMIER D., qui constatant l'interprétation restrictive de l'article 146-2 du nouveau Code de procédure civile, souligne que « si selon cet article le juge ne peut effectivement suppléer une partie dans sa carence de production de preuve, ce n'est pas pour autant qu'elle ne soit pas responsable de cette carence » : *Preuve et instance prud'homale. A la recherche d'un procès équitable*, Thèse Orléans, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit social, T. 37, 2002, p. 154.

ordonné, au besoin, toutes mesures d'instruction utiles¹⁵¹³. De même plus généralement, au stade de la conciliation, le bureau de conciliation peut ordonner, en vertu de l'article R. 516-18 du Code du travail, « la délivrance (...) de toutes pièces que l'employeur est tenu légalement de délivrer »¹⁵¹⁴ ou « toutes mesures d'instruction, même d'office »¹⁵¹⁵ ou « toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves »¹⁵¹⁶. Pourtant, certains auteurs ont pu démontrer que de telles prérogatives, même en matière prud'homale, étaient largement inutilisées.

La tâche incombe, pour l'essentiel, au juge et il aurait été possible de lui éviter un tel travail, notamment dans certaines discriminations commises dans l'emploi. La loi suédoise contre les discriminations s'est tournée, quant à elle, vers l'instauration d'obligations de transparence à la charge de l'employeur. Le dispositif prévoit ainsi qu'en cas de refus d'embauche, de promotion ou de demande de formation, le salarié dispose du droit de demander à l'employeur la communication des informations sur les diplômes et sur le parcours professionnel du candidat retenu¹⁵¹⁷. Cette solution que le droit français n'a pas adoptée car elle susceptible de porter directement atteinte au pouvoir de direction de l'employeur, présente néanmoins l'avantage de la simplicité.

550. Il subsistera, par conséquent, toujours des difficultés relatives à la preuve des discriminations, ce malgré l'instauration d'un allègement de la charge de la preuve, tant que ne sera pas reconnu un véritable droit d'accès à la preuve en matière de discrimination. Ce droit n'étant, pour l'heure, que très éphémère, la voie pénale n'est donc pas, quoi que l'on en dise, un terrain plus impropre à la preuve d'un comportement discriminatoire qu'un autre.

¹⁵¹³ Cet article qui prévoit l'allègement de la charge de la preuve applicable au demandeur prévoit en effet que « le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

¹⁵¹⁴ Al. 2.

¹⁵¹⁵ Al. 4.

¹⁵¹⁶ Al. 5.

¹⁵¹⁷ *Diskrimineringslag*, SFS 2008 : 567 du 5 juin 2008.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

551. *Constats.* Conscients des difficultés relatives à la preuve, une considérable évolution du régime de la preuve civile des discriminations est apparue au cours de ces dernières années. Cette évolution est, pour beaucoup, synonyme de la progression du traitement civil des discriminations, au détriment du traitement répressif. Cette dialectique binaire n'est pas entièrement fondée. Le respect de la présomption d'innocence ne légitime pas le recours à un régime similaire. Pourtant, le juge pénal n'est pas resté indifférent à cette problématique. Il use des moyens qui sont les siens pour apprécier le plus justement possible la réalité discriminatoire ; il s'inspire de méthodes de preuve civiles, qu'il transpose en sa matière. Paradoxalement, la question de l'administration de la preuve est restée en suspend, alors même que les améliorations existantes en matière de charge de la preuve sont tributaires de la faculté des parties à recueillir des éléments de preuve. Cette fois encore, le juge pénal a tenté de remédier à ces difficultés, sans qu'il nous soit véritablement possible de mesurer l'impact d'une telle action.

552. *Préconisations.* L'enjeu actuel de la lutte contre les discriminations porte sur l'administration de la preuve. Au pénal, tout d'abord, le plaignant doit convaincre pour espérer voir les poursuites être engagées. Face à l'isolement dans lequel il est placé, l'administration dépend intrinsèquement de l'accompagnement de ce plaignant dans la recherche de la preuve. L'action doit être stratégique pour être efficace. Parallèlement, il convient pour les autorités d'enquête et de poursuite de ne pas faire preuve d'une trop grande rigueur dans le traitement des plaintes qui leur sont soumis.

Au niveau de la voie civile, ensuite, un changement de dialectique à l'égard de la preuve doit être opéré. Dans la conception civiliste française, le juge n'intervient que très peu dans la recherche de la preuve. Loin de faire d'une exception un principe, il importe que dans des cas strictement limités, le juge aille au soutien de la victime pour favoriser l'administration de cette preuve. L'absence totale de transparence de certaines décisions discriminatoires place le défendeur en situation de force. En présence d'iniquités flagrantes, il est du devoir du juge, pour restaurer la justice, de rééquilibrer les forces en présence.

Chapitre 2 :

La responsabilité pénale en matière de discrimination

553. Si entendue de manière large, la sanction se définit comme « tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation », elle renvoie dans un sens restreint à la « peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction »¹⁵¹⁸. Mais la notion de sanction peut aussi revêtir un sens plus intermédiaire et c'est ainsi qu'Emile DURKHEIM, en partant du constat que toute règle de droit est sanctionnée, distingue la sanction qui consiste en une douleur de celle qui consiste dans la remise des choses en état¹⁵¹⁹. La sanction pénale doit être de ce fait mise en parallèle avec toutes les sanctions réparatrices appliquées dans le contentieux des discriminations. Néanmoins, ce serait une erreur que d'envisager ces sanctions d'un point de vue strictement quantitatif, puisque la qualité ou la portée d'une sanction ne se résume en aucune manière au nombre de sanctions prononcées.

La sanction peut tout d'abord être envisagée du point de vue de son fondement, c'est-à-dire de sa raison d'être, ou encore de ses objectifs qui renvoient alors au rôle idéal que celle-ci poursuit¹⁵²⁰. Seule la fonction de la sanction présente à nos yeux un intérêt concret, puisqu'elle nous permet de l'envisager en considération du rôle effectivement rempli¹⁵²¹

¹⁵¹⁸ V. les différentes définitions de la sanction proposées par BARRIERE L.-A., *Propos introductifs in Association des Doctorants et Jeunes Docteurs en Droit de l'Université Jean Moulin, Lyon 3, La sanction*, Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, Colloque du 27 nov. 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, 2007, p. 13.

¹⁵¹⁹ « Les unes consistent essentiellement dans une douleur, ou, tout au moins, dans une diminution infligée à l'agent ; elles ont pour objet de l'atteindre dans sa fortune, ou dans son honneur, ou dans sa vie, ou dans sa liberté, de le priver de quelque chose dont il jouit. On dit qu'elles sont répressives ; c'est le cas du droit pénal (...). Quant à l'autre sorte, elle n'implique pas nécessairement une souffrance de l'agent mais constitue seulement dans la remise des choses en état, dans le rétablissement des rapports troublés sous leur forme normale » : DURKHEIM E., *op. cit.*, p. 33-34.

¹⁵²⁰ Nous reprenons les distinctions et les définitions de VAN de KERCHOVE M., *Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie*, CNAF Informations sociales 2005/7, n° 127, p. 22.

¹⁵²¹ Les fonctions de la peine se distinguent, selon VAN de KERCHOVE M., des effets de la peine car ces derniers « se concrétisent dans un ensemble de conséquences effectivement engendrées, mais qui ont un caractère non intentionnel, ou accessoire, voire manifestement indésirable », alors que la fonction « se réfère à un rôle caractéristique et essentiel de la peine », *ibid.*, p. 24.

(Section 1). Mais la sanction doit aussi nécessairement être confrontée à la question de son effectivité, car l'on ne saurait se contenter de simples constats. La démarche ne consiste plus de savoir comment la discrimination est sanctionnée, mais davantage s'il est possible de « sanctionner autrement »¹⁵²² (Section 2).

Section 1 – Les fonctions de la sanction pénale de discrimination

554. C'est bien parce que la peine est le principal outil de la politique criminelle que, comme le souligne Madame le Professeur PONCELA, la philosophie de la peine doit nécessairement être entrevue à travers ses fonctions¹⁵²³. Il convient donc de partir d'une définition des différentes fonctions que l'on rattache à la sanction - particulièrement à la sanction pénale - (§1) puis d'apprécier de manière globale, dans quelle mesure il peut être recouru à cette sanction pénale dans les cas de discrimination (§2).

§ 1 - Les fonctions classiques de la sanction pénale

555. C'est à travers l'incessante recherche de ce qui constitue le fondement du droit de punir, que sont nées les différentes théories pénales relatives aux fonctions de la peine. S'il est communément admis que la sanction doit nécessairement répondre à un principe de justice mais aussi d'utilité¹⁵²⁴, les conséquences attachées à ce principe ont toujours fait l'objet de divergences. Selon une première théorie, la commission d'un crime ou d'un délit fait naître à la charge de l'individu une dette qui ne s'efface que par la restitution (A). La doctrine utilitariste, rejetant pour l'essentiel la pertinence des arguments avancés à cet égard

¹⁵²² Pour reprendre les propres propos que DELMAS-MARTY M. tenait à propos du recours quasi-automatique à la sanction pénale dans la politique criminelle : DELMAS-MARTY M., *Sanctionner autrement*, Arch. de pol. crim., 1984, n° 7, p. 50.

¹⁵²³ PONCELA P., *Droit de la peine*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis - Droit privé, 2001, p. 49.

¹⁵²⁴ Pour reprendre la formule consacrée par ORTOLAN J. « ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile » : *Eléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, T1, 4^{ème} éd., Paris : Plon, 1875, p. 93.

prend le parti pour une sanction pénale aux vertus essentiellement préventives (B)¹⁵²⁵.

A) La fonction rétributive et la théorie de la justice absolue

556. La punition, comme rétablissement de la justice. La fonction punitive de la sanction pénale est inhérente au droit pénal. Classiquement, une partie de la doctrine a longtemps envisagé la peine comme symbole du châtement que doit nécessairement subir le criminel en réponse à ses actes. La théorie, selon laquelle la peine a nécessairement une fonction rétributive, trouve son origine dans la philosophie kantienne¹⁵²⁶. Elle part d'un axiome principal selon lequel, en dehors du recours à la punition, il n'existerait aucun autre moyen d'effacer le mal causé et donc de rétablir la justice¹⁵²⁷. Mais, cette punition, qui doit nécessairement prendre la forme d'une peine, n'est juste qu'à partir du moment où elle respecte un strict principe d'équivalence : à la gravité de la faute doit répondre la sévérité de la peine, sans qu'une quelconque atténuation ne puisse être envisagée¹⁵²⁸. La peine a dans cette perspective le caractère d'une sanction collective, c'est-à-dire d'une sanction prononcée au nom de la défense de la société, de son intérêt général et pour laquelle la question de la victime n'est absolument pas centrale.

557. Le critère du mérite comme justification de la peine. Les théories rétributives

¹⁵²⁵ Cette présentation des fonctions de la sanction reste très sommaire et c'est la raison pour laquelle certains auteurs ont rattaché d'autres buts à cette sanction pénale, à savoir l'amendement du délinquant, la défense de la société, la capacité d'intimidation, la satisfaction donnée à la victime etc. : PLAWSKI S., *Droit pénitentiaire*, Villeneuve d'Ascq : Publications de l'Université de Lille III, 1977, p. 38. Pour autant, si ces buts doivent être nécessairement évoqués, il nous semble que, d'une certaine manière, ils se rattachent soit à la finalité restitutive, soit à la finalité préventive de la sanction. Aussi, afin de simplifier notre présentation, nous avons préféré ne conserver que les deux principales finalités de la sanction pénale que nous retrouvons classiquement en doctrine. Nous reprendrons ces différents buts lors des développements consacrés à ces deux fonctions.

¹⁵²⁶ V. à ce sujet, CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Droit fondamental - Classiques, 2006, p. 444, n° 242.

¹⁵²⁷ PIRES A., Kant face à la justice criminelle in DEBUYST C., DIGNEFFE F., PIRES A., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, T. 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, Montréal : Presses de l'université de Montréal, Ottawa : Presses de l'université d'Ottawa, Bruxelles : De Boeck université, 1998, Coll. Perspectives criminologiques, 1998, p. 145.

¹⁵²⁸ Il prend comme référence principale la loi du talion : « seule la loi du talion (jus talionis) (...) peut fournir avec précision la qualité et la quantité de la peine ; toutes les autres sont chancelantes et ne peuvent, en raison des considérations étrangères qui s'y mêlent, s'accorder avec la sentence de la pure et stricte justice » : KANT E., *Métaphysique des mœurs, première partie : doctrine du droit*, 5^{ème} éd., Paris : J. Vrin., Coll. Bibliothèque des textes philosophiques, traduction PHILONENKO A., 1993, p. 215.

s'appuient essentiellement sur l'idée de mérite comme justification du droit de punir. Aussi, l'éventualité, selon laquelle la peine puisse avoir un caractère préventif, se situe en totale opposition avec la philosophie kantienne, qui considère que cela reviendrait à admettre que l'homme n'est alors plus qu'un simple moyen et non une fin. Le recours à la peine est légitimé par l'idée de mérite, c'est-à-dire qu'en sanctionnant le délinquant, celui-ci n'a que ce qu'il méritait¹⁵²⁹. Ceci renvoie directement à l'argument selon lequel en commettant son forfait, le délinquant aurait une dette à l'égard de la société qui ne saurait être annulée autrement que par la peine. Dans la philosophie kantienne, cette obligation morale se situe au fondement du droit de punir et la perspective même, que la peine permette d'une certaine manière de causer le bien, est en totale contradiction avec le respect de cette obligation. Pour autant, le principal écueil des théories rétributives porte sur leur incapacité à réellement justifier ce droit de punir, c'est-à-dire qu'elles admettent toutes que l'équivalence¹⁵³⁰ commanderait ou permettrait de punir le coupable sans forcément en délimiter l'intérêt concret¹⁵³¹. Nécessairement, la sanction se réalise alors à travers d'autres fonctions, capables de compléter ce premier aspect rétributif. Il en va ainsi de sa fonction préventive.

B) La fonction préventive et la théorie pénale de l'utilitarisme

558. Définition de la fonction préventive par Jeremy BENTHAM. Si la fonction rétributive de la peine a longtemps prévalu durant l'Ancien Régime, le postulat selon lequel la peine devait davantage permettre de prévenir la commission de crimes ou de délits plutôt que de les punir, changea progressivement la dialectique de la peine¹⁵³². Cette conception de la peine est principalement développée par la doctrine utilitariste parmi laquelle nous retrouvons BECCARIA et BENTHAM. Pour eux, la peine permettrait uniquement d'assurer la tranquillité et la sûreté publique par la menace qu'elle ferait planer aux contrevenants

¹⁵²⁹ Ce qui met la théorie rétributive en opposition avec la théorie utilitariste de la peine selon laquelle il est possible d'affliger un mal si cela procure un plus grand bien au plus grand nombre.

¹⁵³⁰ La notion d'équivalence est au cœur des réflexions menées autour de la peine : V. à ce sujet PONCELA P., *Introduction à une approche philosophique de la sanction*, Arch. pol. crim. 1984, n° 7, p. 53.

¹⁵³¹ C'est ainsi l'une des principales critiques qu'oppose BEBIN X. aux théories rétributives : *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, Paris : l'Harmattan, Coll. Logiques politiques, 2006, p. 65 et s.

¹⁵³² TULKENS Fr. et van de KERCHOVE M., *op. cit.*, p. 14 et s.

potentiels. « Le but des châtiments ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables »¹⁵³³. BENTHAM part d'une conception utilitariste, dont la finalité première porte sur la recherche du plus grand bonheur du plus grand nombre¹⁵³⁴. Il lui importe de délimiter toutes les applications nécessaires à la réalisation de cette finalité.

Dans cette perspective, il insiste particulièrement sur la fonction préventive que doit revêtir la peine et qui se décline à deux égards. La peine aurait ainsi une fonction de prévention générale, plus communément admise sous le terme d'intimidation, tout autant qu'elle aurait une fonction de prévention particulière, par l'effet neutralisant qu'elle produirait sur le délinquant. Elle devrait ainsi avoir la capacité d'empêcher l'individu de réitérer son forfait à l'avenir et donc d'écarter toute tentative de récidive.

559. Analogie de la peine. Si la fonction préventive est communément admise dans la doctrine utilitariste, la question reste de savoir de quelle manière cette finalité peut être efficacement recherchée. BECCARIA retient d'abord le principe de l'analogie de la peine car « elle frappe l'imagination et produit, dans l'esprit des gens, une association plus vive entre le délit et la peine, ce qui est considéré à la fois comme salutaire et plus efficace pour la dissuasion »¹⁵³⁵. Parallèlement, ses penseurs développent l'idée que la peine doit être modérée, car le fait de prononcer une peine, dont les effets vont au-delà du mal causé par le criminel, n'a aucune utilité. La modération de la peine implique que celle-ci ne soit ni trop faible – car dans ce cas elle ne serait plus dissuasive – ni trop élevée, sinon elle ne serait plus

¹⁵³³ BECCARIA C., *Des délits et des peines*, Paris : Flammarion, Coll. GF Flammarion, traduit par CHEVALLIER M., 1991, p. 87.

¹⁵³⁴ De manière générale, la conception utilitariste de BENTHAM lui sert de point de départ pour envisager le droit dans son ensemble même si la sanction y revêt un caractère central. L'homme étant nécessairement un être égoïste qui poursuit son propre intérêt, l'action du gouvernement doit tendre à rendre cet intérêt utilisable à une fin collective. Dans cette perspective, l'ensemble des décisions et des jugements doivent être guidés par la recherche du plus grand bonheur et le gouvernement doit assurer ce bonheur du plus grand nombre : V. à ce sujet : LAVAL C., *Jeremy Bentham et le gouvernement des intérêts*, Revue du Mauss 2006/1, n° 27, p. 289. BENTHAM respecte une logique très arithmétique en cherchant à agir directement sur les déterminants des comportements humains : V. à ce sujet TUSSEAU G., *Jeremy Bentham et les droits de l'homme : un réexamen*, RTDH 2002, p. 407.

¹⁵³⁵ DEBUYST C., DIGNEFFE F., PIRES A. P., *op. cit.*, p. 165. Il doit s'agir d'une analogie dans la nature de la peine eu égard au forfait commis : BECCARIA C., *op. cit.*, p. 110.

juste¹⁵³⁶. L'application de ces postulats s'appuie notamment sur d'autres principes préalablement développés par BECCARIA et BENTHAM. Ainsi, la peine n'est utile qu'à partir du moment où celle-ci est à la fois prompte et certaine. De même, la sanction ne peut remplir sa fonction en présence d'une quelconque possibilité d'impunité à l'égard du délinquant. C'est toute la question de l'application du droit, pour laquelle nous rappellerons que l'effet dissuasif de la peine ne peut uniquement résider dans son existence abstraite mais bien dans son prononcé réel.

560. Certitude de la peine. La certitude de la peine est une notion centrale des nombreuses études criminologiques portant sur la mesure de l'efficacité de la sanction pénale¹⁵³⁷, car elle se situe à la base de la théorie de la dissuasion. La prévention générale renvoie à l'idée d'une menace abstraite qui se concrétise par des condamnations, dont la valeur exemplaire incitera les individus à ne pas commettre de tels forfaits. La dissuasion est alors produite par le seul effet de la menace du mal infligé¹⁵³⁸. Quant à la certitude, elle renvoie à la probabilité d'être puni, cette dernière se mesurant par le pourcentage des délits effectivement punis.

La théorie de la dissuasion part du postulat que la fréquence de ces délits ou crimes varie en sens inverse de la certitude de la peine et de sa sévérité¹⁵³⁹. Les résultats de ces recherches nous intéressent à partir du moment où la mesure de cette efficacité fait ressortir un certain nombre de critères de validité pour lesquels le caractère dissuasif de la sanction pénale peut être constaté. La relation causale qui existerait notamment entre la certitude de la peine et son effet dissuasif a justifié que l'on distingue la *certitude objective*, qui s'apparente à la probabilité d'être effectivement puni, de la *certitude subjective* qui est relative, quant à elle,

¹⁵³⁶ « Pour qu'une peine soit juste, elle ne doit avoir que le degré de rigueur suffisant pour détourner du crime », *ibid*, p. 129. La peine doit alors coûter un tout petit peu plus cher que ce que rapporte le délit pour provoquer l'effet dissuasif escompté.

¹⁵³⁷ V. pour une présentation des différents points sur lesquels la fonction d'intimidation de la peine a porté : GASSIN R., CIMAMONTI S. et BONFILS Ph., *op. cit.*, p. 712 et s.,

¹⁵³⁸ V. sur cette distinction : PICCA G., La menace de la sanction est-elle dissuasive pour le délinquant ? in BORN M., KEFER F. et LEMAITRE A. (dir.), *Une criminologie de la tradition à l'innovation : en hommage à Georges Kellens*, Bruxelles : Larcier, 2006, p. 433.

¹⁵³⁹ CUSSON M., *Dissuasion, justice et communication pénale*, Institut pour la Justice, Etudes et analyses, mai 2010, n° 9, p. 3.

à la croyance dans le risque d'être arrêtés et condamnés¹⁵⁴⁰. Bien que les conclusions de ces différentes études ne soient pas unanimement partagées¹⁵⁴¹ et qu'un certain nombre d'auteurs n'hésitent pas à rappeler les nombreuses limites propres à la théorie de la dissuasion¹⁵⁴², certains font état d'une corrélation existante entre la certitude de la peine et son effet dissuasif.

Dans les hypothèses où l'effet dissuasif a pu être constaté, certains facteurs ont eu une influence directe sur la propension de la sanction à intimider le délinquant. Le premier critère porte sur la visibilité directe des contrôles policiers menés en ce qui concerne certaines catégories d'infraction¹⁵⁴³. Le second, sur les caractéristiques de la situation dans laquelle se trouve le délinquant - appelée aussi dissuasion situationnelle - et ayant une influence déterminante sur sa perception des risques encourus¹⁵⁴⁴. Au final, il convient d'admettre que plus le délinquant se sent contrôlé, plus la menace de la peine provoque un effet dissuasif.

561. Si d'un point de vue théorique, la peine a en partage une fonction rétributive et préventive, les peines prononcées en matière de délit de discrimination peuvent être considérées comme effectives ou non au regard de leur capacité à respecter les fonctions qu'elles poursuivent d'un point de vue théorique. Il convient donc de s'intéresser aux peines applicables aux cas de discrimination.

¹⁵⁴⁰ GASSIN R., CIMAMONTI S. et BONFILS Ph., p. 715, n° 809.

¹⁵⁴¹ V. notamment pour une critique, ROBERT P., *La question pénale*, 1^{ère} éd. Paris-Genève : Droz, Coll. Travaux de droit, d'économie, de sciences politiques, de sociologie et d'anthropologie, 1984, p. 181-182. Mais nous noterons que ces critiques ne valent qu'en ce qui concerne les premiers travaux menés en la matière par ANDEANES, ZIMRING et HAWKINS.

¹⁵⁴² Il en va ainsi du rôle joué par le processus de socialisation qui suffirait à lui seul à empêcher la commission du crime chez de nombreuses personnes. De même, il convient d'exclure la dissuasion en ce qui concerne les actes à caractère impulsif ou pour certaines catégories de délinquants dits anormaux. : V. à ce sujet, Commission de réforme du droit du Canada, *La crainte du châtement : la dissuasion*, Canada-Ottawa : Ministère Approvisionnement et Services Canada, 1976, p. 23 et s.

¹⁵⁴³ Ainsi, en va-t-il des contrôles routiers de la vitesse et de l'état d'ébriété où la visibilité de l'action policière a directement impacté sur le taux de commission de ces infractions : v. CUSSON M., *loc. cit.*, p. 4.

¹⁵⁴⁴ *Ibid*, p. 7.

§ 2 - Le recours à la sanction pénale dans les cas de discrimination

562. La nécessité de lutter plus activement contre la persistance des discriminations s'est globalement accompagnée d'une aggravation des sanctions pénales (A). La sanction pénale n'est pourtant pas susceptible de constituer un mode de sanction classique des discriminations, et c'est la raison pour laquelle elle est progressivement remise en question au profit du recours à d'autres modes alternatifs de sanction (B).

A) Une évolution vers l'aggravation des sanctions pénales

563. L'aggravation des sanctions pénales s'observe tant au niveau des sanctions encourues (1) que des sanctions prononcées (2).

1) Les peines encourues

564. Sanctions pénales. A s'en tenir strictement aux peines encourues au titre de l'infraction de discrimination, il est évident que le législateur a particulièrement appuyé le caractère rétributif des peines encourues¹⁵⁴⁵. Le quantum est considérable, puisque la peine principale peut aller de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende pour le simple particulier personne physique¹⁵⁴⁶, à 225 000 euros d'amende pour la personne morale¹⁵⁴⁷ et cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende en ce qui concerne les dépositaires de l'autorité publique. Il existe de surcroît un certain nombre de peines complémentaires.

Les infractions spéciales de discrimination, prévues aux articles L. 2146-1 du Code du travail s'agissant de la discrimination syndicale et L. 1146-1 du Code du travail, en ce qui concerne la discrimination sexuelle encourent des peines moindres allant d'un an d'emprisonnement et/ou 3750 euros d'amende, portées à 7500 euros d'amende en cas de

¹⁵⁴⁵ V. pour une présentation complète des peines encourues au titre de l'infraction de discrimination, le tableau en annexe n° 5.

¹⁵⁴⁶ Elle passe à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende quand l'infraction est commise dans un lieu susceptible d'accueillir du public.

¹⁵⁴⁷ Cette peine est portée à 375 000 euros d'amende en présence de circonstances aggravantes : *C. pén.*, art 131-38.

récidive.

565. *Sanctions civiles.* Le droit du travail a mis en œuvre, quant à lui, un panel de sanctions particulièrement variées. La sanction classique reste, bien évidemment, l'octroi de dommages et intérêts réparant la totalité du préjudice subi, mais elle peut être complétée par d'autres dispositions propres à dissuader l'employeur à la réitération de son comportement. L'article L. 1132-4 du Code du travail prévoit ainsi la nullité du licenciement prononcé à l'encontre du salarié lorsqu'il est établi que ce licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse avec possibilité de réintégration de plein droit du salarié. Cette nullité vaut également à l'égard des sanctions prises à l'encontre du salarié¹⁵⁴⁸. A défaut, ce dernier conserve toujours la possibilité de se voir octroyer une indemnité conséquente, qui compensera d'une certaine mesure le préjudice subi¹⁵⁴⁹. Enfin, l'employeur peut être également condamné à rembourser les indemnités de chômage payées au salarié, qui ont été prises en charge par l'organisme compétent. D'autres mesures plus spécifiques ont été prévues en ce qui concerne l'avancement de carrière, où la sanction attrait directement à l'obligation de reclassement du salarié.

2) *Les peines prononcées*

566. *Le constat de l'insuffisance de la sanction pénale.* Si « le droit ne se résume pas à l'administration de la sanction (...) juridiquement et moralement, s'impose généralement la nécessité et le désir de l'action juste »¹⁵⁵⁰. Le droit s'apprécie bien plus souvent à l'égard des peines prononcées car son efficacité est plus palpable plutôt qu'en considération des peines encourues. En étudiant notre panel de décisions judiciaires rendues au niveau du contentieux répressif¹⁵⁵¹, il apparaît que moins de 50% des recours judiciaires aboutissent à une

¹⁵⁴⁸ *C. trav.*, art. L. 1134-4.

¹⁵⁴⁹ L'article L. 1134-4 prévoit qu'en cas de refus de réintégration, le salarié pourra bénéficier d'une indemnité ne pouvant être inférieure au salaire des six derniers mois, ainsi qu'une indemnité correspondante à l'indemnité de licenciement prévue par l'article L. 1234-9 du Code du travail ou par la convention, par l'accord collectif applicable ou par le contrat de travail.

¹⁵⁵⁰ KREMER MARIETTI A., Les fondements philosophiques du droit pénal, in Centre universitaire de recherches administratives et politiques (Amiens), CHEVALLIER J. et al., *Le droit en procès*, Paris : PUF, Coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1983, p. 107.

¹⁵⁵¹ V. *supra* n° 9.

condamnation¹⁵⁵². Le faible nombre des peines prononcées est d'autant plus problématique que le contentieux répressif des discriminations est lui-même assez faible. De même, la faiblesse des peines prononcées conforte considérablement l'opinion selon laquelle la sanction pénale des discriminations est largement insuffisante dans le traitement de ce type de comportement. Ainsi, seule une très faible partie de ces condamnations a donné lieu à des peines d'emprisonnement allant d'un mois à six mois d'emprisonnement avec sursis¹⁵⁵³. En réalité, une majeure partie des poursuites pour discrimination conduisent à la condamnation de leurs auteurs à des peines d'amende allant de 250 euros à plus de 10 000 euros¹⁵⁵⁴.

567. *Relativité de l'insuffisance de la sanction pénale.* Pourtant, il importe de relativiser la sévérité de ces critiques. La faiblesse des peines prononcées n'est pas significative d'un désintérêt porté à l'égard de l'infraction de discrimination, pas plus que d'une minimisation de la gravité du comportement discriminatoire. Si l'on analyse précisément les quanta des peines à l'égard des circonstances de l'affaire, la façon d'entrevoir la sanction est considérablement différente.

Ainsi, en dehors de quelques cas isolés, où la peine prononcée apparaît quelque peu contestable¹⁵⁵⁵, nous observons une progression significative de la gravité des peines prononcées depuis ces trente dernières années. Ceci signifie que, dans l'échelle des valeurs moralement protégées, les juges sont moins enclins à faire preuve de tolérance à l'égard des comportements discriminatoires¹⁵⁵⁶ et ce, particulièrement depuis le début des années 2000. Si les premiers cas de discrimination traités au pénal ne donnaient lieu qu'à des peines symboliques allant de 1000 francs à 10 000 francs d'amende, les juges ont dorénavant davantage recours à des peines d'amende plus considérables¹⁵⁵⁷ ainsi qu'à des peines

¹⁵⁵² V. l'étude en annexe n° 6 sur le traitement pénal des discriminations qui cible 188 décisions rendues sur trente années de contentieux pénal des discriminations.

¹⁵⁵³ Soit 7 condamnations référencées jusqu'à 2010.

¹⁵⁵⁴ Respectivement, 27 condamnations dont l'amende est inférieure à un montant de 2500 euros, 16 condamnations dont l'amende varie entre 2500 euros et 10000 euros et 9 condamnations dont l'amende est supérieure à 10 000 euros, *ibid.*, p. 47.

¹⁵⁵⁵ V. notamment, CA Paris, 19 sept. 1996, n° 96-02569 ; CA Aix-en-Provence, 17 sept. 2007, n° 1151/2007.

¹⁵⁵⁶ Certains arrêts précisent d'ailleurs que la sanction a vocation à donner un avertissement : CA Nouméa, 1^{er} juin 1999, Juris-data n° 1999-044270.

¹⁵⁵⁷ Selon un auteur, elles se situeraient en moyenne entre 1000 euros et 3000 euros d'amende : FORTIS E., *Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités*, AJ Pén. 2008, p. 303. Bien qu'il existe encore des peines de faible ampleur, une partie considérable des peines les plus

d'emprisonnement allant jusqu'à sept mois d'emprisonnement avec sursis¹⁵⁵⁸.

Ces changements s'expliquent en grande partie par une façon désormais différente d'entrevoir la discrimination. D'une certaine manière, tout se passe comme si depuis ces dernières années, une véritable prise de conscience quant à la nécessité de combattre vigoureusement les comportements discriminatoires s'était opérée. Ainsi pour des faits de gravité similaire, les juges ont considérablement diminué leur degré de tolérance. En effet, ce qui à une certaine époque pouvait être excusable, compte tenu de l'absence d'animosité particulière du prévenu ou de sa méconnaissance du caractère délictuel des faits, ne l'est plus aujourd'hui¹⁵⁵⁹. Non seulement, la possibilité d'être condamné à une faible amende alors même que les faits sont pleinement assumés n'est plus envisageable¹⁵⁶⁰, mais encore la prise en compte de circonstances atténuantes pour l'individualisation de la peine est une pratique moins courante¹⁵⁶¹.

Parallèlement, la question de la réparation du préjudice subi qui, quand elle n'était pas éludée, était le plus souvent envisagée de façon symbolique, fait progressivement son apparition dans les cas où la condamnation du prévenu a été possible. Il arrive, en effet, que cette réparation soit largement supérieure au montant de l'amende¹⁵⁶². Les peines prononcées

élevées ont été prononcées depuis le début des années 2000. V. Cass. crim., 25 juin 2002, n° 01-84.339, statuant sur la décision de la Cour d'appel qui avait prononcé en plus d'une peine d'emprisonnement une peine d'amende de 20 000 francs - Cass. crim., 17 déc. 2002, n° 01-85.650, *préc.* : concernant la décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui avait retenu une peine de 100 000 francs d'amende.

¹⁵⁵⁸ La majorité des peines d'emprisonnement comptabilisées a été prononcée depuis le début des années 2000.

¹⁵⁵⁹ V. par exemple, CA Paris, 4 juill. 2008, n° 07/10394, Juris-data n° 2008-371830.

¹⁵⁶⁰ Comp. CA Angers, 8 nov. 1994, Juris-data n° 1994-051202 ; CA Bordeaux, 20 nov. 1999, Juris-data n° 1999-050684 ; CA Paris, 20 mars 1997, Juris-data n° 1997-020640 dont les condamnations à l'égard de prévenus ayant pleinement assumé leurs convictions discriminatoires portaient sur une amende de 5000 francs à CA Aix-en-Provence, 11 janv. 1999, Juris-data n° 1999-041250 ; CA Montpellier, 17 févr. 2000, n° 99/01324 (bien que la Cour d'appel infirme le jugement considérant que les faits ne pouvaient pas rentrer dans la matérialité de l'article 225-3 du Code pénal) ; CA Paris, 9 févr. 2001, Juris-data n° 2001-143697 qui retient une peine d'emprisonnement avec sursis ; CA Paris, 20 févr. 2002, Juris-data n° 2002-180792 ; Cass. crim., 17 déc. 2002, *préc.* ; CA Paris, 7 juin 2004, Juris-data n° 2004-253423 ; TGI Rouen, 30 mai 2003 mais infirmé en appel par CA Rouen, 21 juin 2004, Juris-data n° 2004-258089 ; CA Paris, 6 juin 2006, Juris-data n° 2006-314105.

¹⁵⁶¹ Comp. CA Paris, 4 février 1998, *préc.* où l'existence de difficultés particulières rencontrées par un établissement avait conduit la Cour d'appel à assortir sa peine d'un sursis relativement à des cas de discrimination raciale ; CA Paris, 26 avril 2000, *préc.* à CA Grenoble, 12 juin 2002, *préc.* ; CA Nîmes, 22 nov. 2002, *préc.* ; CA d'Agen, 15 déc. 2005, *préc.* ; CA Amiens, 7 mars 2005, *préc.*.

¹⁵⁶² Certaines réparations sont même allées jusqu'à 20 000 euros de dommages-intérêts : V. CA Paris, 16 juin 2008, Juris-data n° 2008-365803 ; Cass. crim., 25 juin 2002, n° 01-84.339, *préc.* : s'agissant d'une affaire de

sont donc, à quelques exceptions près, rarement rétributives mais dans une majeure partie des cas dissuasives et réparatrices. Les peines d'emprisonnement sont souvent réservées à des cas de discrimination particulièrement graves soit au regard du comportement du prévenu, soit parce qu'il s'agit de discriminations raciales ou religieuses. La peine n'est donc pas nécessairement élevée, mais doit être dans tous les cas suffisamment dissuasive pour éduquer et contraindre l'individu à ne pas réitérer son comportement.

568. La sanction pénale ne peut donc échapper à toute critique faisant état de son insuffisance dans la répression des discriminations, tant au regard du nombre que de l'échelle de la peine prononcée. Si nous observons néanmoins un certain nombre d'améliorations en la matière, il n'en demeure pas moins, qu'eu égard à ces insuffisances, le recours à la sanction pénale a été progressivement écarté pour favoriser l'utilisation d'autres modes de sanction.

B) Une remise en question du recours à la sanction pénale

569. Il est aujourd'hui parfaitement admis que les fonctions classiquement assignées à la sanction pénale peuvent être, dans une certaine mesure, tout aussi bien réalisées par l'utilisation d'autres modes de sanctions (1). La sanction pénale évolue donc dans un contexte qui ne lui est plus nécessairement favorable, puisque la place dévolue à la sanction civile est de plus en plus prépondérante (2).

1) Les contradictions relatives aux fonctions assignées à chaque sanction

570. Sanction et politique criminelle. Il serait inadapté d'envisager les peines encourues, abstraction faite de la politique criminelle qui les met en œuvre car les axes de cette politique, selon certains, produisent nécessairement des effets concrets sur les peines qu'il convient de fixer relativement à un délit ou à un crime. L'appréciation n'est pourtant pas exempte de toute difficulté, car nous savons qu'une politique criminelle peut mettre en

discrimination syndicale ayant conduit à la condamnation de l'employeur au versement de 50 000 francs de dommages-intérêts au plaignant et 10 000 francs à la fédération française des syndicats.

œuvre cumulativement ou alternativement un certain nombre de sanctions¹⁵⁶³ – qui ne sont pas nécessairement des sanctions pénales – pour lutter efficacement contre un type de délinquance¹⁵⁶⁴. Madame le Professeur DELMAS-MARTY considère ainsi que la politique criminelle ne peut être uniquement centrée autour de cette fonction punitive et qu’il suffit, dans les domaines de la criminalité les moins graves, de se contenter du recours alternatif à la sanction civile ou administrative¹⁵⁶⁵.

Parallèlement, nous savons que si la fonction a longtemps été utilisée comme un critère de définition de la sanction, certains auteurs dénoncent l’insuffisance d’un tel critère¹⁵⁶⁶. La raison en est, qu’il n’existe plus aujourd’hui de frontière immuable entre la sanction répressive, la sanction civile et la sanction administrative¹⁵⁶⁷. La sanction répressive n’est donc pas forcément rétributive, tout comme la sanction civile n’est plus nécessairement réparatrice¹⁵⁶⁸. *In fine*, toute peine n’est jamais uniquement rétributive puisqu’elle varie selon le but final que nous lui assignons¹⁵⁶⁹. Il n’existe pas d’obligation à recourir à une seule et même catégorie de sanction pour lutter contre un certain type de délit, pas plus qu’il n’existe une seule et même catégorie de sanction allouée à la poursuite d’une finalité.

¹⁵⁶³ Partant du constat que la sanction peut avoir un caractère répressif ou réparateur, il aurait été tentant qu’en se référant au droit pénal, nous utilisions le terme de peine. Cela étant, comme le souligne un auteur, la peine est une notion particulièrement difficile à définir et c’est la raison pour laquelle nous préférons utiliser celle de sanction répressive, quand nous envisageons les sanctions imposées par le droit pénal ; celle de sanction civile, quand celle-ci revêt une dimension civile : v. THIERRY J.-B., *loc. cit.*, p. 65.

¹⁵⁶⁴ DELMAS-MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, *op. cit.*, p. 61 et s.

¹⁵⁶⁵ DELMAS-MARTY M. et MINGXUAN G., *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, T. V Bilan comparatif et propositions, Paris : La maison des sciences de l’homme, Coll. Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal, 1997, p. 103.

¹⁵⁶⁶ de GRAEVE L., La notion de sanction pénale en droit interne, in *La sanction*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁵⁶⁷ Nous faisons ici référence à la sanction administrative dans la mesure où une partie des sanctions prononcées par le Défenseur des droits entre dans la catégorie des sanctions administratives.

¹⁵⁶⁸ VAN de KERCHOVE M. et OST F. font état des difficultés de différenciation existantes entre ces différentes catégories de sanctions. Ils notent ainsi que le critère relatif à la nature des intérêts protégés n’est aujourd’hui plus valable : « outre le fait qu’un certain nombre de sanctions civiles, telles que les nullités absolues (...) assurent la protection d’un intérêt public, on peut estimer, inversement, que la sanction pénale tend, de plus en plus souvent, à assurer, au moins pour une large part, la protection d’intérêts privés ». Le critère de la finalité ne serait, quant à lui, plus non plus décisif, étant entendu qu’« il est incontestable que certaines sanctions civiles remplissent, à des degrés divers, une fonction à la fois répressive et dissuasive, tandis que certaines sanctions pénales sont susceptibles de remplir une fonction réparatrice » : *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, Coll. Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Collection générale, 2002, p. 241 et s.

¹⁵⁶⁹ Il conviendrait donc de distinguer, selon PLAWSKI S., finalités et but de la peine. Il note ainsi qu’« il serait faux de prétendre que la peine n’a aucun caractère rétributif, car le caractère rétributif est de sa nature. Mais, si la politique criminelle assigne comme but principal l’amendement du délinquant, le caractère éducatif et curatif domine le caractère rétributif », *op. cit.*, p. 42.

571. Les confusions existantes entre les différentes sanctions. De telles constatations ne sont pas exemptes d'inconvénients. Elles sont même propices à l'apparition de confusions dans l'utilisation des sanctions. La lutte contre les discriminations ne fait pas exception à cette règle, car la difficulté de sanctionner pénalement ce délit, tout comme la nécessité de ne pas laisser les victimes sans réponse, ont considérablement changé la dialectique de la sanction. Le glissement progressif de la sanction des discriminations vers une logique de régulation ou de consensus que marque l'instauration de la HALDE puis du Défenseur des Droits contribue nettement à la mise à l'écart de la sanction pénale.

Pourtant, si la banalisation des discriminations¹⁵⁷⁰ et l'absence de gravité suffisante, observée dans une importante partie de ces comportements, n'autorisent pas le recours systématique à la sanction pénale, son délaissement pour des raisons d'efficacité juridique est une dérive peu acceptable. Cette conception tend à renforcer la banalisation du comportement, alors même qu'il convient nécessairement de différencier ce qui relève de la rupture d'égalité de ce qui relève de l'atteinte à la dignité humaine. Or, la dynamique associée à la fonction régulatrice de la sanction des discriminations est toute autre. Comme le souligne Madame le Professeur CALVES, il s'agit d'une approche « négociée et incitative » qui insiste particulièrement sur le gâchis économique que présente la discrimination¹⁵⁷¹. Il s'agit d'anticiper la sanction pénale en allant directement à la rencontre de discriminants potentiels et de les engager dans une démarche correctrice de leur comportement.

572. Des confusions propices à la critique. La démarche est pertinente aussi longtemps qu'elle accompagne la répression de la discrimination, mais beaucoup moins quand elle s'y substitue. Le rattachement de la norme pénale à la protection de la dignité n'est pas anodin ; le délaissement de la sanction pénale floute considérablement la façon dont doivent être entrevues les discriminations. Monsieur DETRAZ ne manque pas de faire état de ces contradictions : « si l'on peut admettre que des organes administratifs indépendants

¹⁵⁷⁰ La banalisation des discriminations renvoie, selon nous, au fait qu'il existe toute une catégorie de comportements « courants » qu'il est possible de considérer, au regard de la définition posée par la loi du 27 mai 2008, comme discriminatoires. Ils ne sauraient, en tout état de cause, être constitutifs d'une discrimination du point de vue pénal.

¹⁵⁷¹ CALVES G., *loc. cit.*, p. 42.

concurrentent ou dédoublent les juridictions pénales pour réprimer la transgression de règles techniques dénuées de valeur morale directe, n'y a-t-il pas au contraire quelque contradiction, d'une part, à établir la compétence du Défenseur des droits (...) pour connaître d'infractions (les discriminations) que la loi elle-même considère comme attentatoires à la dignité humaine et, d'autre part, à permettre que la sanction de tels actes opère par voie de transaction et soit principalement de nature pécuniaire ? »¹⁵⁷².

La question de la réparation de la victime est donc devenue quasiment centrale, celle de l'intérêt général quasiment subsidiaire, ce qui contribue à restreindre la sanction à des considérations pécuniaires que la sanction pénale ne remplit bien évidemment que partiellement. Nous sommes tombés dans l'excès inverse au nom duquel il importe plus d'apporter une réponse coûte que coûte, nonobstant le risque que cette dernière puisse ne pas être adaptée voire insuffisante.

573. Il n'est alors guère étonnant que le contentieux des discriminations ait laissé, dans de telles circonstances, une place prépondérante à la sanction civile.

2) *Une place prépondérante accordée à la sanction civile*

574. La sanction et la question du droit à un recours effectif. La fonction de la sanction n'est pas indifférente à la question du droit à un recours effectif dans les cas de discrimination. Dans l'affaire *von Colson*, la CJCE rappelle que si les directives n'imposent pas le recours à un type particulier de sanction, elle doit être « de nature à assurer une protection juridictionnelle effective et efficace. Elle doit en outre avoir à l'égard de l'employeur un effet dissuasif réel »¹⁵⁷³. La CJCE ne rejette donc aucun type de sanction particulier, mais considère qu'on ne saurait valablement parler de sanction qu'à partir du moment où celle-ci est effective et dissuasive. Pour que la sanction remplisse ces critères, il existe un certain nombre de variables à prendre en considération, parmi lesquelles nous retiendrons notamment : la réparation du préjudice subi par la victime présente ou future, qu'elle soit concernée directement ou indirectement, la capacité de la sanction à dissuader le

¹⁵⁷² DETRAZ S., *Le Défenseur des droits*, loc. cit, p. 14.

¹⁵⁷³ CJCE, *Sabine von Colson et Elisabeth Kaman c. Land Nordrhein-Westfalen*, préc.

délinquant à réitérer son comportement et à dissuader les velléités potentielles d'autres personnes, et enfin la capacité de l'organe ou du tribunal en question à prononcer des sanctions efficaces et dissuasives¹⁵⁷⁴. D'une certaine manière, la CJCE se contente de rappeler les différentes fonctions inhérentes à la sanction pénale, pour les généraliser comme conditions de validité d'une sanction prononcée dans les cas de discrimination.

575. Effet dissuasif de la sanction civile. En ce qui concerne le critère de la dissuasion, nous avons souligné précédemment que la visibilité de la réaction, ainsi que l'appréciation du risque encouru, étaient des variables qui influençaient l'aspect dissuasif d'une sanction¹⁵⁷⁵. Concrètement, il faut d'abord que la sanction, à s'en tenir à la thèse de la rationalité de l'individu, présente un coût supérieur à l'avantage escompté¹⁵⁷⁶. Or, l'importance de ces variables place la sanction pénale dans une position de net désavantage par rapport à la sanction civile. Comme le soulignent de nombreux criminologues, ce n'est pas tant la sévérité de la peine que le degré de probabilité de condamnation qui importe. Or, si la sanction pénale connaît un accroissement progressif de la gravité de ces sanctions, la probabilité d'être condamné au civil est plus forte que celle d'être sanctionné au pénal.

De surcroît, ces sanctions portent bien souvent sur un montant tel que la sanction civile présente un aspect punitif¹⁵⁷⁷. La doctrine parle alors de dommages-intérêts punitifs. C'est tout du moins à travers le recours à des sanctions pécuniaires particulièrement élevées, et donc dissuasives, que l'*affirmative action* a été développée aux Etats-Unis. Ces *class actions*¹⁵⁷⁸, qui constituent un mode de sanction commun aux Etats-Unis, ont permis de sanctionner de grandes entreprises en allouant des dommages-intérêts se chiffrant en millions de dollars. L'utilisation des *class actions* dans le système français est, compte tenu d'un certain nombre

¹⁵⁷⁴ Nous reprenons en partie les variables exposées par COHEN B, *loc. cit.*, p. 19.

¹⁵⁷⁵ V. *supra* n° 558 et s.

¹⁵⁷⁶ Ces coûts sont définis par le montant de la sanction pondérés par la probabilité d'être condamné : CUSSON M., *Pourquoi punir ?* Paris : Dalloz, Coll. Criminologie et droits de l'homme, 1987, p. 39.

¹⁵⁷⁷ Par exemple, certains cas de discrimination syndicale ont justifié la condamnation de l'employeur à 75 000 euros de dommages-intérêts et en moyenne 1500 euros au titre du préjudice moral : V. par exemple, CA Nîmes, 14 sept. 2010, n° 09/00235 ; CA Paris 30 août 2011, n° 09/02962 ; CA Orléans, 29 janv. 2009, n° 08/02834.

¹⁵⁷⁸ La class action est un recours collectif qui permet aux différents réclamants de mutualiser les risques financiers que ce soit en termes de coût de procédure ou de dénouement en leur défaveur. L'avantage est alors de favoriser l'action de personnes qui, individuellement, n'auraient pas engagé un recours judiciaire : LIKILLIMBA G.-A., *Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements*, RTD com. 2009, p. 1.

d'incompatibilités juridiques¹⁵⁷⁹, limitée à des cas strictement encadrés et ne peut donc concerner les affaires de discriminations.

Aujourd'hui, le débat a néanmoins été relancé compte tenu des nombreux avantages que présente une telle action. Face à son efficacité dissuasive, le garde des sceaux a mené les premières démarches en vue de l'introduction d'une *class action* à la française¹⁵⁸⁰. Il s'agirait dans une telle perspective d'offrir enfin à de nombreuses victimes, la possibilité d'engager une action collective, à moindre coût, mais qui permettrait parallèlement d'obtenir réparation du préjudice subi. L'aspect collectif de la *class action* présente également un intérêt dans la collecte des éléments de preuve et, face aux difficultés rencontrées dans le traitement des discriminations à l'embauche, une telle action semble être un mode de résolution intéressant. Cette proposition est cependant loin d'être acquise, étant entendu que la *class action* à la française devrait être limitée aux associations de consommateurs¹⁵⁸¹.

576. Effet dissuasif des sanctions prononcées par le Défenseur des Droits. Les sanctions, que le Défenseur des Droits est susceptible de prononcer, s'inscrivent en partie dans cette même logique de dissuasion. Le caractère public de certaines décisions telles que la recommandation ou l'adoption d'un rapport spécial¹⁵⁸², répond à une finalité dissuasive et préventive¹⁵⁸³. La médiation peut dans une certaine mesure être tout autant dissuasive, moins au regard de la publicité de cette mesure puisque celle-ci est privée, mais en considération du montant alloué à la victime. Elle offre la perspective d'une réparation conséquente résultant de l'accord amiable qui sera passé entre les parties.

¹⁵⁷⁹ L'intégration des *class action* en France pose un certain nombre de difficultés parmi lesquelles figurent notamment la question de l'intérêt à agir, le respect du contradictoire, la relativité de la chose jugée : V. à ce sujet : MAINGUY D., *A propos de l'introduction de la class action en droit français*, D. 2005, Point de vue, p. 1282 ; *Une class action à la française ?* D. 2005, p. 2180. Nécessairement, ces actions n'existent que dans une certaine mesure, c'est-à-dire en ce qui concerne l'action menée par certains groupements tels que les associations ou les syndicats.

¹⁵⁸⁰ DAMGE M., *Les « class action » peuvent avoir un effet dissuasif*, Le Monde, 22 juin 2012.

¹⁵⁸¹ ALBERTINI D., *Les consommateurs français auront leur « class actions »*, Libération, 22 juin 2012.

¹⁵⁸² L'établissement d'un rapport spécial a lieu quand une injonction du Défenseur des droits, prise à l'encontre de la personne mise en cause, n'a pas été suivie d'effet : Loi n° 2011-333 du 29 mars 2011, art. 25.

¹⁵⁸³ Notons que de telles mesures apparaissent aussi dans le cas d'une transaction proposée par le Défenseur des Droits puisque celui-ci consiste dans l'affichage d'un communiqué, dans les lieux qu'elle précise, la transmission, pour information, d'un communiqué au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel, la diffusion d'un communiqué, par son insertion au Journal officiel ou dans une ou plusieurs autres publications de presse et enfin, l'obligation de publier la décision au sein de l'entreprise : Loi n° 2011-333, *préc.*, art. 28.

Mais de telles sanctions n'ont, pour autant, qu'un rôle subsidiaire et les directives sont d'ailleurs très explicites à ce sujet : la sanction adoptée par le Défenseur des Droits ne saurait empêcher le plaignant de s'en satisfaire et de se retourner vers l'autorité judiciaire¹⁵⁸⁴. En effet, s'il importe de dédramatiser la résolution de certains types de discrimination, qui doivent être en priorité traités en dehors du juge¹⁵⁸⁵, les discriminations les plus graves doivent faire l'objet de poursuites engagées par la justice pénale. Or, ce constat n'est plus vrai depuis l'apparition du pouvoir transactionnel de la HALDE. Il subsiste toujours un risque, que sous prétexte de célérité, voire de facilité, le recours à l'amende transactionnelle, qui peut aller de 3000 euros à 15 000 euros pour les personnes morales, soit privilégié¹⁵⁸⁶. Ceci est d'autant plus vrai que de telles amendes se situent dans la fourchette des peines prononcées par la justice pénale. Reste que si nous gagnons en quantité d'affaires traitées, il n'est pas certain que cette tendance concorde avec les objectifs et l'état d'esprit qui sous-tendaient la création du Défenseur des Droits.

577. Il n'est donc, en définitive, pas totalement exact d'affirmer que c'est en raison de la faible application des normes pénales sanctionnant la discrimination, que la sanction pénale n'est plus un mode de sanction commun des discriminations. Il est vrai que compte tenu de sa faible utilisation, la sanction pénale ne répond pas aux critères de dissuasion et d'effectivité exigés par le droit à un recours effectif. Aujourd'hui, nous nous confrontons à un paradoxe qui veut que la sanction pénale constitue un symbole de lutte contre les discriminations, protectrice d'une « valeur-source »¹⁵⁸⁷, mais qui, en raison de son incapacité à devenir un mode de résolution courant des cas de discrimination, justifie le recours à d'autres modes de sanction. Ce paradoxe est apparent, car s'il est vrai que la récurrence des

¹⁵⁸⁴ Ainsi, si nous reprenons, par exemple, l'article 6 de la directive n° 76/207/CEE, celui-ci dispose que « les Etats membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement (...) de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle, après, éventuellement recours à d'autres instances compétentes ».

¹⁵⁸⁵ Cela rejoint dans une certaine mesure le système des community board, né sous la doctrine de HULSMAN L., qui recommandait de ne pas nécessairement trop s'appuyer sur le droit pénal pour laisser place à un système de résolution moins contentieuse des conflits comme la médiation : V. à ce sujet : PRADEL J., *Histoire des doctrines pénales*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Que sais-je ?, 1991, p. 117.

¹⁵⁸⁶ Entre 2006 et 2008, un auteur faisait état de 48 amendes transactionnelles versées se situant entre 100 et 15 000 euros d'amende : AMEGADJIE F., *loc. cit.*, p. 308.

¹⁵⁸⁷ Pour reprendre l'expression utilisée par COEURET A. et FORTIS E.: *La place du droit pénal dans le droit du travail*, RSC 2000, p. 25.

discriminations est certaine, toutes n'appellent pas et ne doivent pas appeler le recours à la sanction pénale. C'est pour cette unique raison que la problématique justifie le traitement par la régulation plutôt que par la sanction. Il ne s'agit pas pour autant de substituer l'un à l'autre, car l'un sans l'autre, nous ne saurions avoir de résultats pérennes. Il est donc fondamental que soit bien respectée la coexistence de la régulation et de la sanction, ce qui n'est pas forcément le cas, en l'état actuel, du traitement des discriminations¹⁵⁸⁸.

578. Parallèlement, il serait regrettable que, sous prétexte de l'existence d'autres modes de sanction, nous nous contentions d'une telle situation. Il importe que la sanction pénale gagne en efficacité, ce qui nous amène à envisager la question des facteurs qui seraient susceptibles de contribuer à cette efficacité.

Section 2 – Les facteurs d'amélioration de l'efficacité de la sanction

579. « L'efficacité suppose une sanction pénale adaptée au type de criminalité que l'on poursuit »¹⁵⁸⁹. L'enjeu actuel du droit pénal de la lutte contre les discriminations n'est pas nécessairement de sanctionner plus mais surtout de sanctionner mieux. Il existe, à l'heure actuelle, deux vecteurs qui sont à notre sens insuffisamment exploités, et qui permettraient d'assurer une plus grande efficacité à la sanction pénale. En premier lieu, il convient de garder à l'idée que la discrimination est un comportement diffus, le résultat d'un processus parfois très abouti dont les risques de réitération sont omniprésents. Le choix des responsabilités pénales importe, il s'agit d'une question stratégique¹⁵⁹⁰. Or, le droit pénal met

¹⁵⁸⁸ On s'étonnera du nombre particulièrement bas de transactions effectuées par la HALDE puis par le Défenseur des Droits depuis sa mise en place. Il en va de même en ce qui concerne la transmission des réclamations, portant sur des faits constitutifs de discrimination, aux parquets. Il ne serait pas réaliste de prétendre que le nombre de discriminations, présentant une gravité suffisante pour être poursuivies devant les juridictions pénales, est en réalité aussi faible. Il est, au contraire probable, que le manque de moyens dont disposent la HALDE et actuellement le Défenseur des droits ne leur permet pas de traiter, avec toute l'attention requise, le nombre de réclamations dont ils sont saisis.

¹⁵⁸⁹ DELMAS-MARTY M. et MINGXUAN G., *op. cit.*, p. 103.

¹⁵⁹⁰ Pour HANOT D. cette même question se pose en ce qui concerne les pratiques de harcèlement. Il note que « le premier enjeu est qui sanctionner : l'auteur direct des faits où le système qui l'emploie » Les deux sont interactionnels puisque selon lui « il y a un enjeu social d'une aggravation, si la victime n'attaque pas d'abord l'auteur direct du harcèlement, avant que cela ne passe au système, en espace temps, en contentieux » : *op. cit.*, p. 12.

en œuvre des mécanismes de responsabilité particulièrement larges qu'il importe de ne pas négliger (§1). En second lieu, si l'aggravation des peines prononcées ne nous paraît pas être une priorité dans la sanction des discriminations, celle du choix de peines plus adaptées à la situation et à la personnalité du prévenu est, au contraire, une voie pérenne (§2).

§ 1 - La répartition des responsabilités pénales

580. La répartition des responsabilités pénales encourues du chef de discrimination suppose préalablement de déterminer quelles responsabilités pénales peuvent être engagées en présence d'un cas de discrimination (A). Bien souvent minimisé, l'engagement de la responsabilité pénale est, à notre sens, un atout dans la condamnation de faits de discrimination (B).

A) La détermination de la responsabilité pénale

581. La détermination de la responsabilité pénale part du postulat selon lequel « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »¹⁵⁹¹. La responsabilité pénale est une responsabilité personnelle, ce qui du point de vue des discriminations implique bien des conséquences (1) tout en imposant également des limites dans la poursuite de ce type de comportement (2).

1) L'exigence relative à une responsabilité du fait personnel

582. *L'imputation de la discrimination, un facteur de relaxe.* Si nous avons constaté qu'il existe, sur l'ensemble des décisions que nous avons étudiées, une partie considérable de relaxes, il n'est pas inintéressant de s'interroger sur leurs raisons intrinsèques. Approximativement, 47% des décisions ont abouti à une relaxe et ce nombre paraît d'autant plus considérable, que les décisions rendues en la matière ne sont pas nombreuses. Pour

¹⁵⁹¹ C. pén., art. 121-1.

autant, quoique l'on en pense, ce n'est pas nécessairement la preuve de l'intention discriminatoire qui constitue la cause sous-jacente de ces relaxes.

Deux autres facteurs ont une influence considérable sur le faible taux de sanctions prononcées dans les affaires de discrimination. Il est tout d'abord fréquent de rencontrer des problèmes manifestes de qualification des faits. Ceci résulte en grande partie du fait que les poursuites, du chef de discrimination, procèdent non pas d'une décision du procureur, mais de la partie civile les ayant engagées par voie de plainte avec constitution de partie civile¹⁵⁹². L'autre facteur, qu'il importe de retenir, porte sur la détermination et la répartition des responsabilités pénales qu'il convient de mettre en œuvre. Il arrive ainsi dans certaines affaires que le prévenu soit relaxé alors même que si initialement on avait déterminé avec plus précision les responsabilités pénales à mettre en œuvre, la solution aurait peut-être pris une tournure différente. La relaxe provient alors d'un problème d'imputation de l'infraction à la personne mise en cause.

583. *L'imputation du fait discriminatoire unique.* Les difficultés inhérentes à la détermination des personnes responsables d'un délit de discrimination correspondent en grande partie à la diversité des comportements discriminatoires, autrement dit au contexte dans lequel ils se développent. Il n'y a pas de modèle type de discrimination et dans le cas le plus simple la discrimination correspond à une initiative individuelle et parfois ponctuelle. Dans ce premier cas, la détermination de la personne responsable ne présente pas de difficulté principale.

584. *Imputation du fait discriminatoire multiple.* A l'inverse, certaines discriminations résultent d'une politique favorisant l'adoption de mesures discriminatoires et dans laquelle, vont intervenir différentes personnes. Comme les discriminations qui impliquent une participation, un cautionnement ou une adhésion de personne se situant dans un environnement proche du discriminant, et sans laquelle la commission du délit n'est pas

¹⁵⁹² V. par exemple : Cass. crim., 8 juin 1993, n° 92-82.749 ; Cass. crim., 18 oct. 1994, n° 93-83.529 ; CA Paris, 26 oct. 1995, n° 3692-95, Juris-data n° 1995-023405 ; Cass. crim., 11 janv. 1995, n° 94-82.337 ; Cass. crim., 23 juill. 1996, n° 95-85.714 ; Cass. crim., 5 nov. 1996, n° 96-81.582, CA Paris, 25 mars 1996, n° 96-81.582 ; Cass. crim., 9 nov. 1998, n° 97-84.137 ; Cass. crim., 29 avr. 1997, n° 96-83.365 ; Cass. crim., 24 mars 1998, n° 97-84.321, Bull. crim. 1998, n° 108, p. 281 ; Cass. crim., 22 oct. 2002, n° 02-83.017 ; CA Rouen, 15 oct. 2003, n° 03/00362, Juris-data n° 2003-247293.

possible, sont nombreuses la responsabilité peut alors être multiple. Si anciennement, le droit pénal spécial connaissait un certain nombre de restrictions en matière d'engagement de la responsabilité des personnes mises en cause¹⁵⁹³, elles ont progressivement disparu et la difficulté est dorénavant propre à la pratique. En théorie, le droit pénal offre des perspectives de poursuites considérablement larges qui permettent de sanctionner toute personne intervenant dans le processus discriminatoire. C'est du moins ce que sous-tend la philosophie même du droit pénal, dont la vocation propre n'est pas de réparer mais bien de réprimer, ce qui légitime une éventuelle addition des responsabilités, que nous ne rencontrons pas au niveau de la voie civile¹⁵⁹⁴.

La pratique est cependant tout autre car deux facteurs vont influencer l'aspect théorique de la responsabilité pénale. Outre le cas le plus classique où les poursuites engagées vont viser une seule personne physique, les affaires de discrimination peuvent mettre en cause une pluralité de personnes physiques ou une pluralité de personnes morale et physique, au moyen de la coaction ou de la complicité¹⁵⁹⁵. La principale difficulté est bien de cibler la personne à l'origine des consignes discriminatoires, c'est-à-dire de savoir s'il s'agit d'une initiative strictement personnelle¹⁵⁹⁶ ou si, au contraire, nous sommes en présence d'une politique discriminatoire de plus grande ampleur, qui supposera éventuellement de mettre en cause plusieurs personnes. Dans cette hypothèse, différents cas de figure sont envisageables.

La discrimination peut tout d'abord être favorisée par un tiers proche de l'auteur direct. La *discrimination favorisée* va correspondre à des hypothèses de complicité par aide ou

¹⁵⁹³ L'ancien article 416-1 du Code pénal réprimait ainsi le refus de fourniture de biens ou de services qu'à partir du moment où ce refus était de la propre initiative du mis en cause, même si celui-ci était exprimé par l'intermédiaire de son préposé. Il ne pouvait donc être responsable en présence d'une discrimination commise par le préposé agissant de sa propre initiative. V. pour une application : CA Bourges, 19 avr. 1990, Juris-data n° 1990-043144. De même, l'article 416-3 réprimait les discriminations commises dans le domaine du travail, que si celles-ci étaient commises par des personnes qui, de par leur fonction, étaient amenées à employer du personnel.

¹⁵⁹⁴ Comme le rappelle un auteur : « il n'est pas sûr que le droit pénal suive la même évolution, en raison peut-être d'ailleurs de sa finalité qui, contrairement à la responsabilité civile, n'est pas tournée vers la réparation, mais vers la répression. En effet, le principe directeur de la matière pénale en cas de pluralité de potentiels responsables pour une même infraction semble être celui de la répartition par addition » : ROUSSEAU F., *La répartition des responsabilités dans l'entreprise*, RSC 2011, p. 804.

¹⁵⁹⁵ V. par exemple : CA Paris, 17 oct. 2003, n° 03/0387; CA Nouméa, 30 nov. 1999, Juris-data n° 1999-129267.

¹⁵⁹⁶ Cass. crim., 14 nov. 1989, n° 88-81.817, Bull. crim. 1989, n° 416, p. 1007, Juris-data n° 1989-004192.

assistance. Bien que les hypothèses de complicité par l'aide ou l'assistance soient limitées dans les cas de discrimination, elles présentent un intérêt face à l'individu, qui tout en restant passif, a eu néanmoins un rôle déterminant dans la commission de l'infraction¹⁵⁹⁷. Tel pourrait être le cas du supérieur hiérarchique ou du responsable d'un salarié coupable de discrimination ayant volontairement cautionné une pratique, dont il avait pleinement connaissance, et au sujet de laquelle il a accepté de fermer les yeux¹⁵⁹⁸. Mais il peut aussi tout bonnement s'agir de la complicité du salarié qui, de son plein gré, assiste son employeur, en mettant en place une procédure de filtrage dans la sélection à l'embauche¹⁵⁹⁹. L'avantage de la *discrimination favorisée* est qu'elle permet de faire abstraction de la preuve d'une volonté discriminatoire, puisque le mécanisme de la complicité requiert que seule la connaissance de la volonté infractionnelle de l'auteur soit exigée. De même, nous savons qu'il n'est pas nécessaire, pour retenir la complicité, que l'auteur principal du délit soit poursuivi¹⁶⁰⁰.

La *discrimination* peut aussi être *provoquée* par un tiers dont on retiendra la complicité par provocation. Si l'article 121-7 du Code pénal relatif à la complicité énumère limitativement les différents actes susceptibles de constituer une provocation, l'acte discriminatoire ne devrait, en principe, porter que sur l'hypothèse de l'ordre ou de l'abus d'autorité. En effet, à l'inverse de la *discrimination favorisée*, la *discrimination provoquée* est celle d'une personne exerçant une influence ou ayant un lien hiérarchique à l'égard de l'auteur de l'infraction¹⁶⁰¹. C'est le cas typique de la politique discriminatoire initiée au niveau de la direction, celle-ci donnant pour consignes strictes à ces salariés de refuser telle ou telle candidature. Concrètement, cela conduira à la poursuite du salarié au principal et à celle de la personne morale ou de la personne physique de l'employeur au titre de complice. Mais, la difficulté

¹⁵⁹⁷ Nous rappellerons que si la jurisprudence ne retient pas la complicité en cas d'abstention du tiers, elle la retient à l'inverse dans des cas de passivité déterminante dans la commission de l'infraction : il en va ainsi de celui qui couvre l'infraction : Cass. crim., 25 févr. 2004, n° 03-81.173, Bull. crim. 2004, n° 53, p. 207.

¹⁵⁹⁸ Nous n'avons cependant aucun exemple de ce type de situation.

¹⁵⁹⁹ CA Paris, 17 octobre 2003, *préc.* ; v. aussi le cas de la responsable d'une agence qui opère une sélection des candidats faisant suite aux consignes des propriétaires : CA Paris, 4 juill. 2008, *préc.*

¹⁶⁰⁰ V. par exemple CA Paris, 4 juill. 2008, *préc.*

¹⁶⁰¹ C'est ainsi que dans les affaires où le dépositaire de l'autorité publique avait exercé son droit de préemption pour faire pression sur le propriétaire afin que celui-ci ne vende pas son bien à des personnes d'origine étrangère, l'unique possibilité de sanctionner un tel comportement aurait été de retenir la complicité par provocation du dépositaire de l'autorité publique :

consistera, dès lors, à prouver un acte de provocation qui n'est pas toujours nécessairement matérialisé¹⁶⁰².

585. En tout état de cause, la seule participation d'une personne à la commission du délit ne conduit pas nécessairement à l'engagement de sa responsabilité pénale. Le principe d'opportunité des poursuites autorise le procureur à choisir la ou les responsabilités qu'il conviendra d'engager¹⁶⁰³. Il existe pourtant des hypothèses où l'équité commanderait de sanctionner certaines personnes, intervenant de manière lointaine dans le processus discriminatoire, alors même que de telles sanctions ne sont juridiquement pas envisageables. Il s'agit des limites imposées par le principe de la responsabilité du fait personnel.

2) *Limites inhérentes à la responsabilité du fait personnel*

586. L'exclusion des poursuites à l'encontre de l'auteur médiateur. Il existe des cas où la discrimination est considérablement facilitée par l'environnement proche de son auteur, mais où sa poursuite s'avère impossible, que ce soit en ayant recours à la responsabilité pénale de la personne morale, à la complicité ou à la coaction. L'auteur est un auteur médiateur, c'est-à-dire qu'il « laisse commettre l'infraction, en raison d'une omission fautive, par une personne placée sous son autorité »¹⁶⁰⁴. L'influence exercée par l'auteur médiateur dans la commission d'une infraction se retrouve parfois dans certaines affaires de discrimination.

Ce fut notamment le cas d'une affaire dans laquelle avait été mise en cause le salarié d'une agence de location¹⁶⁰⁵. En l'espèce, l'agence, où elle était salariée, avait su développer une atmosphère environnante propice aux refus de gens de couleur se présentant pour la location des appartements dont elle était en charge. Cette politique ségrégationniste, largement induite par les propriétaires, avait été indirectement avalisée par les gestionnaires de l'agence, qui n'allaient donc pas à contrecourant des exigences de leur clientèle. Aucun des éléments constitutifs ne faisait défaut et pourtant il était impossible d'engager la

¹⁶⁰² V. pour une application : CA Paris, 6 juin 2006, n° 06/01411.

¹⁶⁰³ Rappelons ainsi qu'aux termes de l'article 121-2 al 3 « la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ».

¹⁶⁰⁴ DESPORTES F. et LE GUNEHÉC F., *op. cit.*, p. 494, n° 511-1.

¹⁶⁰⁵ CA Paris, 5 oct. 2005, n° 05/03789, Juris-data n° 2005-294577.

responsabilité de la personne morale puisque les conditions n'étaient pas remplies. La salariée fut jugée coupable du délit de discrimination mais, parce que l'équité le commandait, la personne morale fut déclarée civilement responsable, en qualité d'employeur de la salariée, au paiement des dommages-intérêts. Autrement dit, nul doute quant au fait qu'il y avait bien, dans cette agence, une politique discriminatoire à la sélection dont le salarié assumait l'entière responsabilité.

Cette affaire montre qu'il existe, sans doute, beaucoup de cas dans lesquels ni la complicité, ni la responsabilité de la personne morale, ne permettent de sanctionner ceux qui contribuent à la commission du délit. Même si les faits semblaient être couverts par la théorie de l'auteur médiateur, la sanction était juridiquement impossible puisque l'auteur médiateur ne peut être poursuivi qu'en présence de délit d'imprudence, ce qui ne peut donc concerner notre hypothèse.

587. La responsabilité du dirigeant du fait de son préposé, une alternative ? La discrimination n'échappe donc pas au constat que dans certains cas le préposé commet des infractions, pour lesquelles il y a bien évidemment une faute de négligence imputable à son dirigeant qui a manqué à son devoir de contrôle ou de surveillance¹⁶⁰⁶. Cela rejoint la théorie de la responsabilité des dirigeants du fait de leurs préposés, à la différence qu'une telle théorie ne peut s'envisager qu'en cas d'infractions non intentionnelles. On ne saurait, en effet, reprocher au dirigeant des faits qu'il n'a lui-même pas voulu.

Cette théorie a néanmoins été remise en cause par Monsieur le Professeur ROUSSEAU pour qui, certaines infractions intentionnelles, commises par le préposé mais favorisées par la négligence du dirigeant, devraient pouvoir être sanctionnées. Il propose une relecture du mécanisme d'imputation de la responsabilité pénale. Selon lui, il ne faudrait plus raisonner en termes d'imputation principale mais en termes d'imputation participative : « le dirigeant "emprunte" l'infraction commise par son préposé, la justification de cet emprunt reposant sur une défaillance dans l'exercice de ces pouvoirs »¹⁶⁰⁷. Le dirigeant serait alors l'auteur

¹⁶⁰⁶ Comme le note DREYER E., « dans une telle hypothèse, il n'y a donc pas responsabilité du fait d'autrui car le fait d'un salarié ne constitue que le révélateur, la condition préalable d'une infraction commise par le chef d'entreprise (défaut d'organisation sur le plan matériel et moral) », *Droit pénal général, op. cit.*, p. 600, n° 952.

¹⁶⁰⁷ ROUSSEAU F., *La répartition des responsabilités, loc. cit.*, p. 807.

d'un fait personnel de participation, ce qui autoriserait, pour certaines infractions et selon le contexte de sa commission, l'engagement de sa responsabilité. Cette théorie nous semble pertinente relativement à certains cas de discrimination pour des considérations d'équité. Il n'est pas juste qu'un employé, travaillant dans un univers propice aux discriminations, supporte à lui seul la responsabilité pénale de son délit, sans aucune mise en cause de ceux qui l'ont favorisé. Néanmoins, parce qu'il ne faut pas tomber dans l'excès de la répression à outrance, son utilisation devrait être circonscrite à des cas d'impunités flagrants de dirigeants dont la négligence est évidente.

588. La portée du principe de la responsabilité du fait personnel implique une certaine vigilance dans l'engagement de la responsabilité pénale des individus prévenus du chef de discrimination. La diffusion des pratiques discriminatoires ne rend pas la poursuite de l'ensemble des personnes qui ont contribué, d'une manière ou d'une autre, au processus discriminatoire, toujours aisée. Pour autant, l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales s'avère être, dans certains cas, un bon moyen de répartir plus équitablement cette responsabilité pénale.

B) La question de l'engagement de la responsabilité des personnes morales dans la répartition des responsabilités pénales

589. Intérêt des poursuites du chef de discrimination à l'encontre de la personne morale. La suppression du principe de spécialité¹⁶⁰⁸ n'a pas eu de grande incidence dans la poursuite de la personne morale puisque cette responsabilité avait déjà été prévue, relativement aux discriminations, par l'article 225-4 du Code pénal. La possibilité de poursuivre la personne morale répond à un véritable enjeu, en ce que la discrimination est souvent l'œuvre d'une politique laxiste ou volontariste, qui favorise un climat propice au développement de comportements discriminatoires. Cette dimension dépasse donc la personne physique seule, même en ayant recours à des mécanismes tels que la coaction ou la complicité. Il importe, dès lors, de pouvoir sanctionner directement la personne morale, si

¹⁶⁰⁸ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *préc.*, art. 54.

nous voulons donner à la répression toute son efficacité. Mais les difficultés sont aussi de taille, car l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale est soumis à un certain nombre de conditions.

590. Conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales.

Tout d'abord, pour mettre en cause la personne morale, il importe de démontrer préalablement que l'infraction a été commise pour le compte de la personne morale, ce qui exclut donc les hypothèses dans lesquelles l'infraction ne répond qu'à l'intérêt strictement personnel de son auteur. Ensuite, la responsabilité des personnes morales est par principe une responsabilité personnelle, autrement dit elle n'autorise pas la poursuite de la personne morale en cas d'infraction commise par autrui¹⁶⁰⁹. Cette responsabilité n'est susceptible d'être engagée que si l'infraction peut elle-même être imputée à la personne de ses organes ou représentants¹⁶¹⁰ puisque la personne morale, être désincarné, n'a de capacité d'action qu'à travers ceux qui la représentent.

Or, s'il est vrai que l'existence d'une politique discriminatoire favorise la commission du délit par un certain nombre d'individus, leur identification peut être difficile ; et quand la question de l'identification ne se pose pas, celle de l'existence de l'élément moral peut s'avérer être problématique. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que Monsieur le Professeur COEURET soit resté dubitatif face à l'extension de la responsabilité pénale à une infraction « qui suppose de la part de l'agent la commission d'un dol dont on discerne mal *a priori* en quoi il pourrait révéler ici une criminalité spécifique de la personne morale »¹⁶¹¹. En réalité, si certaines conditions de l'engagement de la responsabilité pénale se sont assouplies et offrent à la voie pénale un regain d'efficacité, d'autres limitent inutilement cette efficacité. Il convient donc d'envisager successivement la condition relative à la commission du délit par un organe ou un représentant (1) et celle relative à la commission du délit pour le compte de la personne morale (2).

¹⁶⁰⁹ Comme le rappelle l'article 121-1 du Code pénal qui dispose que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

¹⁶¹⁰ V. sur l'étendue des personnes physiques concernées : DELMAS MARTY M., *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales (1)*, Rev. sociétés, 1993, p. 301.

¹⁶¹¹ COEURET A., *La responsabilité en droit pénal du travail. Continuité et rupture*, RSC 1992, p. 475.

1) *Une infraction commise par un organe ou un représentant*

591. Enjeu de la distinction entre responsabilité directe et responsabilité par ricochet.

Cette condition n'est pas sans susciter de nombreuses divergences, qu'il s'agisse de la jurisprudence ou de la doctrine. La problématique est de savoir dans quelle mesure il convient d'apprécier la responsabilité de la personne morale, autrement dit, si nous sommes en présence d'une responsabilité directe de la personne morale ou d'une responsabilité indirecte¹⁶¹², qualifiée autrement de responsabilité par ricochet¹⁶¹³. L'enjeu se situe, comme le souligne un auteur, au niveau de la preuve de l'infraction¹⁶¹⁴. Dans le cas de la responsabilité par ricochet, la responsabilité de la personne morale n'est que le reflet de celle de la personne physique, si bien que l'infraction doit s'apprécier en tous ses éléments au niveau de cette dernière. La thèse d'une responsabilité directe, ou encore théorie de la faute distincte, supposerait, à l'inverse, que l'élément moral soit caractérisé au niveau de la personne morale¹⁶¹⁵.

592. L'atténuation de la condition relative à l'identification de l'organe ou du représentant. Initialement, la Cour de cassation avait une vision très réductrice de cette responsabilité pénale des personnes morales, qu'elle estimait devoir être appréciée au niveau de la seule personne physique¹⁶¹⁶. Cette position, maintes fois réaffirmée¹⁶¹⁷, n'a pas échappé aux nombreuses critiques faisant état de l'incohérence d'une telle solution¹⁶¹⁸ qui, en réduisant la répartition de la « responsabilité entre personnes physiques et morales à une

¹⁶¹² DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général, op. cit.*, p. 572, n° 600.

¹⁶¹³ ROBERT J.-H., *op. cit.*, p. 381 et s.

¹⁶¹⁴ SAINT-PAU J.-C., note ss. Cass. crim., 18 janv. 2000, n° 99-80.318, D. 2000, p. 636.

¹⁶¹⁵ Parmi les partisans de la thèse de la faute distincte, certains notent que « c'est au niveau de la commission matérielle du délit que les personnes physiques sont indispensables ; cela ne signifie pas que les personnes physiques doivent être également coupables. L'élément moral de l'infraction imputée à la personne morale reste propre à celle-ci » : DUCOULOUX-FAVARD C., *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, D. 1998, p. 395 ; LOMBOIS C., *Rapport de synthèse*, LPA 1993, n° 120, p. 48.

¹⁶¹⁶ Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85.484, Bull. crim. 1997, n° 408, p. 1350 ; D. 1999, p. 152, obs. ROUJOU DE BOUBEE G., *Juris-data* n° 1997-005349 ; RSC 1998, p. 536, note BOULOC B.

¹⁶¹⁷ V. aussi, Cass. crim. 18 janv. 2000, n° 99-80.318, Bull. crim. 2000, n° 28, p. 68 ; D. 2000, p. 636, note SAINT-PAU J.-C. ; RSC 2000, p. 816, obs. BOULOC B. où la responsabilité de la SNCF pour homicide involontaire n'avait pu être retenue à défaut d'avoir pu établir quels organes avaient commis des négligences.

¹⁶¹⁸ GIUDICELLI-DELAGE G. note qu'une telle solution revient, d'une certaine manière, à ne reconnaître dans la responsabilité de la personne morale qu'une responsabilité du fait d'autrui : comm. ss Cass. crim., 12 sept. 2000 et Cass. crim., 16 janv. 2001, RSC 2001, p. 824.

logique additive », limitait considérablement son intérêt et sa portée¹⁶¹⁹.

Pour autant, cette position a été progressivement revue dans des affaires où il avait été difficile d'identifier l'organe ou le représentant de la personne morale, c'est-à-dire la personne physique responsable du délit. En effet, certains arrêts¹⁶²⁰ ont retenu la responsabilité de la personne morale en dépit de l'identification de la personne physique. D'une certaine manière, comme le soutient Monsieur MARECHAL¹⁶²¹, le rejet de l'exigence relative à l'identification de la personne physique responsable revenait à considérer qu'il était dorénavant possible d'apprécier la responsabilité de la personne morale de manière totalement indépendante.

Cette solution, qui tend dorénavant à se généraliser, s'appuie sur une logique de représentation qui autorise à « se contenter d'une identification abstraite des organes ou représentants, notamment sur la base de présomptions »¹⁶²². Le recours à cette présomption a notamment été utilisé à l'occasion de l'arrêt du 25 juin 2008 par lequel, s'agissant d'une infraction intentionnelle, la Cour constate, qu'eu égard à la politique commerciale de l'entreprise, l'infraction ne peut avoir été commise pour le compte de la société que par ses organes ou ses représentants¹⁶²³. Cette solution, d'abord limitée au droit pénal des affaires, s'est étendue depuis et permet de couvrir aujourd'hui les cas d'homicides involontaires imputés à la personne morale¹⁶²⁴.

593. Justifications du recul de l'exigence relative à l'identification du représentant.

Mais, la mise en cause de la responsabilité n'est pas pour autant sans limite et c'est ainsi

¹⁶¹⁹ TRICOT J., *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français (I)*, RSC 2012, p. 19.

¹⁶²⁰ V. CA Paris, 7 mars 2008, n° 07/00204, Juris-data n° 2008-360860 - Cass. crim., 23 mai 2006, n° 05-84.846, Dr. pén. 2006, n° 10, p. 20, obs. ROBERT J.-H., VERON M. - Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.255 ; Bull. crim. 2006, n° 188, p. 669 ; Dr pén. 2006, n° 10, p. 20, obs. ROBERT J.-H., VERON M. - Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-80.800, Bull. crim. 2008, n° 6, p. 17 ; AJ Pén 2008, p. 189, obs. SAAS C. ; RDT 2008, p. 247, obs. LEROUGE L. ; RTD Com. 2008, p. 638, obs. BOULOC B.

¹⁶²¹ MARECHAL J.-Y., *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, JCP E 2009, n° 38, 249, p. 46.

¹⁶²² TRICOT J., *loc. cit.* p. 26. Notons cependant qu'une partie de la doctrine s'oppose farouchement au maintien d'une solution que certains qualifient de laxiste : v. BOULOC B., obs. ss. Cass. crim, 15 janv. 2008, *préc.*

¹⁶²³ Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80.261, Bull. crim. 2008, n° 167 ; RSC 2009, p. 89, obs. FORTIS E. ; RTD com. 2009, p. 218, obs. BOULOC B.

¹⁶²⁴ Cass. crim, 9 mars 2010, n° 09-80.543, Bull. crim. 2010, n° 49 ; D. 2010, p. 2135, note MARECHAL J.-Y.

qu'expliquant les vicissitudes récentes de la Cour de cassation¹⁶²⁵, Monsieur le Professeur MAYAUD note que si la responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée à défaut d'identification de l'organe ou du représentant « ce n'est pas par présomption, et donc par un artifice gratuit revenant à modifier la substance même des dispositions de l'article 121-2 du code pénal, mais par implication, c'est-à-dire par déduction rationnelle d'une conclusion elle-même dictée par les circonstances »¹⁶²⁶.

Bien que cette interprétation ne soit pas unanimement partagée¹⁶²⁷ et que de récents arrêts en fragilisent la pertinence¹⁶²⁸, elle reste à notre sens la plus conforme à ce que doit induire la responsabilité des personnes morales. Il va de soi qu'à de nombreux égards, certaines pratiques ou politiques initiées au niveau de la personne morale induisent nécessairement sa mise en cause, quand bien même l'identification de la personne physique ne serait pas possible. Nécessairement, cette identification n'a pas de sens en présence d'une décision délictuelle collégiale car la volonté collective, qui ne peut être confondue avec la volonté individuelle de chacun de ses membres, est inévitablement abstraite. La volonté collégiale peut être délictuelle alors même que la volonté individuelle ne l'est pas¹⁶²⁹. Pour bien des raisons, certains auteurs doutent même que la Cour de cassation soit en passe de revenir sur une solution qu'elle a maintes et maintes fois réaffirmée¹⁶³⁰.

594. Impact sur la responsabilité pénale des personnes morales poursuivies du chef

¹⁶²⁵ V. Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212, Bull. crim. 2011, n° 202 ; AJ Pén. 2012, p. 35, note BOULOC B. ; RSC 2011, p. 825, obs. MAYAUD Y. Cet arrêt fait suite aux nombreuses critiques suscitées par la jurisprudence de la Cour de cassation et qui avait d'ailleurs donné lieu à une question prioritaire de constitutionnalité, que cette dernière avait rejeté à l'occasion de son arrêt du 11 juin 2010, n° 09-87.884 ; D. 2010, p. 1712 ; RSC 2011, p. 177, obs. de LAMY B. Notons cependant, que ce revirement de jurisprudence a été prononcé à l'occasion d'une affaire d'homicide involontaire, si bien qu'il n'est pas possible de déterminer quelle sera son incidence en matière d'infraction intentionnelle.

¹⁶²⁶ MAYAUD Y. n'y voit pas pour autant un revirement jurisprudentiel mais simplement une occasion de préciser la portée de sa solution antérieure : note ss Cass. crim. 11 oct. 2011, *loc. cit.*, p. 825

¹⁶²⁷ BOMBLED M. y voit à l'inverse une remise en cause de la jurisprudence précédente : obs. ss. Cass. crim., 11 oct. 2011, D. 2011, p. 2841. Dans le même sens, BOULOC B., *loc. cit.* ; RIAS N., D. 2011, p. 2841.

¹⁶²⁸ V. Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 10.86-974, D. 2012, p. 1381, note SAINT-PAU J.-C.

¹⁶²⁹ SAINT-PAU J.-C., *loc. cit.*, p. 636 et s.

¹⁶³⁰ V. ainsi le commentaire de LASSERRE CAPDEVILLE J. qui considère que le reproche fait aux juges du fond de ne pas avoir recherché « si les manquements résultaient de l'un des organes ou représentants de la société », ne sanctionne pas en réalité le défaut de preuve de ce que l'infraction avait été commise pour le compte de la personne morale : note ss. Cass. crim., 11 avr. 2012, LPA 2012, n° 118, p. 15.

de discrimination. Cette division doctrinale mais aussi jurisprudentielle¹⁶³¹ nous intéresse à deux égards. La poursuite directe de la personne morale permet de passer outre les difficultés relatives à la preuve de la discrimination, puisque l'élément moral se déduirait alors de l'élément matériel. Cette déduction reste néanmoins soumise à deux conditions, à savoir d'une part, que l'acte d'exécution exprime sans équivoque l'état d'esprit de son auteur et d'autre part, que cet acte relève nécessairement de la compétence ou de la fonction d'un organe ou d'un représentant¹⁶³².

Certaines décisions ne font pas preuve d'une grande rigueur dans l'appréciation de la condition relative à l'organe ou au représentant. Il est arrivé ainsi que certaines cours fassent abstraction de la question de l'identification car, au regard des circonstances de l'affaire, il apparaissait clairement qu'une politique discriminatoire avait été mise en œuvre au niveau de la personne morale¹⁶³³. Dans ce cas, l'élément moral n'est, en effet, pas apprécié au niveau de la personne physique, mais bien de la personne morale par le recours à la présomption déduisant du fait connu – l'élément matériel – le fait inconnu qu'est l'élément moral.

595. Si l'assouplissement de la condition relative à la commission de l'infraction par un organe ou un représentant de la personne morale permettrait ainsi de favoriser la poursuite des personnes morales du chef de discrimination, reste à envisager si celle relative à la commission de l'infraction pour le compte de la personne morale, conforte ce constat.

¹⁶³¹ V. pour une application de la théorie de la responsabilité par ricochet: CA Lyon, 3 juin 2008 : Juris-data n° 1998-041510 ; pour une application de la théorie de la faute distincte : T. corr. Versailles, 18 déc. 1995 : Juris-data n° 1995-049320. Le tribunal avait retenu la responsabilité de la personne morale à l'encontre de laquelle avait pu être mise en évidence l'existence d'une politique délibérée de marchandage dont l'objectif était d'éviter de perdre des marchés.

¹⁶³² Ces conditions ont été exposées par SAINT-PAU J.-C., note ss. Cass. crim., 11 avr. 2012, *loc. cit.*, p. 637 et s.

¹⁶³³ V. ainsi CA Paris, 17 oct. 2003, n° 03-00387 où la Cour condamne une association pour discrimination à l'embauche, en relevant que celle-ci avait été commise soit par le salarié bénéficiant d'une délégation tacite, soit par le président de l'association. V. aussi CA Aix-en-Provence, 17 sept. 2007, n° 1151/2007, où la Cour retient que « le courrier incriminé est bien le fait d'un représentant ou organe de la personne morale, établissement public quelle que soit l'identité ou la dénomination physique de cet organe ou représentant ». V. CA Paris, 6 juill. 2007, n° 06/07900, où la Cour retient qu'en étant l'interlocutrice de la personne morale mise en cause, en contrôlant les opérations d'animation et en ayant directement donné certaines consignes discriminatoires aux autres personnes morales mises en cause, le prévenu a été, pour l'opération en question, le représentant de la société. La Cour a également considéré que le prévenu avait bien agi pour le compte de la société.

2) *Une infraction commise pour le compte de la personne morale*

596. *Un frein à la poursuite de la personne morale.* L'analyse de la jurisprudence relative à la discrimination fait état d'un faible recours à la responsabilité pénale de la personne morale, tant au niveau des poursuites engagées à son encontre, qu'à celui de sa condamnation. La condition, selon laquelle l'infraction doit être commise pour le compte de la personne morale, peut expliquer en partie le faible recours à cette responsabilité. Il apparaît de prime abord, dans les affaires de discrimination où la responsabilité pénale de la personne morale avait été mise en cause, que les relaxes se justifient en raison d'une défaillance de cette condition. Pourtant, une analyse plus approfondie de ces affaires révèle que les relaxes résultent surtout d'une mauvaise interprétation conduite à l'égard de ces affaires. Ces relaxes sont souvent justifiées par l'argument selon lequel une initiative individuelle ne peut être considérée comme constitutive d'une action commise pour le compte de la personne morale¹⁶³⁴.

597. *Une interprétation pourtant inadaptée à la réalité des discriminations.* Cette solution est, à notre sens, inappropriée pour plusieurs raisons. En effet, dans certaines affaires de discrimination, l'initiative individuelle est souvent favorisée par une sorte de climat délétère, entretenu par le comportement d'autres représentants de la personne morale, qui, sans être constitutif d'une discrimination, en favorise l'apparition. Se contenter de constater l'existence d'une initiative personnelle, sans prendre en considération cet élément, est contraire à la philosophie que sous-tend cette responsabilité.

Souvent, le dysfonctionnement général de la société aurait dû être sanctionné ; ce qui n'a pas été possible en raison de l'inadéquation du critère de la commission d'une infraction pour le compte de la personne morale à la réalité discriminatoire. Comme le soulignent Messieurs

¹⁶³⁴ CA Nouméa, 30 nov. 1999, *préc.* L'appréciation de cette notion est pleine de subtilité. Ainsi, il a été décidé qu'à l'inverse l'offre d'emploi discriminatoire, pour l'embauche d'animateurs au sein d'une association, est considérée comme commise pour le compte de la personne morale : CA Nîmes, 22 nov. 2002, n° 1239/02. La solution apparaît moins choquante quand le délinquant explique que son refus d'embaucher un salarié syndiqué est motivé par le fait que ses absences répétées causent un trouble au bon fonctionnement de l'entreprise. De même, la condition relative à la commission du délit pour le compte de la personne morale est remplie en présence d'un gain financier ou d'une économie réalisée par cette dernière: Cass. crim., 2 sept. 2003, n° 02-86.048, Bull. crim. 2003, n° 148, p. 593. Il en va de même du refus de service opposé à des personnes handicapées pour éviter de procéder à travaux d'aménagement pour permettre l'accessibilité à ces personnes : CA Poitiers, 1^{er} sept. 2005, n° 419/05.

DESPORTES et LE GUNEHEC, ce genre d'infraction ne rapporte aucun profit à la société¹⁶³⁵. Il conviendrait davantage d'entendre le terme dans son sens large, c'est-à-dire comme une infraction commise « dans l'exercice d'activités ayant pour objet d'assurer l'organisation, le fonctionnement ou les objectifs du groupement doté de la personnalité morale »¹⁶³⁶. D'autres auteurs souscrivent au rejet de ce critère objectif, en matière de discrimination, pour lui substituer un critère « politique ». Il faudrait davantage considérer « que toutes les décisions, tous les comportements, s'inscrivant dans la politique (au sens large) ou le fonctionnement de l'entreprise devraient, si elles constituent des infractions, déclencher la sanction pénale »¹⁶³⁷. Cette extension permettrait de se départir de la finalité lucrative poursuivie par l'infraction.

La discrimination figure parmi ces comportements diffus, générés par la politique entrepreneuriale ou par son mode de fonctionnement, qui justifie l'assouplissement de ce critère de l'infraction commise pour le compte de la personne morale. Il ne s'agit pas de sanctionner à outrance les dérives provoquées par une organisation hasardeuse existante au sein de l'entreprise. Il est question, au contraire, de sanctionner plus justement une réalité que le droit a du mal à appréhender. Il importe néanmoins de l'encadrer, afin de ne pas tomber dans l'excès inverse qui consisterait à sanctionner la personne morale, alors même que l'infraction résulte d'un excès de pouvoir d'un organe, mais que cette dernière ne s'est pas inscrite dans une politique ou dans le fonctionnement général de la personne morale.

598. L'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale est un atout certain de la lutte contre les discriminations, notamment dans un contexte où une grande partie des discriminations sont commises dans un milieu entrepreneurial. Il l'est d'autant plus, que cette responsabilité permet, dans une certaine mesure, de se départir de la considérable limite que suscite l'exigence d'une intention discriminatoire. Il ne s'agit pourtant pas de l'unique perspective d'amélioration de la sanction des discriminations. Le choix de la peine prononcée constitue parallèlement un gage d'efficacité de l'action pénale.

¹⁶³⁵ C'est ainsi le cas dans l'arrêt précité, où la décision d'exclusion discriminatoire, prise par l'Agence pour l'emploi, ne pouvait en toute hypothèse pas lui être profitable. V. CA Aix-en-Provence, 17 sept. 2007, *préc.*

¹⁶³⁶ DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *op. cit.*, p. 588, n° 612.

¹⁶³⁷ CESARO J.-F., *Droit pénal- Responsabilités*, J.-Cl. Trav. 2005, Fasc. n° 82-20, p. 37, n° 148.

§ 2- Le choix de la peine

599. Le choix de la peine (B), autrement dit l'individualisation de la peine¹⁶³⁸, dépend au préalable de ce que doit être la place de la sanction pénale dans la lutte contre les discriminations (A). L'amélioration de l'efficacité de la peine impose de cerner avec précision la place qui doit être la sienne car à défaut de respecter une telle démarche, toute réflexion portant sur son efficacité est nécessairement vaine.

A) La place de la sanction pénale dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations

600. Aux yeux du profane, une politique judiciaire de lutte contre les discriminations perd sa crédibilité en présence de condamnations rares et, de surcroît, donnant lieu à de faibles peines. Au regard des constats que nous avons précédemment effectués, il est raisonnable de considérer que les peines prononcées en matière de discrimination ne répondent à aucune des fonctions qui lui sont propres. Elle n'est pas, à s'en tenir aux théories utilitaristes, dissuasive ; pas plus qu'elle ne permet pas, au regard de la théorie du juste-dû, en tant que théorie moderne de la fonction rétributive de la peine, de « refléter de manière proportionnée le caractère blâmable des faits délictuels »¹⁶³⁹. Ceci peut, d'une certaine manière, amener à penser en effet que « le caractère peu dissuasif, voire dérisoire, des peines est en contradiction tant avec (sic) fonctions attachées aux sanctions pénales qu'avec la politique active de lutte contre les discriminations que l'on dit vouloir mener »¹⁶⁴⁰. Cela revient à admettre que la sévérité du texte face à des peines, « sans valeur exemplaire » dément la crédibilité de la dénonciation des comportements discriminatoires.

Nécessairement, l'efficacité répressive ne requiert pas que la peine réponde cumulativement

¹⁶³⁸ SALEILLES R., *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 3^{ème} éd., Paris : Alcan, Coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1927, p. 12.

¹⁶³⁹ WALTHER J., *A justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine*, RSC 2007, p. 23.

¹⁶⁴⁰ FERRE N., *La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme*, Sociétés contemporaines 2004/1, n° 53, p. 33.

à ces deux fonctions. Mais admettre qu'elle ne réponde à aucune des deux, c'est lui dénier toute force et reconnaître son caractère désuet. La place de la sanction pénale doit être définie soit par le choix d'une peine juste (1), soit par celui d'une peine utile (2).

1) *Le choix d'une peine juste*

601. Devons-nous considérer que la place de la sanction pénale dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations doit être relative à sa capacité rétributive ? Autrement dit, la sanction pénale des discriminations doit-elle être une sanction exemplaire, forte, même si elle n'est pas régulièrement réitérée compte tenu du faible taux de poursuite ? Cette proposition doit être, à notre sens, rejetée pour plusieurs raisons.

602. *Inadéquation du caractère juste de la sanction avec les objectifs poursuivis par les politiques de lutte contre les discriminations.* La politique criminelle de lutte contre les discriminations a fait l'objet d'une progressive redirection vers des systèmes alternatifs de traitement des discriminations, dont la justification originelle portait sur l'incapacité du droit à résoudre la problématique des discriminations. L'instrument juridique est nécessairement dépassé par l'ampleur de la question car « après les insuffisances et les dénégations d'une stratégie de dissimulation, l'approche strictement punitive, telle qu'elle se conçoit aujourd'hui, condamne le pays à une politique du colmatage à contretemps »¹⁶⁴¹. Puisque le droit ne peut intervenir qu'a priori, puisque ce dernier est dépassé par le phénomène, l'accent est porté sur la prévention. Les stratégies préventives ont recours à différents moyens d'éducation, ou d'incitation pour les plus récalcitrants, favorisant les approches transversales que sont la sensibilisation¹⁶⁴², l'information, la mobilisation, la formation¹⁶⁴³ ou le

¹⁶⁴¹ SABEG Y et SABEG Y., *Discrimination positive. Pourquoi la France ne peut y échapper*, Paris : Calmann-Lévy, 2004, p. 156.

¹⁶⁴² Par le recours notamment aux campagnes d'information et l'affichage public d'un engagement de l'entreprise ou de l'établissement en faveur de l'égalité des chances ou la promotion de la diversité.

¹⁶⁴³ Notamment en vue de l'amélioration des connaissances des acteurs territoriaux, en matière de discrimination, que ce soit dans une perspective de gestion du territoire, de coordination des acteurs ou d'accueil et de traitement des victimes.

management¹⁶⁴⁴.

Cette politique éducative, menée à l'égard de tous en faveur de la prise de conscience, doit nécessairement se coupler d'une peine sévère, car seule cette dernière permet de donner la juste mesure de la gravité du comportement à l'encontre duquel nous luttons. Mais, nous ne nous référons ici qu'à la peine encourue. Si la politique publique se veut éducative, alors la politique judiciaire doit être davantage utile que juste. Une peine juste n'a d'intérêt qu'en présence de condamnations régulières et ce pour deux raisons. D'une part, pour admettre que les peines prononcées dans les affaires de discrimination doivent être considérablement plus fortes, il faut préalablement que l'activité judiciaire, existante en la matière, soit plus conséquente. Raisonnablement, tant que la discrimination continue à faire l'objet de condamnations occasionnelles, un cadre ferme et cohérent de politique pénale de sanction des discriminations ne peut être construit. D'autre part, une peine juste et sévère ne présente une utilité que si elle présente une certaine certitude, car dans ce cas elle est nécessairement visible.

603. *L'insuffisance de la personnalisation des peines.* De même, le caractère juste de la peine s'exprime à travers l'individualisation de la peine. C'est ainsi qu'en vertu du principe d'individualisation de la peine, qui découle de l'article 8 de la DDHC¹⁶⁴⁵, le prononcé de la peine doit prendre en compte la personnalité du prévenu. L'impact de la personnalité du prévenu joue considérablement dans le contentieux des discriminations. Il n'est pas rare que le juge fasse état, dans sa motivation, de la nécessité de dispenser le prévenu de la peine ou encore d'assortir la condamnation d'une peine faible, au regard de la personnalité du prévenu. S'il est vrai que de telles considérations importent, la peine n'apparaît pas toujours proportionnelle à la gravité des faits reprochés.

Il importe que ce critère ne prenne pas une place trop considérable dans le choix de la

¹⁶⁴⁴ Il en va ainsi du management de la diversité et de la création de différents labels ou chartes de la diversité faisant état de l'engagement du signataire à respecter le principe d'égalité des chances et de non-discrimination. Nous les retrouvons ainsi en matière d'emploi, d'accès au logement, d'accès aux loisirs etc.

¹⁶⁴⁵ Cons. const., déc. n° 2005-520 DC du 22 juill. 2005, JO du 27 juillet 2005, p. 12241, Rec. Cons. const, p. 118.

sanction. La prise en compte de la personnalité du prévenu doit aussi porter sur d'autres critères tels que la nature de l'acte, les conditions de sa réalisation, l'état de récidive légale¹⁶⁴⁶. Or, il apparaît que dans les affaires où de tels critères ont été pris en compte, leurs conséquences au niveau de la peine n'ont pas eu l'effet escompté. Le Conseil constitutionnel lui-même a rappelé que « le principe d'individualisation des peines [...] ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions ; qu'il n'implique pas davantage que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction »¹⁶⁴⁷. L'idée que la personnalisation des peines ne doit pas prendre le pas sur la proportionnalité de la peine a toujours été sous-jacente dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁶⁴⁸. Manifestement, ces préconisations ne semblent pas trouver d'écho dans le contentieux pénal des discriminations.

604. Aussi, puisque cette exigence d'effectivité ne semble pas être poursuivie par le caractère juste de la peine, il convient donc de privilégier le caractère utile de cette peine.

2) *Le choix d'une peine utile*

605. *L'utilité de la peine, une fonction en retrait.* Comme le note Monsieur SYR, les difficultés inhérentes à l'individualisation de la peine proviennent essentiellement du fait qu'il y a une opposition d'intérêts entre le délinquant, qui a intérêt à bénéficier de la peine qui lui convient le mieux, et la société, qui a intérêt à ce que soit prononcée la peine qui la défend le mieux¹⁶⁴⁹. Quel que soit l'intérêt privilégié, le prononcé de la peine est nécessairement conditionné par la nécessité de cette peine, conformément au principe constitutionnel de nécessité des peines prévu à l'article 8 de la DDHC. Si cette nécessité devrait idéalement combiner la justesse de la peine et son utilité, cet équilibre n'est aujourd'hui plus respecté¹⁶⁵⁰. La protection de la société a justifié le déclin de l'utilité de la

¹⁶⁴⁶ de LAMY B., note ss. Cons. const., déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007, RSC 2008, p. 136.

¹⁶⁴⁷ Cons. const., déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007, JO du 11 août 2007, p. 13478, Rec. Cons. const., p. 303.

¹⁶⁴⁸ DREAN-RIVETTE I., *La personnalisation de la peine dans le Code pénal*, Paris : L'Harmattan, Coll. Traité de sciences criminelles, 2005, p. 60.

¹⁶⁴⁹ SYR J.-H., *Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale*, RSC 1994, p. 217.

¹⁶⁵⁰ C'est ainsi que BECCARIA écrivait : il faut punir « pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile ».

peine nécessaire au profit de son caractère juste¹⁶⁵¹.

606. *La pertinence d'une peine utile pour l'efficacité de la sanction des discriminations.* En réalité, il apparaît que ces deux intérêts peuvent être combinés, du moins en ce qui concerne la discrimination. Ainsi, l'intérêt de la société porte dorénavant sur l'endigement de ces phénomènes discriminatoires qui délitent le lien social. Occulte, aisée à commettre, l'infraction de discrimination souffre d'un fort taux de récidive, non quantifiable, inapparent, mais inquiétant. Nous sommes parfaitement conscients qu'en l'absence d'une peine ayant un quelconque effet à l'égard du délinquant, la réitération du comportement est fortement prévisible. Il y a alors une certaine incohérence à vouloir d'une part, sanctionner plus sévèrement la récidive dans une perspective de protection de la société¹⁶⁵² et d'autre part, autoriser le prononcé de sanctions insuffisantes, qui desservent les intérêts de la société. Pour l'essentiel, le prononcé de sanctions pécuniaires de faible ampleur et la rareté des peines d'emprisonnement assorties de sursis nous paraissent en totale adéquation avec la valeur que la norme pénale cherche à protéger.

La question n'est pas tant de proposer l'aggravation des peines prononcées, dont le moindre effet a été souligné précédemment, mais plutôt soumettre l'idée que des peines plus dissuasives, sans être nécessairement plus graves, auraient un meilleur impact sur l'efficacité de la répression pénale. En effet, les peines prononcées sont faibles, tout autant qu'elles ne provoquent aucun effet dissuasif sur le délinquant. Au regard des objectifs alloués à la politique publique, tout comme à la politique criminelle, une peine utile est nécessairement une peine dissuasive. Ceci ne veut pas dire, pour autant, qu'il faut faire abstraction de toute considération relative au caractère juste de la peine. Bien au contraire, si la priorité est donnée au caractère utile de la peine, elle doit aussi exprimer une certaine justesse.

607. Il importe donc aujourd'hui que la sanction pénale soit utilisée à travers cette exigence d'utilité dans la sanction des discriminations. Nécessairement, cette démarche n'a

¹⁶⁵¹ *La nécessité des peines*, Etude menée par les étudiants du Master 2 Recherche droit pénal de Bordeaux, Dr. pén. 2011, n° 9, p. 25.

¹⁶⁵² HERZOG-EVANS M., *Récidive : surveiller et punir plutôt que prévenir ou guérir*, AJ Pén. 2005, p. 305.

d'intérêt que si, parallèlement, nous restons vigilants quant au rôle que chaque sanction est susceptible d'amener à jouer. L'efficacité de la sanction civile ne peut être une cause de rejet de la sanction pénale, sous prétexte que cette dernière est inefficace. Il est avant tout chose important de respecter un certain équilibre dans le choix de la sanction des discriminations, qu'elle soit pénale ou civile.

B) L'équilibre de la sanction des discriminations

608. La sanction civile s'intéresse particulièrement à « l'inégalité discriminatoire » subie par le plaignant et son recours permet généralement de replacer ce dernier dans une situation stricte d'égalité (1). La sanction pénale s'intéresse davantage, de manière plus abstraite, à l'atteinte subie, c'est-à-dire à la violation de la dignité humaine qui est en cause. Elle doit se contenter de sanctionner ce type de violation afin d'éviter son renouvellement (2).

1) La sanction civile et la restauration de l'égalité

609. Finalités de la sanction civile. La sanction civile peut être définie de manière large comme la conséquence directe de la violation d'un droit subjectif. C'est ainsi que Monsieur le Professeur TERRE, « l'expression de sanctions civiles recouvre à la fois les moyens de contrainte (...) et les modes de réparation ou de punition lorsque ces droits n'ont pas été respectés »¹⁶⁵³. Par essence réparatrice, elle peut être aussi punitive, voire préventive. Il existe une démarcation entre la sanction civile et la sanction pénale uniquement parce qu'il n'existe pas de réelle définition de cette sanction civile et que, dans une perspective de simplification nous les opposons l'une à l'autre. Chacune en réalité occupe un domaine qui lui est propre mais elles partagent *in fine* des finalités proches. Il serait donc erroné de croire que l'une peut se substituer à l'autre, car en réalité ce partage de finalités les rend complémentaires¹⁶⁵⁴. Aussi, la substitution de la sanction civile à la sanction pénale ne

¹⁶⁵³ TERRE F., *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 575, n° 705.

¹⁶⁵⁴ En effet, dans certains cas de discrimination, il nous semble, comme le souligne un auteur en matière de harcèlement que « l'utilisation de plusieurs droits et différentes procédures et non une seule est nécessaire pour réussir la sanction et une remise en état d'une situation anormale », HANOT D., *op. cit.*, p. 11.

devrait pas procéder d'un souci d'efficacité mais davantage d'adaptabilité à la réalité du comportement que l'on cherche à sanctionner. Comme le souligne Monsieur AVAZANT, « le concept de sanction évoque un processus plus vaste que le simple procédé lui-même ; il suggère une réaction organisée du droit qui nécessite d'avoir investi une ou plusieurs personnes d'un pouvoir de réaction ou de critique, afin de mettre en œuvre la procédure indispensable au déclenchement et au prononcé de la sanction stricto sensu »¹⁶⁵⁵.

L'exigence européenne d'une protection juridictionnelle effective et efficace au terme de laquelle la sanction doit avoir un effet dissuasif sur celui qui commet une discrimination constitue, certes, une garantie d'effectivité, mais elle circonscrit à outrance la question du choix de la sanction à cette question d'efficacité. Au contraire, il nous semble que la sanction doit s'envisager au regard de la consistance de l'atteinte qui est en cause. Ainsi, face à un comportement susceptible de revêtir une qualification pénale et civile, le choix de la voie de recours devrait davantage être fonction de la valeur en cause, plutôt que des chances d'obtenir gain de cause. C'est du moins ce que sous-tend cette répartition dichotomique des discriminations entre atteinte à la dignité et rupture d'égalité.

610. La sanction civile, une sanction adaptée à certaines formes de discriminations.

Les différentes formes que peut prendre cette sanction civile sont d'ailleurs particulièrement adaptées à la condamnation des discriminations, en tant que rupture d'égalité. Concrètement, dans la sanction civile des discriminations, il y a bien l'idée d'une remise en l'état antérieur du plaignant¹⁶⁵⁶. L'antériorité de cet état s'apprécie *in abstracto*, c'est-à-dire eu égard à la situation d'égalité dans laquelle le plaignant aurait dû se trouver idéalement. Cette remise en l'état est opérée par des formes de sanctions particulièrement adaptées à la situation du plaignant, victime d'une discrimination comme atteinte à l'égalité. Elle passe par la réparation de l'intégralité du préjudice subi comme le précise l'article L. 1134-5 du Code du travail. Mais l'intégralité de cette réparation ne suppose pas nécessairement de se contenter de l'octroi de dommages et intérêts. Il existe des réparations en nature qui, comme le

¹⁶⁵⁵ AVAZANT M., *La sanction civile en droit des sociétés. Ou l'apport du droit commun au droit spécial*, Rev. des sociétés 2003, p. 442.

¹⁶⁵⁶ V. à ce sujet, ROUJOU de BOUBEE M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1974, p. 267 et s.

souligne la doctrine, « constitue[nt] la forme idéale de réparation, puisqu'elle[s] procure[nt] à la victime une satisfaction identique à celle qu'elle pouvait ressentir avant la survenance du dommage »¹⁶⁵⁷. Il en va ainsi notamment en présence de nullités prononcées à l'encontre des décisions de l'employeur. Elles emportent directement une remise dans l'état de la situation antérieure.

La Cour de cassation ne manque d'ailleurs pas de rappeler cette exigence. Elle considère, en effet, que « la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu »¹⁶⁵⁸. Cette réparation intégrale conduit la Cour à accompagner l'octroi de dommages et intérêts par d'autres formes de réparation. Le Code du travail prévoit ainsi la réintégration sous astreinte faisant suite à un licenciement discriminatoire¹⁶⁵⁹, celui-ci étant considéré nul de plein droit¹⁶⁶⁰. Mais la Cour de cassation est allée bien plus loin¹⁶⁶¹. Elle n'a pas manqué d'élargir la portée de la nullité des décisions de l'employeur¹⁶⁶² aux cas de discriminations syndicales¹⁶⁶³. Dorénavant, le salarié victime d'une discrimination syndicale peut bénéficier d'un reclassement¹⁶⁶⁴, de l'annulation de la décision de changement de ses conditions de travail¹⁶⁶⁵, de son changement d'affectation. Cette jurisprudence exprime l'idée qu'il incombe au juge d'intervenir afin de restaurer l'équilibre détruit par l'employeur, ce particulièrement pour l'avenir du salarié dans l'entreprise. Les sommes allouées au titre du préjudice financier ne permettent qu'une remise en l'état partielle, car elles ne réparent pas, par exemple, le blocage de carrière du salarié ou ses changements de conditions de travail.

¹⁶⁵⁷ COUTANT-LAPALUS C., La sanction civile, in *La sanction*, *op. cit.*, p. 211.

¹⁶⁵⁸ Cass. soc. 23 novembre 2005, n° 03-40.826, Bull. civ. 2005, V, n° 332, p. 293.

¹⁶⁵⁹ Cass. soc. 1^{er} février 1979, n° 77-14.568, Bull. civ. 1979, V, n° 111, p. 80 - Cass. soc. 17 mars 1999, n° 97-45.555, Bull. civ. 1999, V, n° 126, p. 92 ; CSBP 1999, n° 111, p. 317, obs. PANSIER F.-J.

¹⁶⁶⁰ *C. trav.*, art L. 1134-4.

¹⁶⁶¹ C'est ainsi que dans un arrêt de 2001, la Cour de cassation a, par une lecture combinée des anciens articles L. 122-45 et L. 412-2, devenus L. 1132-1 et s. et L. 2141-8 du Code du travail, décidé qu'« il résulte de la combinaison de ces textes que toute mesure prise par l'employeur en considération de l'appartenance ou de l'activité syndicale est nulle » : Cass. soc., 4 décembre 2001, n° 99-43.231.

¹⁶⁶² Cette nullité est prévue de manière générale par l'article L. 1132-1 du Code du travail.

¹⁶⁶³ L'article L. 2141-8 prévoit seulement que « toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions est considérée comme abusive et donne lieu à dommages et intérêts ».

¹⁶⁶⁴ Cass. soc. 23 novembre 2005, *préc.* - Cass. soc., 15 mars 2005, n° 02-43.616 et n° 02-43.560, Bull. civ. 2005, V, n° 86, p. 75 - Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 05-41.553, LPA 2007, n° 7, p. 19, note PIERROUX E.

¹⁶⁶⁵ Cass. soc. 23 juin 2004, n° 02-41.011, Bull. civ. 2004, V, n° 181, p. 171.

Le juge a le pouvoir de se substituer à l'employeur pour instaurer ce nouvel équilibre.

Parallèlement, cette exigence de remise en état et donc d'assurer au mieux la réparation intégrale du préjudice subi a aussi conduit la Cour à distinguer ce qui relève de la créance salariale, de la créance indemnitaire du salarié victime¹⁶⁶⁶. Cette distinction a eu une répercussion directe sur l'évolution du régime de prescription dérogatoire propre aux discriminations. Pendant longtemps, la Cour de cassation a fait état du caractère indemnitaire et non salarial de l'action en réparation du préjudice subi¹⁶⁶⁷ qui bénéficiait jusqu'en 2008 de la prescription trentenaire¹⁶⁶⁸. Cette conception, bien que critiquée¹⁶⁶⁹, a permis de faire échapper cette action en réparation à la nouvelle prescription quinquennale prévue par l'article 2224 du Code civil¹⁶⁷⁰. Si l'action en réparation du préjudice n'échappe pas à cette prescription quinquennale, celle-ci ne vaut qu'à compter de la révélation de la discrimination¹⁶⁷¹.

611. La sanction civile est particulièrement adaptée à un certain type de contentieux des discriminations. Du point de vue matériel, ce contentieux porte sur les discriminations commises dans le domaine de l'emploi. La prescription quinquennale qui ne court qu'à compte de la révélation permet d'appréhender des discriminations occultes ; l'exigence d'une réparation intégrale permet non seulement de réparer le préjudice subi mais aussi de restaurer le salarié dans la situation d'égalité qui doit être la sienne. Ce type de discrimination n'intéresse pas directement la protection de la dignité. Il n'y est question que de violation de l'égalité et c'est en cela que la sanction civile reste bien évidemment la plus propice à sanctionner ce genre d'atteintes. Mais en présence d'une discrimination portant

¹⁶⁶⁶ V. à ce sujet, SARGOS P., comm. ss Cass. soc., 15 mars 2005 *préc.*, SSL 2005, n° 1208, p. 5.

¹⁶⁶⁷ Cour de cassation, *Rapport annuel 2008, préc.*, p. 114.

¹⁶⁶⁸ Cass. soc., 15 mars 2005, *préc.* - Cass. soc., 20 sept. 2005, n° 02-47.163, RJS 2005, n° 1216 ; CSBP 2005, n° 171, p. 282, note CHARBONNEAU C. Pour ce dernier, cette indemnité « correspond davantage à une indemnisation de la perte de chance d'avoir une carrière normale ».

¹⁶⁶⁹ LANGLOIS Ph. note ainsi que « conférant un caractère abusif à la mesure interdite, le législateur a prévu la seule sanction alors connue qui était l'allocation de dommages et intérêts. Il n'a donc aucunement interdit de distinguer la différente nature des préjudices et de soumettre celui réparant la perte de salaire au régime des créances salariales » : *Discrimination, égalité et rémunération : régime et fondement*, SSL 2006, n° 1256, suppl., p. 7.

¹⁶⁷⁰ Cette nouvelle prescription fait suite à l'adoption de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JO du 18 juin 2008, n° 141.

¹⁶⁷¹ *C. trav.*, L. 1134-5.

atteinte à la dignité, la sanction civile ne suffit pas. L'atteinte est si grave que la sanction civile ne peut suffire, elle doit alors être couplée d'une sanction pénale afin de prévenir la réitération du comportement.

2) *La sanction pénale et la prévention des atteintes à la dignité*

612. *Le faible recours aux peines complémentaires.* La faiblesse des peines prononcées en matière de discrimination est d'autant plus regrettable qu'elles ne s'accompagnent pas, dans une grande majorité des cas, du prononcé d'une peine complémentaire. Or, compte tenu de la particularité des discriminations, l'utilisation de telles peines peut s'avérer nettement plus efficace, notamment afin de prévenir la réitération du comportement discriminatoire ou la commission de celui-ci par d'autres. Au final, sur l'ensemble des condamnations judiciaires que nous avons relevées¹⁶⁷², seules douze peines complémentaires ont été prononcées.

613. *Des sanctions qui s'avèrent pourtant dissuasives.* La sanction des discriminations dispose d'un large éventail de peines complémentaires prévues à l'article 225-19 du Code pénal pour les personnes physiques, à l'article 131-39 pour les personnes morales et enfin, à l'article 432-17 du Code pénal pour les dépositaires de l'autorité publique¹⁶⁷³. Certaines peines présentent un intérêt très limité en matière de discrimination et nous pensons notamment à la confiscation du bien ayant permis de commettre le délit ou encore à l'exclusion des marchés financiers. D'autres, à l'inverse, sont particulièrement adaptées à la sanction des discriminations, car elles sont susceptibles de dissuader le délinquant à réitérer son comportement. Il en va ainsi des peines d'affichage ou de diffusion de la condamnation dont la finalité infamante peut s'avérer particulièrement efficace face à des employeurs ou prestataires peu scrupuleux du respect des normes. La possibilité de publier, en intégralité ou par extrait, le jugement permet de moduler l'effet de cette peine¹⁶⁷⁴ et pourtant il est rare que le juge y ait recours. Dans l'hypothèse où une telle peine paraîtrait insuffisante, le placement

¹⁶⁷² Soit 59, v. annexe n° 6.

¹⁶⁷³ V. pour une présentation détaillée, annexe n° 5.

¹⁶⁷⁴ C. pén., art. 131-35.

sous surveillance judiciaire, comme le note un auteur, peut également être une alternative intéressante. La mission du mandataire, désigné à cet effet, pourrait ainsi consister à rétablir l'ordre au sein de l'entreprise¹⁶⁷⁵.

De même, toujours dans le domaine des particuliers professionnels, l'absence de recours à la fermeture administrative, ne serait-ce pour une durée minimale, est regrettable. Nous pensons particulièrement aux établissements accueillant du public et à l'encontre desquels des faits discriminatoires répétés sont souvent avérés. La fermeture de tels établissements s'avère parfois bien plus efficace que le simple prononcé d'une peine d'amende, voire d'emprisonnement avec sursis. Également, concernant les élus locaux, le prononcé d'une peine d'interdiction d'exercice d'une fonction publique ou de l'interdiction de droits civiques, comme le prononcé d'une peine d'inéligibilité à leur encontre, est sans doute plus dissuasif que la peine d'amende à laquelle les juges ont classiquement recours. La peine doit être exemplaire dans un contexte où, comme nous l'avons vu, il subsiste encore à l'heure actuelle un trop grand nombre de discriminations commises par des titulaires de mandat électif public¹⁶⁷⁶.

614. Des sanctions qui s'avèrent également éducatives. La peine complémentaire présente également un intérêt eu égard à la finalité éducative qu'elle peut poursuivre. Nous prendrons, à cet effet, l'exemple du stage de citoyenneté qui peut s'avérer particulièrement efficace dans la sanction de discriminations commises par un particulier, personne physique. Peu utilisé dans le contentieux des discriminations, ce type de peine s'inscrit pourtant bien dans l'économie actuelle de la politique criminelle de lutte contre les discriminations. L'instauration de voies alternatives de traitement, que sont la médiation et la transaction, poursuit une finalité éducative, privilégiée à la seule sanction des discriminations. Dans ce contexte, il importe, lors du prononcé de la peine, de ne pas négliger ce type de sanction « éducative ». Ce stage est d'ailleurs communément présenté comme ayant pour objet de « rappeler aux personnes concernées les valeurs républicaines d'égalité et de respect de la

¹⁶⁷⁵ GUERDER P., *La poursuite et la répression pénale des discriminations en droit du travail*, Dr. soc. 1995, p. 447.

¹⁶⁷⁶ V. *supra* n° 202.

dignité humaine »¹⁶⁷⁷.

Le choix d'une sanction éducative est particulièrement important en présence de comportements discriminatoires commis par un particulier. Les raisons sont multiples. D'abord, il y a l'idée que la discrimination commise par un particulier, hors tout contexte d'entreprise ou d'établissement, est souvent ponctuelle. Ensuite, puisque la discrimination se situe hors cadre professionnel, le particulier a parfois été simplement ignorant ou négligeant. Le juge considère alors que l'acte discriminatoire n'a pas véritablement de caractère antisocial, ce qui l'amène parfois à prononcer une dispense de peine. Mais si ce choix peut se comprendre à une époque où les pouvoirs publics ne s'étaient pas encore véritablement saisi de la question, le contexte actuel invite à rejeter, sauf rares exceptions, le recours à cette modalité. L'absence de caractère antisocial ne peut nécessairement plus avoir le même impact dans la personnalisation de la peine aujourd'hui. Le prononcé de la peine doit être assorti de la quasi-certitude que le comportement ne sera pas réitéré. C'est la raison pour laquelle, nous pensons qu'il est plus propice de recourir, éventuellement, à l'ajournement de la peine, assortie de la mise à l'épreuve, tant dans les affaires où le juge est enclin à prononcer la dispense de peine, que dans celles où il envisage le prononcé d'une peine d'amende symbolique.

615. Il serait illusoire, dans le contexte actuel de la sanction des discriminations, d'attendre de la sanction pénale de réprimer le comportement à la hauteur de la gravité que nous lui accordons. La sanction pénale est considérablement en décalage avec la réalité des discriminations et ce pour deux raisons. D'abord, parce que les atteintes à l'égalité sont plus récurrentes que les atteintes à la dignité, si bien que la sanction pénale ne peut être un mode commun de sanction des discriminations. Ensuite, parce qu'en l'état actuel du contentieux, les sanctions prononcées ne permettent pas de poursuivre une finalité préventive et éducative, qui doit être néanmoins propre à la sanction des discriminations. « La sanction pénale peut contribuer à améliorer le climat social (...). C'est à la condition cependant

¹⁶⁷⁷ CALYA O., *Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ?*, D. 2011, p. 1166.

qu'elle soit parfaitement adaptée à chaque cas particulier »¹⁶⁷⁸.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

616. *Constats.* L'engagement de la responsabilité pénale exprime l'hypothèse où nous avons surmonté les difficultés probatoires et convaincu le procureur d'engager les poursuites. Une fois engagée, ce n'est pas tant la démonstration de l'élément moral qui pose difficulté, mais parfois plus simplement, le choix des responsabilités pénales à engager. Parallèlement, la condamnation, une fois prononcée, donne rarement lieu à des peines suffisantes et respectueuses des fonctions classiques attachées à la peine. L'ensemble de ces constats a abouti au recul progressif de la sanction pénale, parce que nous attendons davantage de la sanction civile.

617. *Préconisations.* Donner un nouvel élan à la voie répressive ne suppose pas de sanctionner plus, mais plutôt de sanctionner mieux. Les mécanismes de responsabilité permettent largement la condamnation de situations de discrimination complexes et à grande ampleur dont la gravité appelle nécessairement une sanction pénale. Parallèlement, l'utilisation de la sanction pénale doit refléter dans une juste mesure le comportement qui est condamné. Il convient, dans cette perspective, d'insister sur sa fonction dissuasive, afin qu'elle contribue également à la prévention des discriminations.

¹⁶⁷⁸ GUERDER P., *loc. cit.*, p. 453.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

618. *Une sanction en faible évolution.* Nous avons pu observer, tout au long de nos développements, qu'il importe de relativiser les difficultés que l'on évoque à l'égard de l'application de la loi pénale en matière de sanction des discriminations. Il ne s'agit pas d'affirmer que de telles difficultés ne sont pas réelles, mais simplement de montrer que d'une certaine manière le décalage existant entre la voie pénale et la voie civile n'est pas si important qu'il n'y paraît. Il ne l'est pas tant qu'il subsiste des efforts menés au niveau de la voie pénale pour favoriser au mieux la sanction des discriminations notamment du point de vue probatoire.

Consciente de ses limites, la voie pénale n'est pas restée statique, elle a su évoluer, notamment en matière de preuve pénale. Il importe néanmoins que cette évolution soit générale et c'est la raison pour laquelle il y a quelques contradictions à faciliter la preuve des discriminations, en négligeant parallèlement tout ce qui attrait à l'engagement de la responsabilité pénale et aux peines prononcées. Les efforts sont certains ; ils restent néanmoins insuffisants.

619. *Une sanction qui devra faire face à de nouveaux enjeux.* Aussi, dans les années à venir, la sanction répressive des discriminations devra faire face à deux enjeux. En premier lieu, il est plus que tout nécessaire de ne pas négliger les perspectives de sanction qui apparaissent au fil de l'évolution du droit positif ; nous pensons notamment à la sanction des personnes morales. La crédibilité de la voie pénale ne s'envisage pas uniquement au regard des quantités des peines prononcées mais davantage sur sa capacité à rendre compte, au niveau de sa sanction, de la réalité de la discrimination qu'elle cherche à condamner, et des responsabilités à engager. En second lieu, la peine prononcée ne doit pas être au service du symbole mais de l'efficacité. Cette efficacité ne commande pas nécessairement l'aggravation des peines, mais le recours à des peines dissuasives et adaptées à la spécificité des discriminations.

CONCLUSION DE LA PARTIE SECONDE

620. *Changement de la logique de traitement et recul de la voie pénale.* Dans la logique qui est la sienne, la politique criminelle de lutte contre les discriminations ne fait plus une large place à la voie pénale comme mode de traitement des discriminations. Cela exprime en quelque sorte le désaveu d'une voie sur laquelle nous avons pendant longtemps compté comme voie prioritaire de traitement des discriminations. La logique de traitement des discriminations s'est considérablement inversée depuis ces dix dernières années. Les résultats insuffisants produits par les tribunaux répressifs dans le traitement des discriminations, l'idée, partiellement erronée, que la preuve des discriminations était un obstacle trop considérable pour permettre un traitement efficace, a justifié un renouvellement de la manière dont il convenait de traiter les discriminations.

Le traitement des discriminations est aujourd'hui éclectique. C'est un savant mélange entre des formes de prévention, de régulation et de sanction discriminatoires. La politique criminelle avait à cœur d'ouvrir plusieurs voies de traitement pour favoriser au mieux la prise en charge des victimes de discrimination. Multiplier pour accroître les perspectives d'un traitement effectif n'est pas sans risque. Chaque voie de traitement empiète en partie sur le champ d'intervention de ses voisines et la frontière existante entre chacune d'elles se floute alors considérablement. Telle est la difficulté que pose la multiplication des voies d'action. Le droit pénal s'y forge une place mais, d'une certaine manière, il tente de se la créer. La régulation se mêle à la sanction, la sanction à la réparation, il n'est guère possible dans ces circonstances de définir précisément quelle voie est la plus propice au traitement de chaque type de discrimination.

621. *Une redéfinition des rôles au service d'un meilleur traitement des discriminations.* Idéalement c'est pourtant ce qu'il conviendrait de faire, c'est-à-dire de définir plus strictement le champ d'intervention de chacun mais la réalisation d'un tel objectif dépend intrinsèquement de l'instauration d'un véritable échange et d'une véritable coordination entre ces voies d'action. La discrimination ne peut être traitée avec efficacité

que si les acteurs compétents, quel que soit leur niveau, s'organisent en réseau. Le traitement doit prendre la forme d'une chaîne et ne pas se contenter d'interventions ponctuelles qui risquent de mettre à mal l'ensemble du processus de traitement. Accepter cet axiome conduit nécessairement à ne pas prendre systématiquement la preuve ou la sanction des discriminations comme mauvaise excuse pour ne pas recourir à la voie pénale. L'effectivité ne doit pas nécessairement se confondre avec objectif de quantité ou de célérité mais uniquement comme exigence de qualité. Les efforts menés par le droit pénal sont considérables ; les techniques de sanction qu'il met en œuvre présentent, quant à elles, un atout important dans la répression de certains types de comportements discriminatoires. Il serait par conséquent particulièrement erroné d'admettre qu'il faut substituer la voie pénale par d'autres voies. Seule au contraire, leur coexistence est respectueuse de l'effectivité de la sanction des discriminations.

CONCLUSION GENERALE

622. *La norme pénale, une place stratégique dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations.* Au commencement de notre recherche, nous nous étions interrogés sur la question de savoir quelle pouvait être la contribution du droit pénal dans une politique criminelle qui a su mettre en œuvre des moyens conséquents mais aussi variés et parmi lesquels la norme pénale ne fait pas précepte de noyau central de lutte contre les discriminations.

Au terme de notre recherche, nous avons acquis la conviction, qu'en dépit de l'élargissement considérable de la politique criminelle vers de nouvelles normes susceptibles d'enrayer la recrudescence des discriminations, le droit pénal conserve toujours une place essentielle. Essentielle ne signifie pas principale car il ne s'agit pas d'affirmer qu'il faut avoir systématiquement recours à la norme pénale relativement à la lutte contre les discriminations. L'intérêt de la norme pénale protectrice des discriminations est ailleurs et c'est pourquoi nous considérons l'utilisation du terme « essentiel » doit être interprété comme stratégique. Le droit pénal aurait pu être le pâle reflet des dispositions concurrentes régissant la notion de discrimination. Il ne l'a pas été car il a su faire de la discrimination un concept à part entière, un concept propre à son domaine.

623. *Une définition des discriminations respectueuse de la signification propre au respect de la dignité humaine.* Le droit pénal reste partagé entre nécessité de s'adapter aux réalités fluctuantes que recouvre le concept de discrimination et celle de garder une cohérence avec la valeur qu'il entend protéger. Nécessairement, la doctrine a longtemps considéré que cela le plaçait en situation de net recul avec la conception civile des discriminations, qui a su enrichir considérablement la définition de la notion au cours de ces dernières années. Cette vision est à notre sens erronée car à y regarder de plus près si une évolution similaire ne peut être constatée, cela ne résulte pas d'un désintérêt de la matière ou d'une incapacité qui lui est propre à retranscrire cette réalité. Il s'agit simplement de

conserver une adéquation entre le comportement qu'il incrimine au titre de la discrimination et ce qu'il considère être une atteinte à la dignité humaine. Influencé par la valeur que le droit pénal avait promue, le concept de discrimination n'est donc pas resté statique et improductif. Il a inspiré indirectement l'élargissement du champ des atteintes à la dignité humaine dans lequel il a intégré des comportements qui recèlent un état d'esprit discriminatoire similaire. Il a donc lui même su refléter les différents visages sous lesquels pouvait être entrevu le concept de discrimination. Il n'a pas été non plus inactif en ce qui concerne la mise en œuvre de cette incrimination.

624. Une norme pénale accusant néanmoins un retard certain. Conscients des imperfections subsistances, des difficultés propres à la voie pénale, les juges répressifs ont su adopter une démarche dynamique pour ne pas permettre l'impunité de certains types de discrimination qu'une conception trop restrictive de l'infraction ou de sa preuve aurait permise. L'erreur sans doute commise a été de se contenter d'effets d'annonce politique par lesquels nous avons aggravé la répression des discriminations plutôt que de réfléchir sur la façon dont on pouvait avec plus d'effectivité les sanctionner. Trop récurrentes ont été les initiatives politiques qui pensaient résoudre la problématique des discriminations par une surenchère de dispositions pénales qui ne pouvaient indéniablement pas solutionner le problème. D'une certaine manière, elles ont trop souvent fait l'économie d'une véritable réflexion sur le fond qui aurait favorisé une meilleure application de la règle de droit. Tel est le premier facteur qui explique le retard qu'accuse la voie pénale dans l'application de sa règle de droit.

Ce premier facteur se couple d'un second qui est relatif à l'apparition d'une exigence d'effectivité, notamment sous l'influence du droit de l'Union européenne, dans le traitement des discriminations. Arrivé au constat que l'exigence d'effectivité ne pouvait être atteinte par le recours systématique à la voie pénale, nous avançons l'idée, aujourd'hui, que l'on a renouvelé le paysage du traitement judiciaire des discriminations. Il se serait opéré alors une sorte de substitution entre la voie pénale par d'autres voies de traitement. Face à la recrudescence des discriminations, il fallait un organe de traitement plus malléable et plus pragmatique. L'objectif portait alors sur la nécessité de réguler la recrudescence des

discriminations plutôt que de les traiter. La pertinence de ce renouvellement est indiscutable mais la façon de l'interpréter et d'arriver à des conclusions trop hâtives est critiquable. Le renouvellement des modes de traitement des discriminations n'exprime en aucune manière le rejet de la voie pénale mais davantage la prise de conscience qui s'est opérée face à la réalité du comportement discriminatoire.

625. Une norme qui ne peut nécessairement être un mode de sanction classique des discriminations. La discrimination, et l'injustice qu'elle recèle, est trop récurrente pour pouvoir être appréhendée par le droit pénal. La définition même de la discrimination posée par l'incrimination pénale n'aurait plus de lien avec la valeur qu'elle protège s'il fallait sanctionner tout type de discrimination. Parce que la discrimination mine le quotidien de ceux qui la subissent, parce qu'elle n'est pas acceptable dans une société qui se veut garantir l'égalité de tous, le droit doit être apte à évoluer pour permettre la prise en compte de toute nouvelle forme de discrimination. Tel est l'enjeu d'une politique criminelle qui lutte contre cette forme de comportement qui, d'une certaine manière, atteint à notre liberté d'entreprendre et de nous déterminer tel que nous l'entendons.

Mais cet enjeu ne peut être que, dans une moindre mesure celui, du droit pénal dont la vocation doit rester celle d'une sanction des formes les plus graves de discrimination. Dans la conclusion de sa thèse de doctorat portant sur l'égalité en droit pénal, Monsieur le Professeur DANTI-JUAN préconisait déjà ce qu'allait être l'évolution du droit pénal de la discrimination: « L'égalité en droit pénal semble peut-être fantomatique. Il est de fait qu'envisagée comme un impératif, la règle égalitaire est inaccessible même pour le système juridique le plus perfectionné que l'on puisse concevoir (...) Selon nous, les beaux textes généraux ne servent pas à grand chose dans les codes. Les textes spéciaux et précis, comme l'article 416, frappent moins mais portent plus »¹⁶⁷⁹.

Faire état de ce postulat revient nécessairement à admettre que l'évolution de la notion de discrimination allait inévitablement dépasser le droit pénal pour se rapprocher d'un idéal

¹⁶⁷⁹ DANTI-JUAN M., *L'égalité en droit pénal*, Thèse Poitiers, Paris : Cujas, Coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1987, p. 354.

égalitaire dans lequel toute forme de discrimination, directe, indirecte, systémique, multiple ne devrait pas avoir sa place. Partant de là, le contentieux répressif ne pouvait être la voie courante de traitement des discriminations mais on s'est pleinement satisfait de critiques affirmées à l'égard de la preuve ou de la sanction pénale pour amoindrir son intérêt. Les conséquences ne sont pas neutres : d'une construction politique qui pouvait se révéler pertinente, nous sommes tombés dans l'écueil de la diversification à outrance, du mélange de genre impropre à résoudre correctement la problématique des discriminations.

626. *Des difficultés certaines qui ne suffisent pas à ôter tout intérêt à la voie pénale.*

Aucune de ces difficultés ne nous a permis, au cours de nos développements, de remettre en cause l'intérêt de la voie pénale. La volonté de donner un sens à la parole de la victime de discrimination, de réparer le préjudice à tout prix n'est pas une fin qui justifie les moyens. Sans méconnaître la question stratégique de la preuve de l'intention discrimination, il importe de ne pas se focaliser de manière outrancière sur ce sujet. D'une certaine manière, cela nous ôte notre capacité à cibler les crispations plus générales qui influent sur l'efficacité de la voie répressive. Nous n'avons pas résolu toute la problématique des discriminations et nous aurions tort de croire le contraire. Nous avons certes avancé, mais le chemin est encore long et ce n'est donc pas aujourd'hui qu'il convient d'y mettre un terme. Aujourd'hui, c'est à d'autres enjeux dont nous devons faire face avec toutes les précautions que cela implique. Les manifestations de rejet et d'intolérance, sous toute leur forme, sont encore nombreuses. Elles frappent avec violence ceux qui en sont victimes mais aussi l'intérêt général de la société. Ne pas se contenter de ce qui est acquis, répartir et respecter les compétences de chacun quand il est clairement admis que son mode de traitement est le plus adapté au cas pour lequel il est saisi, redonner la place à l'importance à tous les acteurs qui contribuent à cette lutte, nombreuses sont les nécessités à laquelle nous devons faire face.

La répression pénale souffre d'un manque d'équilibre dans le paysage du traitement des discriminations. C'est en quelque sorte un amalgame, une conclusion hâtive que de croire que la notion d'efficacité du droit suffit à ôter tout intérêt à une norme pénale. Une société dans laquelle il n'existe pas un ordre de valeurs morales, quel que soit son degré

d'application, est une société en perdition. Dans *Si c'est un homme*¹⁶⁸⁰, Primo LEVI tentait de décrire la perte d'humanité et d'identité d'un homme dépossédé de lui-même en quête de reconstruction. Faire fi de l'importance qu'occupe le droit pénal dans la politique de lutte contre les discriminations, c'est en quelque sorte banaliser les discriminations et nier la gravité inhérente à certaines formes de discrimination. Si nous partageons les mêmes valeurs, nous n'avons pas tous en partage cette même violence du sentiment que provoque la discrimination à celui qui la subit. Aussi, défendre nos valeurs communes suppose de laisser la possibilité à ceux pour qui elle s'est avérée être insupportable, d'agir en faveur de la reconnaissance du tort subi. Or, cette reconnaissance ne peut en elle-même s'exprimer que par la mise en œuvre du pouvoir le plus absolu de l'Etat : le droit de punir.

¹⁶⁸⁰ LEVI P., *Si c'est un homme*, Paris : Presses pocket, 1990.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

I – OUVRAGES GENERAUX

A

AMBROISE-CASTEROT (C.) et BONFILS (Ph.) *Procédure pénale*, PUF, Coll. Thémis Droit, 2011.

B

BOULOC (B.),

- *Droit pénal général*, 22^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis – Droit privé, 2011.
- *Procédure pénale*, 22^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis-Droit privé, 2010.

C

CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 7^{ème} éd., Paris : LexisNexis, Coll. Manuels, 2011.

CARBASSE (J.-M.), *Histoire du droit pénal et de la justice*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Droit fondamental - Classiques, 2006.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Vol. 1 : Introduction. Les personnes. La famille. L'enfant. Le couple, Paris : PUF, Coll. Quadrige - Manuels, 2004.

COEURET (A.) et FORTIS (E.), *Droit pénal du travail*, 5^{ème} éd., Paris : LexisNexis, Coll. Manuels, 2012.

CONTE (Ph.), *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Paris : Litec, Coll. Manuels, 2007.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige- Dicos poche, 2011.

D

DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, Paris : A. Colin, Coll. U – Série Droit pénal et sciences criminelles, 1971.

DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.), *Traité de procédure pénale*, Paris : Economica, Coll. Corpus - Droit privé, 2009.

DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Paris : Economica, Coll. Corpus – Droit privé, 2009.

DREYER (E.),

- *Droit pénal général*, Paris : Litec, Coll. Manuels, 2010.

- *Droit pénal spécial*, Paris : Ellipses, Coll. Cours magistral, 2012.

DONNEDIEU de VABRES (H.-), *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Recueil Sirey, 1943.

DUGUIT (L.),

- *Manuel de droit constitutionnel*, Paris : Université Panthéon - Assas, Coll. Les Introuvables, 2007.

- *Traité de droit constitutionnel*, Tome I : La règle de droit, le problème de l'état, 3^{ème} éd., Paris : E. Bocard, 1927.

- *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2 : La théorie générale de l'Etat, 3^{ème} ed., Paris : E. Bocard, 1927-1930.

G

GATTEGNO (P.), *Droit pénal spécial*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Cours Dalloz - Série droit privé, 2007.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1994.

GOHIN (O.), *Institutions administratives*, 4^{ème} éd., Paris : LDGJ, 2002.

GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), MONTAGNIER (G.), *Lexique des termes juridiques*, Paris: Dalloz, 1999.

GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, 7^{ème} éd., Paris : Lexis-nexis - Litec, Coll. Manuels, 2011.

H

HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 1923.

HERON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, 4^{ème} éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat - Droit privé, 2010.

HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, 2^{ème} ed., Paris : PUF, Coll. Thémis - Droit privé, 2001.

F

FRIEDMANN (W.), *Théorie générale du droit*, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de philosophie du droit, Vol. VI, 1965.

L

LARGUIER (J.), LARGUIER (A.-M.) et CONTE (Ph.), *Droit pénal spécial*, 14^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Mémentos Dalloz - Série Droit privé, 2008.

LARGUIER (J.), CONTE (Ph.), MAISTRE du CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Armand Colin, Coll. U Droit, 2004.

LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8^{ème} éd., Paris : A. Colin, Coll. U. Droit public, 2009.

M

MALAURIE (Ph.), *Anthologie de la pensée juridique*, 2^{ème} éd., Paris : Cujas, 2001.

MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *Introduction générale*, 3^{ème} éd., Paris : Défrénois-Lextenso, Coll. Droit civil, 2009.

MARTINEAU (F.), *Petit traité d'argumentation judiciaire*, 4^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Praxis Dalloz, 2010.

MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Droit fondamental – Classiques, 2010.

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, 7^{ème} éd., Paris : Montchrestien, Coll. Domat, 2010.

MAZEAUD (H.) et (L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.),

- *Leçons de droit civil*, Tome 1 Vol. 2 : Les personnes, La personnalité, les incapacités, 8^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 1997.
- *Leçons de droit civil*, Tome 2, Vol. 1 : Obligations-Théorie générale, 9^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 1998.

MERLE (R.) et VITU (A.),

- *Traité de droit criminel*, Tome 2 : Droit pénal spécial, 1^{ère} éd., Paris : Cujas, 1982.
- *Droit pénal spécial*, Tome 1, 4^{ème} éd., Paris : Cujas, 1981.
- *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Tome 1 : Droit pénal général, 7^{ème} éd., Paris : Cujas, 1997.

P

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2 Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques, 3^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1905.

PONCELA (P.), *Droit de la peine*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis - Droit privé, 2001.

PRADEL (J.),

- *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., Paris : Cujas, Coll. Références, 2010.
- *Procédure pénale*, 15^{ème} éd., Paris : Cujas, Coll. Références, 2011.

PRADEL (J.) et DANTI JUAN (M.), *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, Coll. Références, 2010.

R

RASSAT (M.-L.),

- *Traité de procédure pénale*, Paris : PUF, Coll : Droit fondamental - Droit pénal, 2001.
- *Droit pénal général*, 2^{ème} éd. Paris : Ellipses, Coll. Cours Magistral, 2006.
- *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz- Série Droit privé, 2011.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil de PLANIOL*, T. 2 Obligations – Contrats – Sûretés réelles, 4^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1952.

RIVERO (J.), *Les libertés publiques*, Tome 1 : Les droits de l’homme, 6^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis – Droit, 1991.

ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Thémis – Droit, 2005.

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2005.

S

SOURIOUX (J.-L.), *Introduction au droit*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Droit fondamental - Droit politique et théorique, 1990.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Introduction au droit*, 5^{ème} éd., Paris : Litec, 2000.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l’homme*, 10^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Droit fondamental - Classiques, 2010.

T

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 2009.

TERRE (F.), FENOUILLET (D.), *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis – Droit privé, 2005.

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil-Les obligations*, 10^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz – Série droit privé, 2009.

TULKENS (F.), VAN de KERCHOVE (M.), *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 2^{ème} éd., Bruxelles : Story-Scientia, Coll. A la rencontre du droit, 1993.

TURPIN (D.), *Libertés publiques et droit fondamentaux*, Paris : Seuil, 2004.

V

VERON (M.), *Droit pénal spécial*, 13^{ème} éd., Paris : Sirey, Coll. Sirey université – Série Droit privé, 2010.

W

WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Cours Dalloz – Série Droit public, 2009.

II – OUVRAGES SPECIALISES

A

ALLINNE (J.-P.), *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI^e siècle*, Tome 2 : Le temps des doutes 1920-2004, Paris : l'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2004.

ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme. Eichmann à Jérusalem*, Paris : Gallimard, Coll. Quarto, traduction de Micheline POUTEAU et al. 2002.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, Sur la justice, Paris : Flammarion, Coll. G.F., traduction par BODEUS R., 2008.

ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ / Montchrestien, 1993.

AUDET (J.) et KATZ (J-F.), *Précis de victimologie générale*, 2^{ème} éd., Paris : Dunod, Coll. Psychothérapies, 2006.

B

BAERTSCHI (B.), *Enquête philosophique sur la dignité : l'anthropologie philosophique et l'éthique des biotechnologies*, Genève : Labor et Fides, Coll. Le Champ éthique, 2005.

- BAUD (J.-P.),** *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris : Seuil, Coll. Des travaux, 1993.
- BEBIN (X.),** *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, Paris : l'Harmattan, Coll. Logiques politiques, 2006.
- BECCARIA (C.),** *Des délits et des peines*, Paris : Flammarion, Coll. GF Flammarion, traduit par CHEVALLIER M., 1991.
- BECHILLON (B.),** *Qu'est ce qu'une règle de droit ?* Paris : Odile Jacob, 1997.
- BERGEL (J.-L.),** *Théorie générale du droit*, 4^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2003.
- BINOCHÉ (B.),** *Introduction à "De l'esprit des lois" de Montesquieu*, Paris : PUF, Coll. Les Grands livres de la philosophie, 1998.
- BODY-GENDROT (S.) et WIHTOL de WENDEN (C.),** *Police et discriminations raciales, le tabou français*, Les éditions de l'atelier, 2003.
- BOUCHET (J.), CHANTON (O.), KREEL (V.), et al.,** *Psychologie sociale*, T. 1 : L'individu et le groupe, 1^{ère} éd., Paris : Bréal, Coll. Lexifac - Psychologie, 1996.
- BOUDON (R.),** *Renouveler la démocratie : éloge du sens commun*, Paris : O. Jacob, 2006.
Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Paris : Dalloz, 2007.
- BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.) et PICOD (F.) (dir.),** *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire article par article*, Partie 2 La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles : Bruylant, 2006.

C

- CAMUS (A.),** *La peste*, Paris : Gallimard, 1947.
- CAPITANT (R.),**
- *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, T. XIV, Paris : Dalloz, 1965.
 - *Face au nazisme. Ecrits 1933-1938*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, Collections de l'Université Robert Schuman – Institut de recherche Carré de Malberg, textes réunis par Olivier BEAUD, 2004.
- CARIO (R.),** *Victimologie : de l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, 1^{ère} éd., Paris : L'Harmattan, Coll. Traité de sciences criminelles, 2000.
- CARON (J.-C.),** *La nation, l'Etat et la démocratie en France de 1789 à 1914*, Paris : A. Colin, Coll. U, 1995.
- CARRE de MALBERG (R.),** *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2003.
- CHARRACK (A.) et SALEM (J.),** *Rousseau et la philosophie*, Paris : Publications de la Sorbonne, Coll. Philosophie – Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2004.
- CHEBEL d'APOLLONIA (A.),** *Les racismes ordinaires*, Paris : Presses de Sciences po., Coll. La Bibliothèque du citoyen, 1998.
- CHEVALLIER (J.) et al.,** *Le droit en procès*, Paris : PUF, Coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1983.

COHN-BENDIT (D.) et SCHMID (T.), *Xénophobies. Histoires d'Europe*, Bordeaux : Mollat, Coll. La Grande raison, 1998.

COURVOISIER C. et CHARLOT P. (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon : Ed. Universitaires de Dijon, Coll. Institutions, 2003.

CUSSON M., *Pourquoi punir ?* Paris : Dalloz, Coll. Criminologie et droits de l'homme, 1987.

D

DAVENPORT (R. W.), *La dignité humaine*, Paris : Nouvelles éditions latines, 1958.

DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.), PIRES (A.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, T. 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, Montréal : Presses de l'université de Montréal, Ottawa : Presses de l'université d'Ottawa, Bruxelles : De Boeck université, 1998, Coll. Perspectives criminologiques, 1998.

DELBOND (A.), *Eloge de la fraternité, pratique de la solidarité*, Paris : L'Harmattan, Coll. Questions contemporaines, 2000.

DELMAS-MARTY (M.),

- *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris : Economica, 1983.
- *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris : PUF, Coll. Thémis – Droit privé, 1992.
- *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris : Textuel, Coll. Conversations pour demain, entretien mené par PETIT Ph., 2004.
- *Le flou du droit : du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris : PUF, Coll. Quadrige. Essais, débats, 2004.

DELMAS-MARTY M. et MINGXUAN (G.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, T. V Bilan comparatif et propositions, Paris : La maison des sciences de l'homme, Coll. Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal, 1997.

DILLENS (A-M.), *La philosophie dans la cité : hommage à Hélène Ackermans*, Bruxelles : Facultés universitaires de Saint-Louis, Coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1997.

DOCKES (E.), *Valeurs de la démocratie : huit notions fondamentales*, Paris : Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2005.

DOMMANGET (M.), *Sur Babeuf et la conjuration des égaux*, Paris : F. Maspero, Coll. Bibliothèque socialiste, 1970.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), *La politique criminelle des Etats autoritaires : la crise moderne du droit pénal*, Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2009.

DREAN-RIVETTE (I.), *La personnalisation de la peine dans le Code pénal*, Paris : L'Harmattan, Coll. Traité de sciences criminelles, 2005.

DUFOUR (A.), *Droits de l'homme, droit naturel et histoire : droit, individu et pouvoir de l'Ecole du droit naturel à l'Ecole du droit historique*, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 1991.

DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, 7^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Quadrige – Grands textes, 2007.

E

EDELMAN (B.), *La personne en danger*, Paris : PUF, Coll. Doctrine juridique, 1999.

ELLA (S.-E.), *Emmanuel Levinas : des droits de l'homme à l'homme*, Paris : L'Harmattan, Coll. Commentaires philosophiques, 2009.

ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, Coll. Introuvables - Droit public, 2001, p. 266.

F

FABRE d'OLIVET (D.), *Etudes littéraires et philosophiques*, 2^{ème} éd., Paris : Hachette, 1835.

FASSIN D. et FASSIN (E.), *De la question sociale à la question raciale : représenter la société française*, Paris : la Découverte, Coll. Cahiers libres, 2006.

FAURE (C.), *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Paris : Payot, Coll. Bibliothèque historique, 1988

FERRY (L.), *Apprendre à vivre, Traité de philosophie à l'usage des jeunes générations*, Paris : Plon, 2006,

FIRMIN (A.), *De l'égalité des races humaines : (anthropologie positive)*, Paris : Géloin, 2003.

FOUCAULT (M.), *Dits et Ecrits 1954-1988*, Paris: Gallimard, Coll. Bibliothèque des sciences humaines, Vol. 4, 1994.

G

GASSIN (R.), CIMAMONTI (S.) et BONFILS (Ph.), *Criminologie*, 7^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis de droit privé, 2011.

GIUDICELLI-DELAGE (G.), *Les transformations de l'administration de la preuve : perspectives comparées*, Paris : Société de législation comparée, Coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, 2006.

GOLDSCHMITT (V.),

- *Les renversements du principe d'égalité des anciens aux modernes*, Paris : Sirey, Coll. Droit privé – Philosophie, 1972.

- *Anthropologie et politique. Les principes du système de ROUSSEAU*, 2^{ème} éd., Paris : Vrin, Coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 1983.

GOYARD-FABRE (S.),

- *Philosophie politique XVIe-XXe siècles*, Paris : PUF, Coll. Droit fondamental - Droit politique et théorique, 1987.

- *Éléments de philosophie politique*, Paris : A. Colin, Coll. Cursus- Série Philosophie, 1996.

GRUNVALD (S.) et DANET (J.), *La composition pénale. Une première évaluation*, L'Harmattan, Coll. Bibliothèques de droit - Bibliothèque de droit pénal, 2005.

H

HALPERN (C.) et RUANO-BORBALAN (J.-Cl.), *Identité(s). L'individu. Le groupe. La société*. Auxerre : Sciences Humaines, 2004.

HANOT (D.), *Les sanctions du harcèlement au travail dans les secteurs privés et publics: les sanctions pénales*, Paris : l'Harmattan, 2008.

HOBBS (Th.), *Léviathan*, Paris : J. Vrin - Dalloz, Coll. Bibliothèque des textes philosophiques, traduit par TRICAUD F., 2004.

HOFFE (O.), *L'Etat et la justice : les problèmes éthiques et politiques dans la philosophie anglo-saxonne : John Rawls et Robert Nozick*, Paris : Vrin, Coll. Histoires des idées et des doctrines, traduit de l'allemand par SCHWEGLER B., SECRETAN Ph., SOSOE L., 1988.

HOTTOIS (G.), *Dignité et diversité des hommes*, Paris : Vrin, Coll. Pour demain, 2009.

HUXLEY (A.), *Le meilleur des mondes*, Paris : Plon, Coll. Pocket junior – Fantastique, traduction par Jules CASTIER, 1994.

K

KANT (E.), *Métaphysique des mœurs, première partie : doctrine du droit*, 5^{ème} ed., Paris : J. Vrin, Coll. Bibliothèque des textes philosophiques, traduction PHILONENKO A., 1993.

KASANDA LUMEMBU (A.), *John Rawls : les bases philosophiques du libéralisme politique*, ed. Paris : L'Harmattan, 2005,

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris : Dalloz, Coll. Philosophie du droit, traduction française de la deuxième édition de la "Reine Rechtslehre" par EISENMANN Ch., 1962.

KLEIN (Z.), *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*, Paris : J. Vrin, Coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 1968.

KOUBI (G.) et GUGLIELMI (G.) J. (dir.) *L'égalité des chances : analyses, évolutions, perspectives*, Paris : la Découverte, Coll. Recherches, 2000.

L

LAZERGES (C.),

- *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris : A Pedone, 1995.

- *Introduction à la politique criminelle*, Paris : L'Harmattan, Coll. Traité de sciences criminelles, 2000.

LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2010.

LEVI (P.), *Si c'est un homme*, Paris : Presses pocket, 1990.

LEVI-STRAUSS (C.), *Race et histoire*, Paris : Gallimard, Coll. Folio - Essais, 1987.

M

MALABAT (V.), de LAMY (B.) et GIACOPELLI (M.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires - Etudes, 2009.

MARET (M.), *L'euthanasie : alternative sociale et enjeux pour l'éthique chrétienne*, Saint-Maurice : éd. Saint Augustin, 2000.

MELKEVIK (B.), *Considérations juridico-philosophiques*, Québec : Presses de l'Université de Laval, Coll. Dikè, 2005.

MERLEAU-PONTY (M.), *Phénoménologie de la perception*, 3^{ème} éd., Paris : Gallimard, Coll. Bibliothèque des idées, 1945.

MESURE (S.) et SAVIDAN (P.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris : PUF, 2006.

MILLS (Ph.), *La discrimination saisie sur le vif : le testing*, Paris : Horizons stratégies, 2007.

MONTESQUIEU, *Œuvres complètes de Montesquieu*, Paris : F. Didot frères, 1846.

MOUSSA (S.), *L'idée de race dans les sciences humaines et la littérature (XVIIIe-XIXe siècles)*, Paris : L'Harmattan, Coll. Histoire des sciences humaines, 2003.

N

NORDMANN (S.), *Du singulier à l'universel : essai sur la philosophie religieuse de Hermann Cohen*, Paris : J. Vrin, Coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 2007.

O

ORTOLAN (J.), *Éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles*, T1, 4^{ème} éd., Paris : Plon, 1875.

P

PAVIA (M.-L.) et REVET (T.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999.

PELLISSIER (G.), *Le principe d'égalité en droit public*, Paris : LGDJ, Coll. Systèmes, 1996.

PERELMAN (C.), BUCH (H.) et FORIERS (P.), *L'égalité*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, 1971.

PERELMAN (Ch.) et FORIERS (P.),

- *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Travaux du centre national de recherches de logique, 1974.
- *La preuve en droit*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Travaux du centre national de recherches de logique, 1981.

PERELMAN (Ch.) et VANDER ELST (R.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Travaux du centre national de recherches de logique, 1984.

PERRIN (J.-F.), *Pour une théorie de la connaissance juridique*, 1^{ère} éd., Genève : Librairie Droz, Coll. Travaux de Sciences Sociales, 1979.

PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris : Economica, 1999.

PIAGET (J.), *Epistémologie des sciences de l'homme*, Paris : Gallimard, Coll. Idées, 1970.

PLAWSKI (S.), *Droit pénitentiaire*, Villeneuve d'Ascq : Publications de l'Université de Lille III, 1977.

PONCELA (P.) et LASCOUMES (P.), *Réformer le code pénal : où est passé l'architecte ?*, Paris : PUF, Coll. Les Voies du droit, 1998.

PONSAERS (P.), CARTUYEVELS (Y.), et al., *Le traitement policier : une autonomie relative ? Etude empirique sur le Traitement Policier Autonome*, Bruxelles : Academia Press, Coll. Problèmes actuels concernant la cohésion sociale, 2003.

POULAIN (J.), SANDKÜLHER (H.-J.), TRIKI (G.), *Pour une démocratie transculturelle*, Paris : L'Harmattan, Coll. Perspectives transculturelles 2010.

POUSSON-PETIT (J.), *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2002.

PRADEL (J.), *Histoire des doctrines pénales*, 2^{ème} éd., Paris : PUF, Coll. Que sais-je ?, 1991.

R

RAULIN (A.), *Situations d'urgence et droits fondamentaux*, Paris : L'Harmattan, Coll. Economie plurielle – Droits et société, 2006.

RAWLS (J.), *Théorie de la Justice*, Paris : Seuil, Coll. Points – Série Essais, traduit par AUDARD C., 1997.

RENAUT (A.), *Egalité et discriminations : un essai de philosophie politique appliquée*, Paris : Seuil, 2007, Coll. La Couleur des idées, 2007.

ROBERT (P.), *La question pénale*, 1^{ère} éd. Paris-Genève : Droz, Coll. Travaux de droit, d'économie, de sciences politiques, de sociologie et d'anthropologie, 1984.

ROSENBAUM (A.), *L'antisémitisme*, Rosny : Breal, Coll. Thèmes et débats, 2006.

ROUSSEAU (J.-J.),

- *Du contrat social*, Paris : Flammarion, Coll. Garnier Flammarion Série n° 94, 1992.
- *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris : Librairie générale française, Coll. Le livre de poche – Classiques de la philosophie, 1999.

S

SABBAGH (D.), *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Paris : Economica, Coll. Etudes politiques, 2003.

SABEG (Y.) et SABEG (Y.), *Discrimination positive. Pourquoi la France ne peut y échapper*, Paris : Calmann-Lévy, 2004.

SAINT THOMAS d'ACQUIN, *La somme théologique - La Justice*, 2^{ème} éd., Paris : éd. du Cerf, Coll. Somme théologique 2-2, traduction française par GILLET M. S., T. 1, 1948.

SALEILLES (R.),

- *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 2^{ème} éd., Paris : F. Alcan, Coll. Bibliothèque générale des sciences sociales, 1909.

- *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 3^{ème} éd., Paris : Alcan, Coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1927.

SARTRE (J.-P.), *Réflexions sur la question juive*, Paris : Gallimard, Coll. Folio Essais, 2005.

SAVATIER (R.), *La personne humaine sujet de droit*, 4èmes Journées René SAVATIER tenues à Poitiers les 25 et 26 mars 1993, Paris : PUF, Coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994.

de SCHUTTER (O.), *Discriminations et marché du travail : Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles : Presses interuniversitaires européennes, Coll. Travail et société, 2001.

SPECTOR (C.), *Montesquieu, Liberté, droit et histoire*, Paris : Michalon, Coll. Le Bien commun, 2010.

SUEUR (P.), *Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècle*, T. 2, Affirmation et crise de l'Etat sous l'Ancien Régime : la genèse de l'Etat contemporain, Paris : PUF Droit, Coll. Thémis-Droit public, 2001.

T

TAGUIEFF (P.-A.), *Le racisme*, Paris : Flammarion, Coll. Dominos, 1997.

TERREL (J.), *Les théories du pacte social : droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris : Seuil, Coll. Points - Série Essais, 2001.

U

Université de Franche-Comté, *Annuaire français des droits de l'homme*, Paris : Pedone, Tome 1, 1974.

Y

YAVANOF (X.), *Anthropologie du racisme. Essai sur la genèse des mythes racistes*, Paris : L'Harmattan, 2005,

V

VALLUY (J.) et FREEDMAN (J.), *Persécutions des femmes. Savoirs, mobilisations et protections*, Bellecombe-en-Bauge : Ed. du Croquant, Coll. Terra, 2007.

VILLEY (M.),

- *Philosophie du droit*, T. 1 : Définitions et fins du droit, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 1982.

- *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris : PUF, Coll. Léviathan, 2003.

VAN de KERCHOVE (M.) et OST (F.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, Coll. Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Collection générale, 2002.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Paris : LDGJ, 1960.

VOLTAIRE, *Œuvres complètes de Voltaire*, T. 5, Paris : Furne, 1846.

W

WIEVIORKA (M.), *Le racisme, une introduction*, Paris : la Découverte, Coll. la Découverte-poche - Essais, 1998, p. 96 et s.

III – THESES

A

ARNOUX (I.), *Les droits de l'être humain sur son corps*, Thèse Bordeaux, Talence : Presses universitaires de Bordeaux, 1995.

B

BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve*, Thèse Bordeaux, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, T. 525, 2010.

- BIOY (X.),** *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Thèse Toulouse, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003,
- BONFILS (Ph.),** *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, Thèse, Aix-en-Provence : PUAM, 2000.
- BOSSUYT (M.),** *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Thèse Genève, Bruxelles : Bruylant, 1975.
- BORGETTO (M.),** *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, T. 170, 1993.
- BORRILLO (D.-A.),** *L'homme propriétaire de lui-même : le droit face aux représentations populaires et savantes du corps*, Thèse dactyl. Strasbourg, Strasbourg : Strasbourg I, 1991.
- BOTTON (A.),** *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, Thèse Toulouse, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. des sciences criminelles, T. 49, 2010.
- BOULMIER (D.),** *Preuve et instance prud'homale. A la recherche d'un procès équitable*, Thèse Orléans, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque d'ouvrages de droit social, T. 37, 2002.
- BRUNET (R.),** *Le principe d'égalité en droit français*, Thèse dactylographiée, Paris, 1910.

C

- CALVES (G.),** *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination positive*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 1998.
- CAPORAL (S.),** *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Thèse Aix-Marseille, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, 1995.
- CORNESSE (I.),** *La proportionnalité en droit du travail*, Thèse Montpellier, Paris : Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2001.
- CURRAT (P.),** *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Thèse Genève, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, , Coll. Genevoise, 2006.

D

- DANTI-JUAN (M.),** *L'égalité en droit pénal*, Thèse Poitiers, Paris : Cujas, Coll. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1987.
- DECOCQ (A.),** *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 21, 1960.
- DELVOVE (P.),** *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris : LGDJ, 1969.
- DUBOUT (E.),** *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse Rouen, Bruxelles : Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, T. 2, 2006.
- DECHENAUD (D.),** *L'égalité en matière pénale*, Thèse, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2008.

DUTHEIL-WAROLIN (L.), *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse dactyl. Limoges, 2004.

G

GAGNIEUR (J.-P.), *Du motif légitime comme fait justificatif*, Thèse dactyl. Paris, 1941.

GARIBIAN (S.), *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Thèse Genève, Bruxelles : Bruylant, Coll. Genevoise, 2009.

de GASTINES (L.), *Les présomptions en droit administratif*, Thèse Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, T. 163, 1991.

GOZLER (K.), *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Thèse, Villeneuve d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, V. 1, 1997.

H

HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Thèse Amiens, Paris : LDGJ, Coll. Bibl. de droit public, Tome 232, 2003.

J

JEANNEAU (B.), *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Thèse Poitiers, Paris : Sirey, 1954.

JOUANJAN (O.), *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Thèse Université de Bourgogne, Paris : Economica, Coll. Droit public positif, 1992.

JUROVICS (Y.), *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit international et communautaire, T. 116, 2002.

K

KARIMI (A.), *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Thèse Strasbourg, Paris : L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, 2001.

L

de LAMY (B.), *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Thèse Toulouse, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, T. 34, 2000.

LAGARDE (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, T. 239, 1994.

LICARI (S.), *La protection pénale de la dignité du salarié*, Thèse dactyl. Nancy, 1999.

M

MARTIN (D.), *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire : étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Thèse Louvain, Bruxelles : Bruylant, Coll. du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, 2006.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse Aix-en-Provence, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, 1997.

MERLE (Ph.), *Les présomptions légales en droit pénal*, Thèse Nancy, Paris : LGDJ, Coll. Bibl. de Sciences criminelles, 1970.

N

NAGOUAS-GUERIN (M.-C.), *Le doute en matière pénale*, Thèse Bordeaux, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002.

O

OTTENHOF (R.), *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, Thèse Rennes, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1970.

P

PERU-PIROTTE (L.), *La lutte contre les discriminations en droit du travail*, Lille : ANRT, 2004.

PIN (X.), *Le consentement en matière pénale*, Thèse Grenoble, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2002.

PARDO (F.), *Le groupe en droit pénal*, Thèse dactyl. Nice, 2004.

RICHARD (V.), *Le droit et l'effectivité : contribution à l'étude d'une notion*, Thèse dactyl., Paris, 2003.

R

ROCCA (M.), *La discrimination en droit pénal*, Thèse dacty. Nice, 1997.

ROUJOU de BOUBÉE (M.-E.), *Essai sur la notion de réparation*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1974.

S

SEGRETAIN (S.), *La répression de la discrimination*, Thèse dacty. Rennes, 2005.

T

TROPER (M.), *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, 1980.

Y

YOTOPOULOS-MARANGOPOLOUS (A.), *Les mobiles du délit, Etude de criminologie et de droit pénal*, Thèse : Genève, Paris : L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, T. 17, 1974.

V

VERNY (E.), *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2002.

W

WAGNER (E.), *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, Thèse dactyl., Clermond-Ferrand, 1976.

IV – ARTICLES

A

- AGUILA (Y.),** *La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres?*, La revue administrative 1994, p. 7.
- ALT-MAES (F.),** *Le concept de victime en droit civil et en droit pénal*, RSC 1994, p. 35.
- AMBROISE-CASTEROT (C.),** *Recherche et administration des preuves pénales en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité*, AJ Pén. 2005, p. 261.
- AMEGADJIE (F.),** *La compétence pénale de la Halde, contours et enjeux*, AJ Pén. 2008, p. 307.
- AMMAR (D.),** *Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique*, RTD civ. 1993, p. 499.
- ANCEL (M.),** *Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle*, Arch. pol. crim. 1975, n° 1, p. 15.
- ANDORNO (R.),** *La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique*, Revue générale de droit médical 2005, n° 16, p. 95.
- ARCAUTE (M.-J.),** *Le référé probatoire dans le droit de la filiation*, Droit de la famille 1999, p. 4.
- ASQUINAZI-BAILLEUX (D.),** Droit à l'emploi et dignité in PEDROT (Ph.) (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris : Economica, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, 1999, p. 123.
- AUTIN (J.-L.),** *Le statut du Défenseur des droits*, RF adm. publ. 2011, n° 139, p. 421.
- AVAZANT (M.),** *La sanction civile en droit des sociétés. Ou l'apport du droit commun au droit spécial*, Rev. des sociétés 2003, p. 442.
- AZRIA (R.),** « Retour » de l'antisémitisme?, Etudes 2004/4, Tome 400, p. 441.

B

- BACOT (G.),** Rousseau et l'établissement de l'égalité in KOUBI (G.) et GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions, perspectives*, Paris : la Découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 11.
- BALIBAR (E.),** *La construction du racisme*, Actuel Marx, 2005/2, n° 38, p. 11.
- BARANES (W.) et FRISON-ROCHE (A.),** *Le souci d'effectivité du droit*, D. 1996, p. 301.
- BARRET (O.),** v° Promesse de vente in *Rép. dr. imm.*, Dalloz, 2011.
- BARRIERE (L.-A.),** Propos introductifs in *La sanction*, Colloque du 27 nov. 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques p. 13.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.),** *Rapport introductif*, LPA 1998, n° 117, p. 3.
- BENILLOUCHE (M.),**
- *La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité*, RSC 2005, p. 529.

- Les objectifs du procès pénal in GIUDICELLI-DELAGE G., *Les transformations de l'administration de la preuve : perspectives comparées*, Paris : Société de législation comparée, Coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, 2006, p. 19.
- BENOIT (F.-P.)**, Notions et concept, instrument de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave PEISER*, contributions réunies par GALABERT (J.-M.) et TERCINET (M.-R.), Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 23.
- BERGER (V.)**, *Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme*, LPA 2009, n° 46, p. 40.
- BERNARD-MENORET (R.)** et **FRAISSINIER-AMIOT (V.)**, *Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail*, LPA 2009, n° 46, p. 102.
- BERNAT de CELIS (J.)**, *La politique criminelle à la recherche d'elle-même*, Arch. pol. crim. 1977, n° 2, p. 3.
- BIHR (P.)** et **GOUBEAUX (G.)**, v° Preuve in *Rép. civ.*, Dalloz, 1979.
- BINET (J.-R.)**, v° Protection de la personne – Le corps humain in *J.-Cl.*, Fasc. bioéthique, 2009.
- BIOY (X.)**,
- La dignité : questions de principe in GABORIAU (S.), PAULIAT (H.), *Justice, éthique et dignité*, Limoges : PULIM, Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 nov. 2004, Cinquièmes Entretiens d'Aguesseau, 2006.
 - L'ambiguïté du concept de non-discrimination in SUDRE (F.) et SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Droit et Justice, actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit-Université de Montpellier I, 2008, p. 51.
- BIRNBAUM (P.)**, *Le recul de l'Etat fort et la nouvelle mobilisation antisémite dans la France contemporaine*, Pôle Sud, 2004/2, Vol. 21, n° 21, p. 15.
- BOGERT (M.)**, *Réflexions sur les sources du droit et le « principe » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, RTD civ. 1992, p. 489.
- BONFILS (Ph.)**, La participation de la victime au procès pénal une action innommée in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris : Cujas, Mélanges offerts à Jean PRADEL, 2006, p. 179.
- BONNARD-PLANCKE (L.)** et **VERKINDT (P.-Y.)**, *La lutte contre la discrimination syndicale. Millésime 2005*, Dr. soc. 2006, p. 393.
- BORELLA (F.)**, Le concept de dignité de la personne humaine in PEDROT (Ph.) (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris : Economica, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, 1999, p. 29.
- BORGETTO (M.)**, Egalité, solidarité...équité ? in *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, Colloque organisé par le Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie les 1^{er} et 2 février 1996 à Amiens, Paris : PUF, Coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1996, p. 249.
- BORRILLO (D.)** et **CHAPPE (V.-A.)**, *La haute autorité de lutte contre les discriminations : un laboratoire juridique éphémère*, RF adm. pub. 2011, n° 139, p. 369.

BOSSET (P.), *Les mesures législatives de lutte contre la discrimination raciale au Québec : un bilan institutionnel*, Nouvelles pratiques sociales 2005, vol. 17, n° 2, p. 15.

BOUDON (R.), *A propos du relativisme des valeurs : retour sur quelques intuitions majeures de Tocqueville, Durkheim et Weber*, Revue française de sociologie 2006/4, Vol. 47, p. 877.

BOULOC (B.),

- *La compatibilité des présomptions légales avec la présomption d'innocence*, RSC 1993, p. 88.

- *Présomption d'innocence et droit pénal des affaires*, RSC 1995, p. 465.

BOURGUIGNON (D.), Suis-je ou non victime de discrimination? Quand la victime « passe sous silence » l'expérience de discrimination, in *Journée d'étude et de formation sur le traitement de la victime de discrimination*, Strasbourg : Droit pour la Justice, Actes du colloque organisé par l'association Droit pour la Justice le 29 mars à Strasbourg, 2011, p. 9.

BOUZAT (P.), La loyauté dans la recherche des preuves in *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Institut de droit comparé de la Faculté de droit de Paris, Recueil d'études en hommage à Louis HUGENEY, Paris : Sirey, 1964, p. 172.

BRAIBANT (G.), Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, in *Conseil constitutionnel, La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris : PUF, Coll. Recherches politiques, 1989, p. 97.

BRILL (J.-P.), *La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'article 416 du Code pénal*, RSC 1977, p. 35.

BRISSY (S.), *Le droit et la violence au travail*, RDT 2010, p. 499.

BUMILLER (K.), "Victimes dans l'ombre de la loi". *Une critique du modèle de protection juridique*, Politix, 2011/2, n° 94, p. 131.

BURNIER (F.), *La Halde et l'entreprise, pouvoirs et enjeux*, Dr. soc. 2008, p. 1042.

C

CADIET (L.) et TOURNEAU (P.), v° Abus de droit in *Rép. civ.*, Dalloz., 2008.

CALVES (G.),

- Au service de la connaissance et du droit : le testing in MILLS (Ph.), *La discrimination saisie sur le vif : le testing*, Paris : Horizons stratégies, 2007, p. 8.

- *Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques publiques de lutte contre les discriminations*, Informations sociales 2008/4, n° 148, p. 34.

CALYA (O.), *Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ?*, D. 2011, p. 1166.

CANEDO-PARIS (M.), *La dignité en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé*, RFDA 2008, p. 979.

CARTUYVELS (Y.) et de CONINCK (F.), L'autonomie policière en France : vers une reconquête du parquet? in PONSAERS (P.), CARTUYVEVELS (Y.), et al. (dir.), *Le traitement policier : une autonomie relative ? Etude empirique sur le Traitement Policier Autonome*, Bruxelles : Academia Press, Coll. Problèmes actuels concernant la cohésion sociale, 2003, p. 69.

CASILE (J.-F.), *Plaidoyer en faveur d'aménagements de la preuve de l'infraction informatique*, RSC 2004, p. 65.

CASSIERS (L.), *La dignité de l'embryon humain*, RTDH 2003, p. 403.

de CASTELNAU (R.), v° Autorités des décisions judiciaires en matière administrative in *J.-Cl. Adm.*, Fasc. n° 1068, 2004.

CERF-HOLLENDER (A.), L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations in *Le champ pénal : mélanges en l'honneur du professeur Reynald OTTENHOF*, Paris : Dalloz, 2006, p. 367.

CESARO (J.-F.), v° Droit pénal- Responsabilités in *J.-Cl. Trav.*, Fasc. n° 82-20, 2005.

CHAMOUN (M.), *Genocide et ethnocide : exterminer pour survivre*, L'esprit du temps, Topique, 2008, n° 102, p. 41.

CHAPPE (V.-A.),

- *La qualification juridique est-elle soluble dans le militantisme ? Tensions et paradoxes au sein de la permanence juridique d'une association antiraciste*, Droit et société 2010/3, n° 76, p. 543.
- *La preuve par comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination*, Presses de Sciences Po, Sociologies pratiques, 2011/2, n° 23, p. 45.
- *Le cadrage juridique, une ressource politique ?*, Politix 2/2011, n° 94, p. 107.

CHAPUS (R.), *De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, D. 1966, chron., p. 99.

CHARPENTIER (J.), *De la non discrimination dans les investissements*, Annuaire français de droit international 1963, V. 9, n° 9, p. 35.

CHAVANNE (A.), *Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le Tribunal civil*, RSC 1954, p. 239.

CHETAİL (V.), *La banalité du mal de Dachau au Darfour : réflexion sur l'évolution du concept de génocide depuis 1945*, Relations internationales, 2007/3, n° 131, p. 49.

CHEVALLIER (J.),

- *Réflexions sur l'institution administrative indépendante*, JCP 1986, II-3254.
- *Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification*, RFDA 2010, p. 896.
- *Le Défenseur des droits : unité ou diversité ?*, RF adm. publ. 2011, n° 139, p. 433.

CHISS (R.), *Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes*, JCP S 2010, n° 36, 1339, p. 15.

CHRISTIANS (L.-L.), Dimensions philosophiques et religieuses des approches juridiques de l'identité in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2002, p. 63.

CLERC (F.), *Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT*, SSL 2004, n° 1190, p. 6.

CLUZEL-METAYER (A.), *Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi*, RFDA 2010, p. 309.

COEURET (A.),

- *Entrave et discrimination*, Dr. ouvr. 1987, p. 447.
- *La responsabilité en droit pénal du travail. Continuité et rupture*, RSC 1992, p. 475.
- *Discriminations sur le lieu du travail*, Cah. dr. entr. 2006, n° 1, p. 65.

- Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Paris : Dalloz, 2007, p. 207.
- COEURET (A.) et FORTIS (E.)**, *La place du droit pénal dans le droit du travail*, RSC 2000, p. 25.
- COHEN (B.)**, Voies de recours et sanctions pour discrimination dans la vie professionnelle selon les directives d'anti-discrimination de la CE in *La discrimination dans la vie professionnelle : Voies de recours et application du droit*, Rapport de la 4^{ème} commission d'experts dans le cadre du projet « Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation d'anti-discrimination de l'UE : le rôle des organismes spécialisés », Bruxelles : Janet Cormack, Migration Policy Group, 2004, p. 19.
- COHEN (M.)**, *Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats*, Dr. soc. 1990, p. 790.
- COLLET ASKRI (L.)**, *Testing or not testing ? La Chambre criminelle valide ce mode de preuve, serait-il déloyal...à propos de l'arrêt du 11 juin 2002*, D. 2003, p. 1309.
- CONTE (Ph.)**, « Effectivité », « inefficacité », « sous-effectivité », « surefficacité »... : variations pour le droit pénal, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre CATALA*, Paris : Litec, 2001, p. 125.
- CORNU (G.)**,
- Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français in *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, Paris : Dalloz, 1965, Tome XIV, p. 87.
 - Rapport de synthèse in Journées René SAVATIER, *La personne humaine sujet de droit*, 4èmes Journées tenues à Poitiers les 25 et 26 mars 1993, Paris : PUF, Coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994, p. 219.
- COURTIEU (G.)**, Droit à réparation - Abus de droits et abus de pouvoirs in *J.-Cl. Resp. civ. et ass.*, Fasc. 131-20, 2005.
- COUTANT-LAPALUS (C.)**, La sanction civile in *La sanction*, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin 3, Paris : l'Harmattan, Coll. Logique juridiques, 2007, p. 211.
- CUSSON (M.)**, *Dissuasion, justice et communication pénale*, Institut pour la Justice, Etudes et analyses, mai 2010, n° 9, p. 3.
- CUTAJAR (C.)**, Propos introductif in *Journée d'étude et de formation sur le traitement de la victime de discrimination*, Strasbourg : Droit pour la Justice, Actes du colloque organisé par l'association Droit pour la Justice le 29 mars à Strasbourg, 2011, p. 5.

D

- DAIGRE (J.-J.)**, *La doctrine et la réforme de la procédure civile. A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces*, JCP 1981, I-3020.
- DANJAUME (G.)**, *Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale*, D. 1996, p. 153.
- DANTI-JUAN (M.)**,
- *La notion de dignité humaine en droit pénal*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1996, Vol. XVI, p. 99.
 - v° Discriminations in *Rép. pén.*, Dalloz, 1996.

- DARGENTAS (E.),** *La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale. Essai sur la théorie générale du droit pénal*, RPD 1997, p. 413.
- DAURY-FAUVEAU (M.),** *Le droit pénal de l'esclavage moderne*, SSL 2005, n° 1213, p. 8.
- DECAUX (E.),** Article II-81 in BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.) et PICOD (F.) (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire article par article*, Partie 2 La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 289.
- DEFFERARD (F.),** *La provocation*, RSC 2002, p. 233.
- DEGOFFE (M.),** *L'impartialité de la décision administrative*, RFDA 1998, p. 711.
- DEGUERGUE (M.),** v° Causalité et imputabilité in *J.-Cl. Adm.*, Fasc. n° 830, 2000.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.),** *Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ? A propos de l'article 222-23 du nouveau Code pénal et de la loi n. 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle*, JCP E 1993, 3662.
- DELAGE (P.-J.),** *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité*, RSC 2007, p. 797.
- DELMAS MARTY (M.),**
- *Pour des principes directeurs de la législation pénale*, RSC 1985, p. 225.
 - *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales (I)*, Rev. sociétés, 1993, p. 301.
 - *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain*, RSC 1994, p. 477.
- DELBOS (V.) et SENECHAL (M.),** v° Outrages in *Rép. pén.*, Dalloz, 2004.
- DELVOVE (G.),** *Dualité de juridictions et autorité de la chose jugée*, RFDA 1990, p. 792.
- DESORTES (F.),**
- v° Le secret de l'instruction in *J.-Cl. Proc. pén.*, art. 11, 1998.
 - v° Discriminations par des personnes exerçant une fonction publique in *J.-Cl. Pén.*, Fasc. n° 20, Art. 432-7, 2004.
 - v° Discriminations in *J.-Cl. Pén.*, Art. 225-1 à 225-4, Fasc. n° 20, 2006.
- DETRAZ (S.),** *Le rôle du Défenseur des droits, un nouveau « tout-en-un » procédural*, Dr. pén. 2011, n° 6, étude n° 8, p. 7.
- DHUME (F.),** Comment penser l'action avec les victimes de discrimination ? in GIP ARIFOR, *Du ressenti au vécu des discriminations par les victimes*, Synthèse du colloque régional tenu les 23 oct. 2007 à Chaumont, le 25 oct. 2007 à Charleville-Mézières, le 13 nov. 2007 à Troyes et le 22 nov. 2007 à Reims, Châlons-en-Champagne, 2007, p. 16.
- DIAKHATE-FAYE (M.),** *Défense des intérêts individuels des salariés et responsabilité syndicale*, D. 2001, p. 3625.
- DOBKINE (M.),** *La transaction en matière pénale*, D. 1994, p. 137.
- DORD (O.),** *Le Défenseur des droits ou la garantie rationnalisée des droits et libertés*, AJDA 2011, p. 958.
- DREVEAU (C.),** *Réflexions sur le préjudice collectif*, RTD civ. 2011, p. 249.
- DREYER (E.),**
- v° Provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence in *J.-Cl. Pén.*, Fasc. n° 20, 2007.
 - *La dignité opposée à la personne*, D. 2008, p. 2730.
- DUBET (F.),** *Egalité des places, égalité des chances*, Etudes 2011/1, Tome 414, p. 31.

DUCOULOUX-FAVARD (C.), *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, D. 1998, chron., p. 395.

DUPICHOT (J.) et GUEVEL (D.), v° Contrats et obligations – Présomptions - Notions générales in *J.-Cl. Civ.*, Fasc. n° 10, Art. 1349 à 1353, 2009.

DUQUESNE (F.) et SACHS-DURAND (C.), v° Syndicats professionnels in *Rép. trav.*, Dalloz, 2006.

E

EBERHARD (M.), *De l'expérience du racisme à sa reconnaissance comme discrimination. Stratégies discursives et conflits d'interprétation*, Sociologie 4/2010, Vol. 1, p. 479.

EDELMAN (B.),

- *Génétique et liberté*, Droits 1991, T. 13, p. 31.

- *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, D. 1997, p. 185.

ELLIS (S.), *Vérité sans réconciliation en Afrique du Sud*, Critique internationale 1999, n° 5, p. 125.

ESCANDE-VARNIOL (M. -C.),

- *La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise*, RJS 2000, n° 4, p. 260.

- *La nécessité des peines*, Etude menée par les étudiants du Master 2 Recherche droit pénal de Bordeaux, Dr. pén. 2011, n° 9, p. 25.

F

FABRE-MAGNAN (M.),

- *Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale*, D. 2008, p. 31.

- *Totems et tabous en matière de discrimination*, RDC 2010, p. 1433.

FASSIN (D.), *L'invention française de la discrimination*, Revue française de science politique 2002/4, Vol. n° 52, p. 403.

FERRAND (L.), *La Halde : bilans et perspectives*, Dr. pén. 2007, n° 11, p. 12.

FERRE (N.), *La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme*, Sociétés contemporaines 2004/1, n° 53, p. 33.

FIECHTER-BOULVARD (F.), La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit in COHET-CORDET F., *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, Coll. de l'Ecole doctorale droit, science politique, relations internationales, Colloque organisé par le Centre de droit fondamental le 23 mars 2000 à Grenoble, 2000, p. 13.

FIERENS (J.),

- *Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige*, Les Cahiers de droit 2001, Vol. n° 42, p. 647.

- La dignité humaine comme concept juridique in FERRAND (J.) et PETIT (H.) (dir.), *Fondations et naissances des droits de l'homme*, T. 1 L'odyssée des droits de l'homme, Paris : L'Harmattan, Coll. La Librairie des humanités, actes du colloque international de Grenoble organisé en octobre 2001 par le Centre historique et juridique des droits de l'homme, Faculté de droit de Grenoble, Université Pierre Mendès France, 2004, p. 171.

FITTE-DUVAL (A.), v^o Fonctionnaire et agent public in *Rép. Pén.*, Dalloz, 2003.

FLAUSS (J.-F.), *L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie*, RTDH 2001, p. 487.

FORIERS (P.), Présomptions et fictions in PERELMAN (Ch.) et FORIERS (P.) (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Travaux du centre national de recherches de logique, 1974, p. 9.

FORTIS (E.), *Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités*, AJ Pén. 2008, p. 303.

FOUCAULT (M.), Le sujet et le pouvoir in FOUCAULT M., *Dits et Ecrits 1954-1988*, Paris: Gallimard, Coll. Bibliothèque des sciences humaines, Vol. 4, 1994, p. 222.

FOULON-PIGANIOL (J.), *Discriminations raciale-refus d'un bien ou d'un service - Refus d'embauchage - Licenciements*, J.-Cl. Pén., art. 416.

FOURMENT (F.),

- *Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale*, D. 2011, p. 562.
- *Contrôle d'identité et déontologie policière, entretien avec DEBOVE (F.)*, Gaz. pal. 2012, n^o 14, p. 29.
- *Les contrôles d'identité à l'épreuve de l'enquête sociologique, Entretien avec LEVY (R.)*, Gaz. Pal. 2012, n^o 14, p. 21.
- *Contrôles d'identité : « Contrôlez, contrôlez, il en restera toujours quelque chose »*, Gaz. pal. 2012, n^o 14, p. 8.

FRAISSE (G.), *De l'exclusion à la discrimination. Une généalogie historique, philosophique et politique, entretien réalisé par PERIVIER (H.)*, Revue de l'OFCE 3/2010, n^o 114, p. 29.

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Autorités administratives incomprises*, JCP G 2010, n^o 48, Libres propos, 1166, p. 2206.

G

GABRIEL-CALIXTE (O.), *La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, LPA 2009, n^o 5, p. 3.

GARNERI (S.), *Le droit constitutionnel et mes discriminations fondées sur l'orientation sexuelle*, RFD const., 1999, n^o 40, p. 725.

GHESTIN (J.), *Les données positives du droit*, RTD civ. 2002, p. 11.

GIRAULT (C.) et GRAVELET (B.), *La Cour pénale internationale : illusion ou réalité ? A propos du Traité international adopté à Rome le 17 juillet 1998*, RSC 1999, p. 410.

- GIRAUT (F.)**, *Apartheid et Israël/Palestine, analogie et contresens*, Outre-Terre, 2004/4, n° 9, p. 145.
- GODFRIN (V.)**, Le droit au logement, un exemple de l'influence des droits fondamentaux sur le droit de propriété in PEDROT (Ph.) (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris : Economica, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, 1999, p. 137.
- GRAEFFLY (R.)**, *Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations*, AJDA 2005, n° 17, p. 934.
- GRAVEN (J.)**, *Le crime contre l'humanité*, Rec. Cours de La Haye 1950, T. 76, p. 427.
- GRENET (N.)**, *Débat sur la montée en puissance de la Halde*, Points de vue croisés entre KERN (S.), TARASEWICZ (Y.) et GRUMBACH (T.), SSL 2007, n° 1317, p. 10.
- GRIDEL (J.-P.)**, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français*, LPA 2009, n° 46, p. 113.
- GRYNBERG (A.)**, *Des signes de résurgence de l'antisémitisme dans la France de l'après-guerre (1945-1953)*, Les cahiers de la Shoah 2001/1, n° 5, p. 171.
- GUERDER (P.)**, *La poursuite et la répression pénale des discriminations en droit du travail*, Dr. soc. 1995, p. 447.
- GUINCHARD (S.)**, v° Procès équitable in *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2011.
- GUIOMARD (F.)**, *Syndicats : évolutions et limites des stratégies d'actions collectives d'action juridique*, Mouvements, 2003/4, n° 29, p. 47.
- GUIRAUDON (V.)**, *Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive « Race »*, Sociétés contemporaines 2004, n° 53, p. 11.

H

- HAQUET (A.)**, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE 2001, p. 305.
- HAROUCHE (C.)**,
- Les paradoxes de l'égalité : le cas du droit à la reconnaissance in KOUBI G. et GUGLIELMI G. J. (dir.) *L'égalité des chances : analyses, évolutions, perspectives*, Paris : la Découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 25.
 - Remarques sur les incertitudes et les ambiguïtés du droit à la dignité in KOUBI G. et al., *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris : PUF, Coll. Publication du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, colloque organisé par le Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie 1996, p. 376.
- HAROUÉL (J.-L.)**, *De l'inégalité comme outil de civilisation*, Droits 2001, n° 33, p. 127.
- HENRION (H.)**, *La loi du 15 juin 2000 assure-t-elle l'équilibre nécessaire entre les droits et les devoirs de l'Etat, de la personne mise en cause et de la victime*, Arch. pol. crim. 2002/1, n° 24, p. 81.
- HENRIOT (P.)**,
- *La HALDE dans le débat judiciaire : une « intervention » qui suscite bien des questions*, LPA 2008, n° 137, p. 10.

- *La Halde et les droits de la défense*, Extrait des observations de Monsieur le Procureur HENRIOT, SSL 2010, n° 1452, p. 9.

HENRY (M.), *Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations*, Dr. ouvr. 2001, p. 194.

HERZOG-EVANS (M.),

- *Homme, homme juridique et humanité de l'embryon*, RTD civ. 2000, p. 165.
- *Récidive : surveiller et punir plutôt que prévenir ou guérir*, AJ Pén. 2005, p. 305.

HONNETH (A.), *Le racisme comme distorsion de la perception des absurdités liées à l'exigence de tolérance*, Actes sud, La pensée de midi, 2008/2, n° 24-25, p. 98.

I

IDOUX (P.), *Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales*, RFDA 2010, p. 920.

J

JEAMMAUD (A.), *Du principe d'égalité de traitement des salariés*, Dr. soc. 2004, p. 694.

JEAMMAUD (A.), le **FRIANT (M.)**, **LYON-CAEN (A.)**, *L'ordonnancement des relations du travail*, D. 1998, p. 359.

JEAMMAUD (A.) et **SERVERIN (E.)**, *Evaluer le droit*, D. 1992, p. 263.

JOBARD (F.), *Police, justice et discriminations raciales* in **FASSIN (D.)** et **FASSIN (E.)**, *De la question sociale à la question raciale : représenter la société française*, Paris : la Découverte, Coll. Cahiers libres, 2006, p. 211.

JORION (B.), *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, RD publ. 1999, n° 1, p. 197.

JOUANJAN (O.), *Conclusions* in **COURVOISIER (C.)** et **CHARLOT (P.)** (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Dijon : Ed. Universitaires de Dijon, Coll. Institutions, 2003, p. 245.

K

KANZ (H.), *Emmanuel Kant (1724-1804)*, *Perspectives : Revue trimestrielle d'éducation comparée* 1993, Vol. XXIII, n° 3-4, p. 813.

KOERING-JOULIN (R.), *Le droit pénal et la lutte contre les atteintes discriminatoires*, RID Pén. 1986, n° 1-2, p. 15.

KORMAN (Ch.), *La répression du discours raciste en France*, RTDH 2005, p. 385.

KOUBI (G.), *Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ?* in **KOUBI (G.)** et **GUGLIELMI (G. J.)** (dir.) *L'égalité des chances : analyses, évolutions, perspectives*, Paris : la Découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 69.

KREMER MARIETTI (A.), Les fondements philosophiques du droit pénal in Centre universitaire de recherches administratives et politiques (Amiens), CHEVALLIER (J.) et al., *Le droit en procès*, Paris : PUF, Coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1983, p. 107.

L

LABORDE (J.-P.), Garanties de ressources et dignité de la personne humaine in PEDROT (Ph.) (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris : Economica, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, 1999, p. 111.

LAGACHE (D.), *La psycho-criminogénèse*, Revue française de psychanalyse 1951, Vol. 15, n° 1, p. 103.

LAGARDE (X.), *Finalités et principe du droit de la preuve. - Ce qui change*, JCP G 2005, n° 17, I-133.

LAMARCHE (L.), *Les institutions de défense des droits de la personne au Québec*, RF adm. publ. 2011, n° 139, p. 487.

de LAMY (B.), *L'imprudence justifiée*, D. 2000, p. 780.

LANGLOIS (Ph.), *Discrimination, égalité et rémunération : régime et fondement*, SSL 2006, n° 1256, suppl., p. 7.

LANQUETIN (M.-T.),

- *La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire*, Dr. soc. 1995, p. 435.
- *Un tournant en matière de preuve des discriminations*, Dr. soc. 2000, p. 589.
- *La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique*, Migrations Etudes, 2004, n° 126, p. 1.
- *Discrimination in Rép. trav.*, Dalloz, 2010.

LAPOINTE (E.), *Justifié donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces*, D. 1996, p. 247.

LASCOUMES (P.) et SERVERIN (E.), *Théories et pratiques de l'effectivité du droit*, Droit et société, 2-1986, p. 127.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.),

- *Les droits de la défense : nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale*, Rev. pén. 2006, p. 537.
- *Le testing*, AJ Pén. 2008, p. 310.
- *Discriminations*, J.-Cl. Pén., Art. 225-1 à 225-4, Fasc. n° 20, 2011.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et BONFILS (Ph.), Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale, in MALABAT (V.), DE LAMY (B.), GIACOPELLI (M.) (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires - Etudes, 2009, p. 251.

LATRAVERSE (S.) et MARTIN (D.), *Approche comparative du droit de la non-discrimination*, RDT 2008, p. 761.

LAVAL (C.), *Jeremy Bentham et le gouvernement des intérêts*, Revue du Mauss 2006/1, n° 27, p. 289.

LAVAUD-LEGENDRE (B.),

- *La vulnérabilité, fondement tacite du travail forcé*, D. 2009, p. 1935.
 - *La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction*, RDSS 2010, p. 520.
- LAVERGNE (G.)**, *La discrimination systémique sous la Charte québécoise. En marge des arrêts O'Malley et Bhinder*, Les Cahiers de droit 1986, Vol. 27, n° 4, p. 901.
- LEBEN (Ch.)**, *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi*, RD publ. 1982, p. 295.
- LEBLOIS-HAPPE (J.)**, *De la transaction pénale à la composition pénale. - Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, JCP G 2000, n° 3, I-98, p. 63.
- LEBORGNE (A.)**, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe*, RTD civ. 1996, p. 535.
- LE COHU (P.)**, *Réagir à l'exercice du droit d'alerte des délégués du personnel*, Les cahiers du DRH 2008, n° 142, p. 4.
- LEGAL (A.)**, *L'évolution de la jurisprudence en matière d'erreur de droit*, Revue pénale suisse 1961, p. 317.
- LEGROS (R.)**, Les notions à contenu variable en droit pénal in PERELMAN (Ch.) et VANDER ELST (R.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Travaux du centre national de recherches de logique, 1984, p. 21.
- LEMAN-LANGLOIS (S.)**, *La vérité réparatrice dans la commission vérité et réconciliation d'Afrique du Sud*, Les cahiers de la justice 2006, n° 1, p. 209.
- LEMENNICIER (B.)**, *Bioéthique et propriété*, Droits 1991, T. 13, p. 111.
- LEMKIN (R.)**, *Le crime de génocide*, RDISDP 1964, Vol. 24, p. 213.
- LEVASSEUR (G.)**, Le droit de la preuve en droit pénal français, in PERELMAN (Ch.) et FORIERS (P.) (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Travaux du centre national de recherches de logique, 1981, p. 175.
- LICARI (S.)**, *Des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine résultant d'un abus de la situation de vulnérabilité ou de dépendance de la victime*, RSC 2001, p. 553.
- LIKILLIMBA (G.-A.)**, *Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements*, RTD com. 2009, p. 1.
- LOCHAK (D.)**,
- *Réflexions sur la notion de discrimination*, Dr. soc. 1987, p. 778.
 - *Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ?*, Dr. soc. 1990, p. 76.
- LOISEAU (G.)**, *La Halde : quelle autorité ?* Dr. soc. 2009, p. 142.
- LOMBOIS (C.)**, *Rapport de synthèse*, LPA 1993, n° 120, p. 48.
- LUCHAIRE (F.)**, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RD publ. 1986, p. 1229.
- LYON CAEN (A.)**,
- *L'égalité et la loi en droit du travail*, Dr. soc. 1990, p. 68.
 - *A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens*, RDT 2006, p. 16.
 - *Feu la HALDE*, RDT, 2011, p. 1.

MAINGUY (D.),

- *A propos de l'introduction de la class action en droit français*, D. 2005, Point de vue, p. 1282.
- *Une class action à la française ?*, D. 2005, p. 2180.

MAISON (R.), Les frontières entre les crimes in TAVERNIER P., RENAULT C. (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruxelles : Bruylant, Coll. du CREDHO, actes du colloque organisé le 24 octobre 2003 par l'Université d'Évry-Val d'Essonne et le CREDHO, 2004, p. 7.

MALABAT (V.), Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal, in MALABAT (V.), de LAMY (B.) et GIACOPELLI (M.) (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires - Etudes, 2009, p. 71.

MARECHAL (J.-Y.), *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, JCP E 2009, n° 38, 249, p. 46.

MARRAUD (C.), *Le droit à la preuve. La production forcée des preuves en justice*, JCP 1973, II-2572.

MASDEU-ARUS (J.), Propositions concernant les peines de substitution in de CHARETTE (H.) et al. (dir.), *Réflexion sur l'effectivité de la sanction pénale*, Paris : Economica, 2003, p. 53.

MASSE (M.), *Le crime contre l'humanité dans le nouveau Code pénal français*, RSC 1994, p. 376.

MASSIAS (F.), *Faut-il pénaliser le racisme*, RTDH 2001, p. 601.

MASSIS (T.), DUPEUX (J.-Y.), BOURG (F.), v° Injure in *Rép. Pén.*, Dalloz, 2004.

MASSOT (J.), *La répartition du contentieux entre les deux ordres*, RFDA 2010, p. 907.

MATHIEU (B.),

- *Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme*, D. 1995, p. 211.
- *La dignité de la personne humaine, quel droit ? Quel titulaire ?*, D. 1996, p. 282.

MATUTANO (E.), *Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits*, Dr. adm. 2011, n° 8-9, p. 18.

MAYAUD (Y.),

- *Ratio legis et incrimination*, RSC 1983, p. 597.
- *La HALDE, une trop « Haute » autorité ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression*, Dr. soc. 2007, p. 930.
- L'emprise contrastée de la jurisprudence sur le Livre II du Code pénal in MALABAT (V.), de LAMY (B.) et GIACOPELLI (M.) (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires - Etudes, 2009, p. 79.

MAZEAUD (P.) et SCHRAMECK (O.), *Rapport de la commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck*, RD publ. 2008, p. 3.

MELKEVIK (B.), Vulnérabilité, droit et autonomie : un essai sur le sujet de droit in de RAULIN (A.), (dir.), *Situations d'urgence et droits fondamentaux*, Paris : L'Harmattan, Coll. Economie plurielle – Droits et société, 2006, p. 49.

MEMETEAU (G.),

- *La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque*, RTD civ. 1990, p. 611.
- Vie biologique et personnalité juridique. Qui se souvient des Hommes ? in Journées René SAVATIER, *La personne humaine sujet de droit*, 4èmes Journées tenues à Poitiers les 25 et 26 mars 1993, Paris : PUF, Coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994, p. 21.

MENARD (J.-C.), *Le Défenseur des droits : "monstre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ?*, LPA 2008, n° 214, p. 4.

MICLO (F.), *Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois*, AJDA 1982, p. 115.

MILBURN (P.), *Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des « politiques pénales » ?*, Droit et société 2010/1, n° 74, p. 73.

MIMIN (P.), L'intention et le mobile in *La chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice PATIN*, Paris : Cujas, 1966, p. 113.

MINE (M.), *Discriminations : une transposition laborieuse...Loi n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, RDT 2008, p. 532.

MINET (C.), *Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail*, JCP E 2003, n° 21, p. 894.

MIQUEL (P.-A.), *Respect et inviolabilité du corps humain*, Noesis 2007, n° 12, p. 239.

MISTRETTA (P.), *La protection de la dignité et les vicissitudes du droit pénal*, JCP G 2005, I-100.

MOINE-DUPUIS (I.), *L'intention en droit pénal : une notion introuvable ?*, D. 2001, p. 2144.

MOLFESSIS (N.),

- *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, LPA 1998, n° 117, p. 21.
- La dignité de la personne humaine en droit civil in PAVIA (M.-L.) et REVET (T.) (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. 107.

MOREAU (B.) et NIOERE (V.), *Plaidoyer pour la libre communication par l'avocat des éléments d'un dossier pénal d'instruction en cours devant une juridiction étatique ou arbitrale*, Gaz. pal. 2003, n° 217, p. 2.

MOREAU (M.- A.),

- *A propos de l'abus d'autorité en matière sexuelle*, Dr. soc. 1993, p. 115.
- *Les justifications des discriminations*, Dr. soc. 2002, p. 1112.

MOTULKSY (H.), Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, T. 2 : Droit privé, propriété industrielle littéraire et artistique, Paris : Dalloz-Sirey, 1961, p. 542.

MOUREY (L.), *Les délits de harcèlement sexuel et de discrimination: retour sur une difficile association (à propos de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel)*, LPA 2012, n° 191, p. 6.

MOUSSERON (P.), *Conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD com. 1998, p. 243.

MOUTOUH (H.), *Dignité de l'homme en droit*, RD publ. 1999, p. 159.

N

NEIRINCK (C.),

- *L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable*, D. 2003, p. 841.
- *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique* in PEDROT (Ph.) (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris : Economica, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, 1999, p. 39.

NIORE (V.), *La HALDE : ni partie, ni témoin. La recherche de son statut dans le procès pénal*, Gaz. Pal. 2007, n° 272, p. 2.

NOBEL (P.), *L'action contre le racisme et la xénophobie*, RD publ. 1990, p. 1309.

NOEL (O.),

- *Idéologie raciste et production de système discriminatoire dans le champ de l'apprentissage*, Travailler 2006/2, n° 16, p. 15.
- *Subjectivation des vécus, objectivation juridique des faits. Un dilemme pour l'évaluation des politiques relatives aux discriminations*, CNAF Informations sociales 2008/4, n° 148, p. 124.

P

PARTSCH (K.-J.), *L'incrimination de la discrimination raciale dans les législations pénales nationales*, RSC 1977, p. 19.

PAULIAT (M.), De la dignitas à la dignité, in GABORIAU (S.), PAULIAT (H.), *Justice, éthique et dignité*, Limoges : PULIM, Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, Cinquièmes Entretiens d'Aguesseau, 2006, p. 29.

PAUTRAT (R.), v° Conseil de Prud'hommes (Procédure) in *Rép. trav.*, Dalloz, 1994.

PAVIA (M.-L.), La découverte de la dignité de la personne humaine in PAVIA (M.-L.) et REVET (T.) (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. 3.

PELISSON (E.), Les discriminations au faciès : revue de littérature in PELISSON (E.), *L'apparence physique motif de discrimination : entre norme, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible*, Lille : Sciences po. Lille, Colloque du 16 novembre 2009 à Lille, 2012, p. 113.

PERRIER (J.-B.), *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, RSC 2011, p. 425.

PERU PIROTTE (L.), Réflexions autour du critère de l'apparence physique in PELISSON (E.), *L'apparence physique motif de discrimination : entre norme, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible*, Lille : Sciences po. Lille, Colloque du 16 novembre 2009 à Lille, 2012, p. 10.

PETIT (S.) et COHEN (C.), *La Halde a-t-elle sa place devant les juridictions*, D. 2008, p. 1519.

PETTITI (C.), *La loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Gaz. Pal. 2005, n° 85, p. 2.

PETTITI (L.-E.), La dignité de la personne humaine en droit européen in PAVIA (M.-L.) et REVET (T.) (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. 53.

PEYRAT (D.), *La politique judiciaire de la ville*, Gaz. Pal. 2000, n° 88, p. 8

PICCA (G.), La menace de la sanction est-elle dissuasive pour le délinquant ? in BORN (M.), KEFER (F.) et LEMAITRE (A.) (dir.), *Une criminologie de la tradition à l'innovation : en hommage à Georges Kellens*, Bruxelles : Larcier, 2006, p. 433.

PICHERAL (C.), L'incertaine détermination des différences de traitement, in SUDRE (F.) et SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Droit et Justice, actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit-Université de Montpellier I, 2008, p. 87.

PINEL (J.-P.), *Les violences contre le féminin*, Revue Connexions 2008/2, n° 90, p. 7.

PIN (X.),

- *La privatisation du procès pénal*, RSC 2002, p. 245.

- *Les victimes d'infractions. Définitions et enjeux*, Arch. pol. crim., 2006/1, n° 28, p. 49.

PIRES (A.), Kant face à la justice criminelle in DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.), PIRES (A.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, T. 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, Montréal : Presses de l'université de Montréal, Ottawa : Presses de l'université d'Ottawa, Bruxelles : De Boeck université, 1998, Coll. Perspectives criminologiques, 1998, p. 145.

PIWNICA (E.), *La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes*, RFDA 2010, p. 915.

POLICAR (A.), *Egalité et hiérarchie : Célestin BOUGLE et Louis DUMONT face au système des castes*, Revue Esprit 2001, n° 1, p. 43.

PONCELA (P.),

- *Le droit pénal : au nom de la loi ou malgré la loi*, Arch. de philosophie du droit, 1980, T. 25 : La loi, p. 29.

- *Introduction à une approche philosophique de la sanction*, Arch. pol. crim. 1984, n° 7, p. 53.

PONCET (S.),

- *La Halde respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ? (1^{ère} partie)*, JSL 2011, n° 291, p. 4.

- *La Halde respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause (2^{ème} partie)*, JSL 2011, n° 292, p. 4.

PORTA (J.), *Discrimination, égalité et égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit à la non-discrimination 1^{ère} partie*, RDT 2011, p. 290.

PUIGELIER (C.), Vrai, véridique et vraisemblable in PUIGELIER (C.) (dir.), *La preuve*, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, actes du colloque organisé au Sénat les 13 et 14 février 2004 par l'Institut d'Etudes judiciaires de la faculté de droit de l'Université Paris XIII 2004, p. 195.

Q

QUETANT (G.-P.), *La Halde, « bonne amie » du salarié demandeur devant le conseil des prud'hommes*, JSL 2007, n° 223, p. 6.

R

RAY (J.-E.), *Actualité des TIC*, Dr. soc. 2010, p. 267.

REDON (M.), v° Transaction in *Rép. pén.*, Dalloz, 2011.

RENAUD-DURAND (P.), La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal in LAZERGES (C.) (dir.) *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris : A Pedone, 1995, p. 120.

RENAUDIE (O.), *La genèse complexe du Défenseur des droits*, RF adm. publ 2011, n° 139, p. 397.

RENUCCI (J.-F.), *L'identité du cocontractant*, RTD com. 1993, p. 441.

REYNAUD PALIGOTT (C.), *L'émergence de l'antisémitisme chez les anthropologues français*, Archives juives 2010/1, Vol. 43, p. 66.

RIALS (S.), *Supraconstitutionnalité et systématisme du droit*, Archives de philosophie du droit 1986, T. 31 : Le système juridique, p. 57.

RICOEUR (P.), Autonomie et vulnérabilité, in DILLENS (A.-M.) (dir.), *La philosophie dans la cité : hommage à Hélène Ackermans*, Bruxelles : Facultés universitaires de Saint-Louis, Coll. Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1997, p. 121.

RIVERO (J.),

- *Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français* in Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'association Henri CAPITANT, T. XIV, Paris : Dalloz, 1965, p. 343.
- *Etat des libertés en France en 1971-1972* in Université de Franche-Comté, *Annuaire français des droits de l'homme*, Paris : Pedone, 1974, Tome 1, p. 369.

ROMAN (D.), « *A corps défendant* », *la protection de l'individu contre lui-même*, D. 2007, p. 1284.

RONGERE (P.), *A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés*, Dr. soc. 1990, p. 99.

ROUCHY (J.-Cl.), *Le groupe « chaînon manquant »*, Revue de psychothérapie psychanalytique de groupe 2005/2, n° 45, p. 51.

ROULOT (J.-F.), *La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France : une répression nationale d'un crime international*, RSC 1999, p. 545.

ROUSSEAU (F.),

- *La répartition des responsabilités dans l'entreprise*, RSC 2011, p. 804.
- *De quelques réflexions sur la responsabilité collective. Aspects de droit civil et de droit pénal*, D. 2011, p. 1983.

ROUYERE (A.), *La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ?*, RFDA 2010, p. 887.

ROY-LOUSTAUNAU (C.),

- *Le harcèlement sexuel « à la française », Commentaire de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992*, JCP E 1993, I-237.
- *Le droit du harcèlement sexuel : un puzzle législatif et des choix novateurs*, Dr. soc. 1995, p. 545.

ROZEC (P.), et MANIGOT (V.), *La place de la HALDE dans le paysage judiciaire*, JCP S 2010, n° 28, 1294, p. 12.

RUET (L.), *Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial*, RTD com. 1991, p. 151.

S

SAID (K.),

- *La loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ; vers l'admission d'une justification des discriminations ?*, RDT 2008, p. 389.
- *La justification des mesures discriminatoires : un contrôle limité par les juges du fond ?*, RDT 2012, p. 364.

SAINT JAMES (V.), *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français*, D. 1997, p. 61.

SAINT-JOURS (Y.), *La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau*, D. 1990, p. 113.

SALOMON (R.), *La rigueur du droit pénal et la probité publique*, Dr. pén. 2012, n° 1, étude 2.

SALVAGE (P.), *Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse* in *J.-Cl. Pén.*, Art. 223-15-2 à 223-15-4, 2011.

SANDKÜHLER (H.-J.), *Sur la dignité humaine* in POULAIN (J.), SANDKÜHLER (H.-J.), TRIKI (G.) (dir.), *Pour une démocratie transculturelle*, Paris : L'Harmattan, Coll. Perspectives transculturelles 2010, p. 237.

SIYES (E. J.), *Préliminaire de la Constitution, reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen* in FAURE (C.), *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Paris : Payot, Coll. Bibliothèque historique, 1988, p. 93.

SERRATRICE-COUTTENIER (B.), *L'incidence de la phase préparatoire du jugement pénal sur le droit disciplinaire du travail*, RSC 1997, p. 579.

SEUBE (J.-B.), *Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale*, LPA 2009, n° 46, p. 86.

SEUVIC (J.-F.),

- *Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées* in PEDROT (Ph.) (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris : Economica, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, 1999, p. 339.
- *Modifications des circonstances aggravantes du meurtre et de l'empoisonnement*, RSC 2003, p. 828.
- *Circonstance aggravante liée à la raison de la commission de certaines infractions : art. 132-76, c. pén.*, RSC 2003, p. 367.

- *Circonstances aggravantes liées à la raison de la commission de certaines infractions. Orientation sexuelle de la victime (art. 132-77 du Code pénal) ; qualités de certaines victimes*, RSC 2003, p. 826.
 - « *De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines* », art. 132-71 à 132-78, c. pén., RSC 2004, p. 384.
- SEVELY (C.)**, *Réflexions sur l'inhumain et le droit. Le droit en quête d'humanité*, RSC 2005, p. 483.
- SOULARD (C.)**, Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la Chambre criminelle in Cour de cassation, *Rapport 2003 – L'égalité*, La Documentation française, juin 2004, p. 33.
- SOULET (M.-H.)**, *La vulnérabilité comme catégorie de l'action publique*, Pensée plurielle 2005/2, n°10, p. 49.
- SOUSSE (M.)**, *Le principe de non-discrimination : les rapports entre le système européen de protection et le système français*, AJDA 1999, p. 985.
- SPITZ (J.-F.)**, *Sur l'amour de l'égalité. Essai sur la critique de l'égalitarisme*, Droits 2001, n° 33, p. 110.
- STASIAK (F.)**, *L'autorité de chose jugée d'une décision de relaxe sur l'instance prud'homale en licenciement*, RSC 1994, p. 267.
- SUDRE (F.)**, Article 3 in PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris : Economica, 1999, p. 155.
- SUPIOT (A.)**, *Le travail, liberté partagée*, Dr. soc. 1993, p. 715.
- SUR (P.-O.)**, *L'action pénale des associations de défense de victimes 1901-2001*, Gaz. Pal. 2001, n° 226, p. 5
- SYR (J.-H.)**, *Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale*, RSC 1994, p. 217.
- SZABO (D.)**, *L'évaluation des politiques criminelles: quelques remarques préliminaires*, RSC 1981, p. 1 et s.

T

- TAGARAS (H.)**, La notion d'accusation et les droits de l'accusé in Institut des droits de l'homme des avocats européens et Institut des droits de l'homme du Barreau de Bordeaux, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles : Bruylant, Actes du colloque organisé les 29 et 30 sept. 2000 pour le 50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme à Bordeaux, 2001, p. 43.
- TAHON (R.)**, *Le mobile en droit pénal belge*, RD pén. crim. 1948-1949, p. 101.
- TANDE (A.)**, « *La notion de discrimination dans les discours de l'action publique en France (1992-2005)* ». *Entre intégration et égalité des chances*, Informations sociales 2008/4, n° 148, p. 20.
- TEITGEN-COLLY (C.)**, *Le défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel*, LPA 2008, n° 254, p. 125.
- TELLIER (V.)**, *En finir avec la primauté du criminel sur le civil !*, RSC 2009, p. 797.
- TEYSSIE (B.)**, La preuve en droit du travail in PUIGELIER (C.) (dir.), *La preuve*, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, actes du colloque organisé au Sénat les 13 et 14 février

2004 par l'Institut d'Etudes judiciaires de la faculté de droit de l'Université Paris XIII 2004, p. 73.

THERY (P.), *Les finalités du droit de la preuve en droit privé*, Droits 1996, p. 41.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997, p. 357.

THIERRY (J.-B.), *L'individualisation du droit criminel*, RSC 2008, p. 59.

THOMAS (D. et al.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Arch. pol. crim., 2004/1, n° 26, p. 113.

THOUVENIN (D.), *Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique*, D. 1990, p. 149.

TOKARSKA-BAKIR (J.) et MULLER (S.), *Des racines mythiques de l'antisémitisme : le meurtre rituel juif*, Ethnologie française, 2010/2, Vol. 40, p. 305.

TRAORE S., *Les autorités administratives indépendantes dotée de la personne morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique*, Dr. adm. 2004, n° 8, p. 16.

TRICOT (J.), *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français (I)*, RSC 2012, p. 19.

TRIGEAUD (J.-M.), La personne humaine, sujet de droit in Journées SAVATIER (R.), *La personne humaine sujet de droit*, 4^{èmes} Journées tenues à Poitiers les 25 et 26 mars 1993, Paris : PUF, Coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994, p. 3.

TROUSSE (P.), *Le mobile justificatif*, RD pén. crim 1962, p. 418.

TUSSEAU (G.), *Jeremy Bentham et les droits de l'homme : un réexamen*, RTDH 2002, p. 407.

TZITZIS (S.),

- *Humanisme, dignité de la personne et droits des détenus*, Rev. pén. 2010, p. 205.
- *L'éthique des Droits de l'homme et les diversités culturelles*, in FERRAND (J.) et PETIT (H.) (dir.), *Fondations et naissances des droits de l'homme*, T. 1 L'odyssée des droits de l'homme, Paris : L'Harmattan, Coll. La Librairie des humanités, actes du colloque international de Grenoble organisé en octobre 2001 par le Centre historique et juridique des droits de l'homme, Faculté de droit de Grenoble, Université Pierre Mendès France, 2004, p. 185.

V

VAN DIJK (T. A.), *Le racisme dans le discours des élites*, Multitudes, 2005/4, n° 23, p. 41.

VAN de KERCHOVE (M.), *Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie*, CNAF Informations sociales 2005/7, n° 127, p. 22.

VEDEL (G.),

- Préface de la thèse de DELVOVE (P.), *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris : LGDJ, 1969, p. 13.
- L'égalité in COLLIARD (C.-A.) et al., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : ses origines, sa pérennité*, Paris : La Documentation française, Actes du colloque du 6-8 mars 1989 tenu à Paris, 1990, p. 172.

VERGES (E.), *Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale*, AJ Pén. 2006, p. 354.

VERPEAUX (M.), *Moderniser et équilibrer les institutions de la Vème République. – Premières réflexions sur 77 propositions*, JCP G 2007, n° 46, I -204, p. 15.

VIDAL (D.), *Combattre les racismes et leur manipulation*, Revue internationale et stratégique 2005, n° 58, p. 171.

VIOTOLLO (A.), *Le harcèlement sexuel dans les relations de travail. La spécificité française confrontée au droit communautaire*, JCP E, 2003, 1202.

VIRIOT-BARRIAL (D.), v° *Dignité de la personne humaine* in Rép. pén., Dalloz.

VISSER'T HOOFT (H.- PH), *John Rawls et l'utilitarisme*, Arch. de philosophie du droit. 1981, n° 26, p. 175.

VOLFF (J.), *Elaborer et mener la politique pénale d'un parquet*, D. 2009, p. 317.

VOULAND (P.), *L'exercice quotidien de la fonction de défense et la loyauté de la preuve*, AJ Pén. 2005, p. 275.

W

WAGNER (M.), *Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance*, RSC 2011, p. 37.

WALTHER (J.), *A justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine*, RSC 2007, p. 23.

WAQUET (Ph.), *Le principe d'égalité en droit du travail*, Dr. soc. 2003, p. 276.

WIEWIORKA (M.), *Identités culturelles et démocratie*, Cahier des Amériques Latines 2005, n° 45, p. 21.

WILLMAN (C.),

- *La liberté du travail, un enjeu majeur de la notion d'esclavage moderne*, SSL 2005, n° 1213 suppl., p. 19.
- *Avant-propos, Esclavage économique*, SSL 2005, n° 1213 suppl., p. 3.
- *Définir la « race » et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise*, Dr. soc., 2007, p. 936.

WOEHLING (J.-M.), *Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé*, Informations sociales 2008/4, n°148, p. 58.

V - COMMENTAIRES et CONCLUSIONS

A

AUBERT MONPEYSSEN (T.), comm. sous Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-45.258 et n° 97-45.259, JCP E 2001, n° 5, p. 233.

B

de BELVAL (B.), note sous Cass. civ., 7 oct. 2004, n° 03-12.653, Gaz. Pal. 2005, n° 4, p. 8.

BILGER (P.), note sous TC Paris, 6 déc. 1984, Gaz Pal. 1985, n° 2, p. 706.

BOIZARD (M.),

- obs. sous CE Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, req. n° 207434, AJDA 2001, p. 387.

- obs. sous Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-20.188, D. 2001, p. 2749.

BOMBLED (M.), obs. sous Cass. crim., 11 oct. 2011, D. 2011, p. 2841.

BOULMIER (D.), note sous Cass. soc., 7 févr. 2012, n° 10-10.505, JCP S. 2012, n° 14, 1150, p. 24.

BOULOC (B.),

- note sous Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85.484, RSC 1998, p. 536.

- obs. sous Cass. crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653, D. 2000, p. 194.

- obs. sous Cass. crim., 18 janv. 2000, n° 99-80.318, RSC 2000, p. 816.

- obs. sous Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 03-87.444, RTD com. 2005, p. 428.

- obs. sous Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-80.800, RTD com. 2008, p. 638.

- obs. sous Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80.261, RTD com. 2009, p. 218.

- obs. sous Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212, AJ Pén. 2012, p. 35.

BRETHER de la GRESSAYE (J.), note sous Cass. req., 24 nov. 1924, S. 1925, 1, p. 217.

C

CANEDO-PARIS (M.), note sous CE Ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, req. n° 298348, RFDA 2010, p. 126.

CASTETS-RENARD (C.), note sous Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, D. 2007, p. 2284.

CHARBONNEAU (C.),

- obs. sous Cass. soc., 28 septembre 2004, n° 03-42.624, CSBP 2004, n° 165, p. 473.

- obs. sous Cass. soc., 20 sept. 2005, n° 02-47.163, CSBP 2005, n° 171, p. 282.

CERF-HOLLENDER (A.),

- note sous Cass. crim., 2 sept. 2003, n° 02-86.048, RSC 2004, p. 363.

- note sous Cass. crim., 6 mai 2008, n° 07-80.530, RSC 2009, p. 391.

CESARO (J.-F.),

- note sous Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-47.156, JCP S 2007, n° 4, 1035.

- note sous Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-42.666, JCP S 2011, n° 20, p. 30.

COLLET ASKRI (L.), note sous Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, D. 2002, p. 2657.

COLLIN (P.), concl. sur CE, 26 déc. 2008, *Gonzales-Castrillo*, req. n° 282995, Dr. fisc. 2009, n° 10, p. 47.

D

DARSONVILLE (A.), note sous Cass. crim., 30 mai 2007, n° 06-84.328, D. 2007, p. 2039.
DELMAS-SAINT HILAIRE (J.-P.), note sous Cass. crim., 21 mai 1996, n° 94-83.365, RSC 1997, p. 650.

DETRAZ (S.),

- note sous Cass. crim., 1^{er} mars 2005, n° 04-83.556, Dr. pén. 2008, n° 6, p. 12.
- comm. sous Cass. soc., 21 mai 2008, n° 06-44.948, JCP G 2008, n° 28, II-10135, p. 48.
- note sous Cass. crim. 20 janv. 2009, n° 08-83.710, D. 2009, p. 997.
- comm. sous Cass. crim., 1 sept. 2010, n° 10-80.584, D. 2010, p. 2624.
- note sous Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641, Gaz. Pal. 2011, n° 314, p. 11.

DREIFUSS (M.), note sous CE Avis, 31 mars 1995, *SARL Auto-Industrie Méric c/Ministère du budget*, req. n° 164008 AJDA 1995, p. 739.

DREYER (E.), note sous Cass. crim., 1^{er} sept. 2010, n° 10-80.584, JCP G 2010, n° 49, 1208.

E

EDELMAN (B.), note sous TGI Paris, 1^{er} févr. 1995, D. 1995, p. 569.

ENDERLIN (S.), obs. sous Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 03-87.444, AJ Pén. 2005, p. 23.

EVERAERT-DUMONT (D.), note sous Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-68.297, JCP S 2011 n° 27, 1329, p. 40.

F

FABRE-MAGNAN (M.), note sous CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D. c/Belgique*, D. 2005, p. 2973.

FAVOREU (L.), note sous Cons. const, déc. n° 80-125 DC du 19 décembre 1980, RD publ. 1981, p. 631.

FILNIEZ (R.), note sous Cass. crim. 31 janvier 2007, n° 06-82.383, RSC 2007, p. 322.

FORTIS (E.),

- obs. sous Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254, RSC 2004, p. 635.
- obs. sous Cass. crim., 7 sept. 2004, n° 04-80.010, RSC 2005, p. 69.
- note sous Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 04-81.397, Dr. ouvr. 2005, p. 234.
- note sous Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80.261, RSC 2009, p. 89.

FRAISSINIER-AMIOT (V.), note sous Cass. soc., 25 janv. 2011, n° 09-72834, LPA 2011, n° 103, p. 12.

FRYDMAN (P.), concl. sur CE Ass., 27 oct. 1995, RFDA 1995, p. 1208.

G

GABA (H. K.), note sous Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254, D. 2004, p. 2326.

GABRIEL (A.), note sous Cass. plén., 31 avr. 1991, n° 90-20.105, Gaz. Pal. 2009, n° 70-71, p. 39.

GAUDEMET (P.-M.), note sous Cons const., déc. n° 73-51 DC du 27 déc. 1973, *Taxation d'office*, AJDA 1974, p. 236.

GIUDICELLI-DELAGÉ (G.), comm. sous Cass. crim., 12 sept. 2000 et sous Cass. crim., 16 janv. 2001, RSC 2001, p. 824.

GUYOMAR (M.), concl. sur CE Ass., 7 juillet 2006, *France Nature Environnement*, req. n° 283178, RFDA 2006. p. 1261.

H

HAMON (L.), note sous Cons const., déc. n° 73-51 DC du 27 déc. 1973, *Taxation d'office*, D. 1974, p. 83.

I

INES (B.), comm. sous Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-42.666, D. 2011, p. 1021.

J

JEZE (G.), note sous CE, 9 mai 1913, *Roubeau*, RD publ. 1913, p. 686.

JORION (B.), note sous Cons. const., déc. n° 94-359 DC du 19 janv. 1995, AJDA 1995, p. 455.

JOURDAIN (P.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, RTD civ. 1997, p. 434.

L

de LAMY (B.), obs. sous Cass. crim., 11 juin 2010, n° 09-87.884, RSC 2011, p. 177.

LANQUETIN (M.-Th.),

- obs. sous Cass. soc., 23 novembre 1999, n° 97-42.940, Dr. soc. 2000, p. 589.

- obs. sous Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-45.258 et n° 97-45.259, Dr. soc. 2000, p. 589.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.),

- note sous Cass. crim., 6 mai 2008, n° 07-80.530, AJ Pén. 2008, p. 375.

- note sous Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-81.666, AJ Pén. 2008, p. 418.
 - obs. sous Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-83.710, AJ Pén., 2009, p. 180.
 - note sous Cass. crim., 26 mai 2009, n° 08-85.601, AJ Pén. 2009, p. 357.
 - comm. sous Cass. crim., 27 janv. 2010, n° 09-83.395 ; AJ Pén. 2010, p. 280.
 - et **MOUREY (L.)**, note sous CA Colmar, 25 oct. 2011, Gaz. Pal. 2011, n° 335, p. 11.
 - et **MOUREY (L.)**, note sous Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641, Gaz. Pal. 2011, n° 230, p. 11.
 - note sous Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 10.86-974, LPA 2012, n° 118, p. 15.
- LATTES (J.-M.)**, obs. sous Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-45.258 et n° 97-45.259, D. 2000, p. 375.
- LAWSON (R.)**, obs. sous Cass. soc. 15 nov. 2006, n° 04-48.814, CSPB 2007, n° 188, p. 96.
- LEBLOIS HAPPE (J.)**, obs. sous Cass. crim., 24 mai 2005, n° 04-87.490, AJ Pén. 2005, p. 415.
- LEBORGNE-INGELAERE (C.)**,
- note sous Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-40.988, JCP S 2009, n° 42, 1464.
 - note sous Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 08-19.748, JCP S 2010, n° 4, 1025, p. 25.
- LEBRETON (G.)**, note sous CE Ass. 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, req. n° 143578, D. 1996, p. 177.
- LECLERC (O.)**, note sous Cass. soc, 28 mars 2006, n° 04-41.01, RDT 2006, p. 116.
- LE GUNEHEC (F.)**,
- rapp. sous Cass. crim., 6 oct. 1983, *Barbie*, n° 83-94.194, JCP 1983, II-20107.
 - rapp. sous Cass. crim., 26 janv. 1984, *Touvier*, n° 83-94425, JCP 1984, II-20197.
 - rapp. sous Cass. crim., 20 déc. 1985, JCP G 1986 II-20655.
- LEROUGE (L.)**, obs. sous Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-80.800, RDT 2008, p. 247.
- LEHERNOULD (J.-P.)**, comm. sous Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.067, JSL 2011, n° 307, p. 11.
- LOISEAU (G.)**, comm. sous Cass. soc, 2 juin 2010, n° 08-40.628, JCP S 2010, n° 24, 1241, p. 27.
- LUCHAIRE (F.)**, note sous Cons. const., déc. n° 94-343/344 DC du 27 juill. 1994, JCP 1994, I-3788.
- LYON CAEN (A.)**, note sous Cass. soc., 29 oct. 1996, *Sté Delzongle c/ Ponsolle*, n° 92-43.680, Dr. soc. 1996, p. 1013.

M

- MAIRESSE (M.)**, obs. sous Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, Gaz. Pal 2007, n° 187, p. 11.
- MALAURIE (P.)**, note sous CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D. c/Belgique*, LPA 1^{er} aout 2006, p. 6,
- MARECHAL (J.-Y.)**, note sous Cass. crim, 9 mars 2010, n° 09-80.543, D. 2010, p. 2135.
- MARGUENAUD (J.-P.)**,
- note sous CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D. c/Belgique*, RTD civ. 2005, p. 341.
 - obs. sous CEDH, 7 mars 2006, *Evans c/Royaume-Uni*, RTD civ. 2006, p. 255.

MARTINON (A.), comm. sous Cass. soc., 28 janv. 2010, n° 08-44.486, JCP S 2010, n° 21, 1196.

MASCALA (C.),

- note sous Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-81.666, RSC 2009, p. 380.
- note sous Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641, RSC 2012, p. 147.

MAYAUD (Y.),

- note sous Cass. crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653, D. 2000, p. 197.
- note sous Cass. crim., 17 déc. 2002, n° 01-85.650, RSC 2003, p. 556.
- note sous Cass. crim. 20 janv. 2009, n° 08-83.710, RSC 2009, p. 589.
- note sous Cass. crim., 1 sept. 2010, n° 10-80.584, RSC 2011, p. 853.
- note sous Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212, RSC 2011, p. 825.

MINE (M.),

- note sous Cass. soc., 23 novembre 1999, n° 97-42.940, Dr. ouvr. 2000, n° 619, p. 97.
- comm. sous Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43.962, RDT 2007, p. 245.

MOINE (L.), comm. sous CA Paris, 19 sept. 1994, JCP G n°42, II-22511.

MONNET (Y.), note sous Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-81.666, Gaz. Pal., 2009, n° 64, p. 18.

MOULY (J.),

- note sous Cass. crim., 14 juin 2000, n° 99-81.108, Dr. soc. 2000, p. 1035.
- obs. sous Cass. soc., 4 juill. 2000, n° 98-43.285, Dr. soc. 2000, p. 919.

P

PETIT (S.) et COHEN (C.), note sous Cass. soc. 17 avr. 2008, n° 06-45.270, D. 2008, p. 1519.

PAGNERRE (Y.), comm. sous Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109, JCP S, 2009, n°45, 1502.

PANSIER (F-J.),

- obs. sous Cass. soc., 17 mars 1999, n° 97-45.555, CSBP 1999, n° 111, p. 317.
- obs. sous Cass. soc., 13 janv. 2004, n° 01-46.407, CSBP 2004, n° 159, p. 157.
- obs. sous Cass. soc, 2 juin 2010, n° 08-40.628, CSBP 2010, n° 223, p. 261.
- obs. sous Cass. soc., 20 oct. 2011, n° 10-30258, CSBP 2011, n° 236, p. 313.

PETTITI (L.-E.) et TEIGEN (F.), obs. sous CEDH, 12 juill. 1988, *Schenk c/Suisse*, RSC 1988, p. 840.

PIERROUX (E.), note sous Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 05-41.553, LPA 2007, n° 7, p. 19.

Q

de QUENAUDON (R.), obs. sous Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, RDT 2007, p. 530.

R

- RADE (Ch.)**, note sous Cass. soc., 1^{er} juin 2010, n° 09-40.144, Dr. soc. 2010, p. 998.
- RAVANAS (J.)**, comm sous Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-42.401, D. 2003, p. 1305.
- REINHARD (Y.)**, obs. sous Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-20.188, D. 2002, p. 1747.
- RENUCCI (J.-F.)**, comm. sous Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, RSC 2002, p. 879.
- RETTNERER (S.)**, note sous TGI Toulon, 5 mai 1998, D. 1999, p. 162.
- RIAS (N.)**, obs. sous Cass. crim., 11 oct. 2011, D. 2011, p. 2841.
- RIFFAULT (J.)**, note sous Cass. Ass. plén., 5 févr. 1999, *COB c/ Oury*, RSC 1990, p. 599.
- RINGEL (F.)**, obs. sous Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, LPA 2003, n° 4, p. 15.
- ROBERT (J.-H.) et VERON (M.)**,
- obs. sous Cass. crim., 23 mai 2006, n° 05-84.846, Dr. pén. 2006, n° 10, p. 20.
 - obs. sous Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.255, Dr pén. 2006, n° 10, p. 20.
- ROUAULT (M.-C.)**, note CE Ass. 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, req. n° 143578, LPA 1996, n° 11, p. 28.
- ROUJOU DE BOUBEE (G.)**,
- obs. sous Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85.484, D. 1999, p. 152.
 - obs. sous Cass. crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653, D. 2000, p. 113.
- ROY-LOUSTAUNAU (C.)**, obs. sous Cass. soc., 7 oct. 1998, Dr. soc. 2000, p. 516.
- ROYER (G.)**, note sous Cass. crim., 1 sept. 2010, n° 10-80.584, AJ Pén. 2010, p. 506.
- ROZEC (P.) et MANIGOT (V.)**,
- note sous Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-42.956, JCP S 2011, n° 6, 1070, p. 43.
 - comm. sous Cass. soc., 15 déc. 2011, n° 10-15.873, JCP S 2012, n° 12, 1118.
- RUZIE (D.)**,
- note sous Cass. crim., 6 oct. 1983, *Barbie*, n° 83-94.194, JCP 1983, II-20107.
 - note sous Cass. crim., 26 janv. 1984, *Touvier*, n° 83-94425, JCP 1984, II-20197.

S

- SAAS (C.)**,
- obs. sous Cass. crim., 24 avril 2007, n° 06-88.051, AJ Pén. 2007, p. 331.
 - obs. sous Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-80.800, AJ Pén 2008, p. 189.
- SAINT-PAU (J.-C.)**,
- note sous Cass. crim., 18 janv. 2000, n° 99-80.318, D. 2000, p. 636.
 - note sous Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 10.86-974, D. 2012, p. 1381.
- SARGOS (P.)**, comm. sous Cass. soc., 15 mars 2005 n° 02-43.616 et n° 02-43.560., SSL 2005, n° 1208, p. 5.
- SERVERIN (E.) et GRUMBACH (T.)**, comm. sous Cass. soc, 2 juin 2010, n° 08-40.628, RDT 2010, p. 457.
- SOULARD (C.)**, note sous Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 06-82.383, Gaz. Pal. 2007, n° 131, p. 13.
- SOUSI-ROUBI (B.)**, note sous Cass. crim., 25 mai 1983, D. 1983, p. 575.
- SUDRE (F.)**,

- note sous CEDH, 28 juill. 1999, *Selmouni c/ France*, req. n° 25803/94, JCP 1999, II-10193.
- note sous CEDH, 27 août 2002, *Didier c/ France*, req. n° 58188/00, JCP 2003, n° 6, I-109, p. 231.
- note sous CEDH, 11 sept. 2007, *Tremblay c/ France*, req. n° 37194/02, JCP 2008, n° 3, I-110.

T

THOMASSET PIERRE (S.), obs. sous Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-20.188, D. 2002, p. 1664.

V

VERKINDT (P.-Y.), comm. sous Cass. soc, 28 mars 2006, n° 04-41.01, JCP S 2006, p. 1381.

VERON (M.),

- note sous Cass. crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653, JCP G 2000, I-207 n° 1.
- note sous Cass. crim., 28 sept. 2004, n° 03-87.450, Dr. pén. 2005 n° 1, p. 17.
- note sous Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 03-87.444, Dr. pén. 2005, n° 3, p. 16.
- note sous Cass. crim., 15 févr. 2005, n° 04-81.923, Dr. pén. 2005, n° 5, p. 14.
- note sous Cass. crim., 24 mai 2005, n° 04-87.490, Dr. pén. 2005, n° 9, p. 10.
- obs. sous Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.888, Dr. pén. 2006, n° 11, p. 8.
- note sous Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-81.666, Dr. pén. 2008, n° 10, p. 31.
- note sous Cass. crim., 6 mai 2008, n° 07-80.530, Dr. pén. 2008, n° 9, p. 52.
- obs. sous Cass. crim., 26 mai 2009, n° 08-85.601, Dr. pén. 2009, n° 10, p. 30.
- obs. sous Cass. crim., 1 sept. 2010, n° 10-80.584, Dr. pén. 2010, n° 12, p. 27.
- note sous Cass. crim., 1^{er} mars 2011, n° 10-83.267, Dr. pén. 2011, n° 6, p. 35.
- note sous Cass. crim., 22 nov. 2011, n° 10-87.805, Dr. pén. 2012, n° 3, p. 33.

W

WAQUET (Ph.), note sous Cass. soc., 29 oct. 1996, *Sté Delzongle c/ Ponsolle*, n° 92-43.680, RDT 2008, p. 22.

VI - MELANGES

Histoire et structure, A la mémoire de V. GOLDSCHMIDT, études réunies par BRUNSCHWIG, IMBERT C. et ROGER A., Paris : J. Vrin, 1985.

La chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice PATIN, Paris : Cujas, 1966.

Le champ pénal : mélanges en l'honneur du professeur Reynald OTTENHOF, Paris : Dalloz, 2006.

Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Paris : Cujas, Mélanges offerts à Jean PRADEL, 2006.

Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre CATALA, Paris : Litec, 2001.

Mélanges en l'honneur du professeur Gustave PEISER, contributions réunies par GALABERT J.-M. et TERCINET M.-R., Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 1995

Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, T. 2 : Droit privé, propriété industrielle littéraire et artistique, Paris : Dalloz-Sirey, 1961.

Une criminologie de la tradition à l'innovation : en hommage à Georges Kellens, Bruxelles : Larcier, études réunies par BORN M., KEFER F. et LEMAITRE A., 2006.

VI – RAPPORTS et ETUDES

Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, *Le principe d'égalité dans les jurisprudences des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français*, Rapport de la délégation française au Ier congrès de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Paris, 10-11 avr. 1997, RFDA 1997, p. 227.

BALLADUR (E.), *Une Ve République plus démocratique*, Paris : La Documentation française-Fayard, Rapport public du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, 2007.

BASTARD (B.), **MOUHANNA (C.)** et **ACKERMANN (W.)**, *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*, Paris : Centre de sociologie des organisations, Recherche réalisée avec le soutien du GIP « Mission de recherche droit et justice, 2005.

CLEMENT (P.), *Rapport sur le projet de loi portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Paris : Assemblée nationale, Rapport n° 1827 fait au nom de la commission des affaires constitutionnelles, enregistré le 22 sept. 2004.

CNCDH,

- *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d'activité 2002*, Paris : La Documentation française, mars 2003.

- *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d’activité 2005*, Paris : La Documentation française, mars 2006.
- *Etudes et propositions sur la situation des Roms et des gens du voyage en France*, Paris : CNCDDH, févr. 2008.
- *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d’activité 2008*, Paris : La Documentation française, 2009.
- *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d’activité 2009*, Paris : La Documentation française, 2010.
- *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d’activité 2010*, Paris : La Documentation française, 2011.

COLMOU (A.-M.), *L’encadrement supérieur de la fonction publique : vers l’égalité entre les hommes et les femmes*, Paris: la Documentation française, Coll. des rapports officiels, Rapport au Ministère de la fonction publique de la réforme de l’État et de la décentralisation, 1999.

Comité d’enquête sur le coût et le rendement des services publics, *Le dossier du fonctionnaire*, Paris : Premier ministre, janv. 2001.

Commission européenne,

- *La discrimination dans l’Union européenne*, Eurobaromètre spécial n° 263, Bruxelles : Commission européenne, janv. 2007.
- *Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois*, Bruxelles : Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007.
- *La discrimination dans l’Union européenne : Perceptions, expériences et attitudes*, Eurobaromètre spécial n° 296, Bruxelles : Commission européenne, juill. 2008,
- *Discrimination dans l’UE en 2009*, Rapport, Eurobaromètre spécial n° 317, Bruxelles : Commission européenne, nov. 2009.
- *Pratiques syndicales de lutte contre la discrimination et pour la promotion de la diversité. Etude européenne sur les pratiques innovantes et importantes des syndicats pour lutte contre la discrimination et pour la promotion de la diversité*, Bruxelles: Office des publications de l’Union européenne, 2010.

Commission d’experts, *La discrimination dans la vie professionnelle : Voies de recours et application du droit*, Rapport de la 4^{ème} commission d’experts dans le cadre du projet « Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation d’anti-discrimination de l’UE : le rôle des organismes spécialisés », Bruxelles : Janet Cormack, Migration Policy Group, 2004.

Commission de réforme du droit, *La crainte du châtime*, Canada : Ministère des Approvisionnements et Services, 1976.

Commission pour l’égalité de traitement, *La discrimination dans la vie professionnelle. Voies de recours et application du droit*, Bruxelles: J. Cormack Migration policy group, 2004.

Commission Vérité et réconciliation, *Rapport de la Commission d’Afrique du sud Vérité et réconciliation*, Cape Town : Commission vérité et réconciliation, Vol. 3, 1998.

Conseil d’Etat,

- *Sur le principe d’égalité : rapport public 1996 : jurisprudence et avis de 1996*, Paris: la Documentation française, 1997.
- *Les autorités administratives indépendantes : rapport public 2001 : jurisprudence et avis de 2000*, Paris: la Documentation française, 2001.

- *Le droit de préemption : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 6 déc. 2007*, Paris : la Documentation française, 2008.

Cour de cassation,

- *L'égalité - Rapport de la Cour de cassation 2003*, Paris : la Documentation française, 2004.
- *La vérité - Rapport annuel 2004 de la cour de cassation*, Paris: la Documentation française, 2005.
- *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2008*, Paris: La Documentation française, 2009.
- *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2009*. Paris, la Documentation française, 2010.

Conseil de l'Europe,

- *Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre : les normes du Conseil de l'Europe*. Strasbourg, France: Ed. du Conseil de l'Europe, 2011.
- *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe, déc. 2011.

CROZON (P.), *Rapport sur le projet de loi relatif au harcèlement sexuel*, Paris : Assemblée nationale, Rapport n° 86 fait au nom de la commission des lois, enregistré à l'Assemblée nationale le 18 juill. 2012.

CUSSON M., *Dissuasion, justice et communication pénale*, Paris : Institut pour la Justice, Etudes et analyses, mai 2010.

Le Défenseur des Droits, *Rapport annuel 2011*, Paris : Le Défenseur des Droits, 2012.

Direction générale du travail,

- *L'inspection du travail en France en 2008 - Rapport rédigé en application des articles 20 et 21 de la Convention N° 81 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)*, Paris: Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, 2009.
- *L'inspection du travail en 2009*, Paris : Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, 2010.
- *L'inspection du travail en France en 2010*, Paris : Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, 2011.

ECRI,

- *2nd rapport sur la France*, Strasbourg : Conseil de l'Europe, juin 2000.
- *4^{ème} rapport sur la France*, Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe, juin 2010.

FASILD, *Les discriminations des jeunes d'origine étrangère dans l'accès à l'emploi et l'accès au logement*, Paris: la Documentation française, Coll. Etudes et recherches, 2003.

GELARD (P.),

- *Rapport sur le Projet de loi relatif au Défenseur des droits*, Paris : Sénat, Rapport n° 482 fait au nom de la commission des lois, déposé le 19 mai 2010.
- et **FRISON-ROCHE (M.-A.)**, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Paris : Assemblée nationale/Sénat, Office parlementaire d'évaluation de la législation, 2006.

GELD,

- *Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers*, Paris : GELD, note n° 1, mars 2000.

- *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Paris : GELD, note n° 2, oct. 2000.

HALDE,

- *Rapport annuel 2005*, Paris: HALDE, 2006.
- *Rapport annuel 2006*, Paris: HALDE, 2007.
- *Rapport annuel 2007*, Paris: HALDE, 2008.
- *Rapport annuel 2008*, Paris: HALDE, 2009.
- *Rapport annuel 2009*, Paris: HALDE, 2010.
- *Rapport annuel 2010*, Paris: HALDE, 2011.

JOBARD (F.) et LEVY (R.), *Contrôle au faciès : la preuve scientifique. Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, New York : Open society Institute, 2009.

LEGER (Ph.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, Paris : Ministère de la justice, sept. 2009.

LIENEMANN (M.-N.), MAGLIANO (H.), CALMETTES (J.), *Pour une nouvelle politique publique d'aide aux victimes*, Paris: la Documentation française, Rapport au Premier ministre, Groupe interministériel d'aide aux victimes, 1999.

LYON-CAEN (G.), *Les libertés publiques et l'emploi*, Paris : La Documentation française, Collection des rapports officiels, Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation, 1992.

Ministère de la Justice et des Libertés, *Les condamnations. Année 2010*, Paris : Ministère de la Justice, 2011.

ONU, *Rapport de la commission des Nations unies pour l'étude de la situation raciale dans l'union sud-africaine*, New York : Nations Unies, 1953.

ORIV, *Etat des lieux des pratiques d'accompagnement des victimes de discriminations et de leurs accès aux droits en Alsace*, Strasbourg : ORIV, Dossier thématique, sept. 2011.

OSCE, *Les lois sur les crimes de haine: guide pratique*, Vienne : OSCE, mars 2009.

PEYRONNET (J.-Cl.), *Projet de loi de finances pour 2009 : Protection des droits et libertés*, Paris : Sénat, Avis n° 104 de M. J.- CL. PEYRONNET fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2009, déposé le 20 nov. 2008.

RUFIN (J.-C.), *Chantier sur la lutte contre le racisme et l'antisémitisme*, Paris : Ministère de l'intérieur, 2004.

SABEG (Y.), MEHAIGNERIE (L.), *Les oubliés de l'égalité des chances : participation, pluralité, assimilation... ou repli ?* Paris: Institut Montaigne, 2004.

de SCHUTTER (O.), *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme. Sa pertinence pour les directives communautaires relatives à l'égalité de traitement sur la base de la race et dans l'emploi*, Bruxelles : Office des publications officielles des Communautés européennes, Rapport de la Commission européenne – direction Emploi et affaires sociales, févr. 2005, p. 16.

Sénat, *La lutte contre l'homophobie*, Paris: Sénat, Service des études juridiques, 2003.

SOUVET (L.),

- *Rapport sur la proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations*, Rapport n° 22, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 16 oct. 2001, Paris : Sénat, 2001.

- *Rapport sur la proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations*, Rapport n° 391, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 20 juin 2001, Paris : Sénat, 2001.

STASI (B.), *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Paris: La Documentation française, Rapport au Premier Ministre, 2004.

SUDRE (F.) et PICHERAL (C.), *L'extension des garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires : les contraintes européennes*, Paris : Broché, Recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission recherche droit et justice, 2002.

TOLBA (C.), *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Bruxelles : Office des publications officielles des Communautés européennes, Rapport de la Commission européenne – direction Emploi et affaires sociales, sept. 2008.

VUILQUE (P.), *Rapport sur la proposition de loi n° 2256 de M. Jean LE GARREC relative à la lutte contre les discriminations*, Paris : Assemblée nationale, Rapport n° 2609 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, enregistré le 4 oct. 2000.

WIRTH (L.), *Briser le plafond de verre: la promotion des femmes aux postes de direction : Bureau pour l'égalité entre hommes et femmes*, Genève : BIT, résumé du livre paru en anglais "Breaking through the glass ceiling : women in management" de Linda Wirth, 2001.

VII – COLLOQUES

Association des Doctorants et Jeunes Docteurs en Droit de l'Université Jean Moulin, Lyon 3, *La sanction*, Paris : L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, Colloque du 27 nov. 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, 2007.

BRUSCHI (C.), *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*, Paris : PUF, Coll. Droit et justice, Actes du colloque organisé le 19 et 20 septembre 2002 par le Centre Lyonnais d'histoire du droit et de la pensée politique et la Mission de recherche Droit et Justice, Université Jean Moulin Lyon III, 2002.

Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, Colloque organisé par le Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie les 1^{er} et 2 février 1996 à Amiens, Paris : PUF, Coll. Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1996.

COHET-CORDET (F.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, Coll. de l'Ecole doctorale droit, science politique, relations internationales, Colloque organisé par le Centre de droit fondamental le 23 mars 2000 à Grenoble, 2000.

COLLIARD (C.-A.) et al., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : ses origines, sa pérennité*, Paris : La Documentation française, Actes du colloque du 6-8 mars 1989 tenu à Paris, 1990.

Conseil de l'Europe, *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine*, Strasbourg : Conseil de l'Europe, actes du séminaire UniDem organisé du 2 au 6 juillet 1998 à Montpellier, 1999.

Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris: Presses universitaires de France, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, 1989.

Institut des droits de l'homme des avocats européens et Institut des droits de l'homme du Barreau de Bordeaux, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Actes du colloque organisé les 29 et 30 sept. 2000 pour le 50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme à Bordeaux, 2001.

FERRAND (J.) et PETIT (H.) (dir.), *Fondations et naissances des droits de l'homme*, T. 1 L'odyssée des droits de l'homme, Paris : L'Harmattan, Coll. La Librairie des humanités, actes du colloque international de Grenoble organisé en octobre 2001 par le Centre historique et juridique des droits de l'homme, Faculté de droit de Grenoble, Université Pierre Mendès France, 2004.

GABORIAU (S.), PAULIAT (H.), *Justice, éthique et dignité*, Limoges : PULIM, Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 nov. 2004, Cinquièmes Entretiens d'Aguesseau, 2006.

HALDE, Centre d'études et de recherches de science administrative (CERSA), Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), *HALDE : actions, limites et enjeux*, Paris: la Documentation française, 2007.

KOUBI (G.) et al., *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris : PUF, Coll. Publication du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, colloque organisé par le Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1996.

LEGER (Ph.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, Paris : Ministère de la justice, sept. 2009.

PELISSON (E.), Les discriminations au faciès : revue de littérature in PELISSON E., *L'apparence physique motif de discrimination : entre norme, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible*, Lille : Sciences po. Lille, Colloque du 16 novembre 2009 à Lille, 2012.

PUIGELIER (C.) (dir.), *La preuve*, Paris : Economica, Coll. Etudes juridiques, actes du colloque organisé au Sénat les 13 et 14 février 2004 par l'Institut d'Etudes judiciaires de la faculté de droit de l'Université Paris XIII, 2004.

SUDRE (F.) et SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, Coll. Droit et Justice, actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit-Université de Montpellier I, 2008.

TAVERNIER (P.), RENAUT (C.), JORDA (C.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruxelles : Bruylant, Coll. du CREDHO, actes du colloque organisé le 24 octobre 2003 par l'Université d'Évry-Val d'Essone et le CREDHO, 2004.

VIII – RESSOURCES ELECTRONIQUES

AFPA/INOIP, *Exclusions et discriminations : comprendre et agir*, Actes du Colloque du 16 et 17 nov. 2006 organisé par l'AFPA/INOIP, 2007, disponible sur : webtv.afpa.fr/fichiers/open/8321.

CARON (M.) et al., *Notion de discrimination. Analyse de la notion de discrimination contenue dans la charte des droits et libertés de la personne*, Québec : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, déc. 1980, disponible sur : <http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs53687>.

CFDT,

- *Des situations de discrimination au travail. Aide à la prise en charge syndicale*, 2005, consultable sur : www.cfdtparis.com/IMG/pdf/guide_discrimination.pdf.
- *Pratiques syndicales contre les discriminations dans la fonction publique, Aide à la prise en charge syndicale*, 2007, consultable sur : www.cfdt-ufeem.org/infosutiles/social/guide_discrim_fp.pdf/.

COHEN (V.), *La vulnérabilité relationnelle. Essai de cadrage et de définition*, Socio-anthropologie 1997, n°1, consultable sur : <http://socio-anthropologie.revues.org/index74.html>.

DEROUSSIN (D.), *Politique criminelle et politique pénale*, consultable sur : www.afhj.fr/ressources/deroussin-ppp.PDF

CDPDJ, *La personne au cœur des actions de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Déclaration de services aux citoyens*, Québec : CDPDJ, 2001, disponible sur : <http://www.cdpcj.qc.ca/>

DATI (R.), *Installation du pôle anti-discrimination au parquet du TGI d'Ajaccio*, discours de Mme Rachida Dati, Garde des sceaux, Ministre de la Justice du 27 septembre 2007, consultable sur : <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2007-10239/>.

DHUME (F.) et AZEMAR (J.), *Note sur la formation des policiers à la discrimination. Synthèse de la sensibilisation des élèves policiers de l'ENP de Marseille sur la discrimination*, Montpellier : ISCRA, déc. 2004, disponible sur www.iscra.org.

DPJ, *Journée d'étude et de formation sur le traitement de la victime de discrimination*, Strasbourg : Droit pour la Justice, Actes du colloque organisé le 29 mars 2011 à Strasbourg, 2011, disponible sur : <http://droitpourelajustice.e-monsite.com>.

FAGET (J.), *La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations*, Champ pénal, Nouvelle revue internationale de criminologie, V. 5, 2008, Varia, disponible sur <http://champpenal.revues.org/3983#text>.

FORD (G.), *La montée de la xénophobie : Le nouveau racisme en Europe*, Chronique de l'ONU consultable sur :

<http://www.un.org/wcm/content/site/chronicle/lang/fr/home/archive/issues2007/thesolidarityofpeoples/inthewakeofxenophobia>.

GIP ARIFOR, *Du ressenti au vécu des discriminations par les victimes*, Synthèse du colloque régional tenu les 23 oct. 2007 à Chaumont, le 25 oct. 2007 à Charleville-Mézières, le 13 nov. 2007 à Troyes et le 22 nov. 2007 à Reims Châlons-en-Champagne, 2007, disponible sur : <http://www.discriminations-egalite-champagneardenne.fr>,

HONNETH (A.), *Reconnaissance et justice*, Le Passant ordinaire 2002, n° 38, consultable sur : <http://www.passant-ordinaire.com/revue/38-349.asp>.

KRIEGER HAMILTON (L.), *Un problème de catégories : Stéréotypes et lutte contre les discriminations*, avr. 2008, consultable sur : www.frenchamerican.org/.../krieger_socialstereotypes_report_fr.pdf,

LATRAVERSE (S.), *Le droit d'accès à la preuve : le défi de la preuve de discrimination dans les pays de droit civil - L'exemple de la France*, ERA, avr. 2005, consultable sur : <http://www.era-comm.eu>.

LÖWENTHAL (P.), *Ambiguïtés des droits de l'homme*, Droits fondamentaux 2009, n° 7, consultable sur : <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article167>.

Mc-CRUDDEN (C.), *Le nouveau concept d'égalité*, consultable sur : www.era-comm.eu/oldoku/...concepts/2003_McCrudden_FR.pdf.

MINE (M.), *Les concepts de discrimination directe et indirecte*, consultable sur : www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02...concepts/2003_Mine_FR.pdf.

MENKE (C.), *De la dignité de l'homme à la dignité humaine : le sujet des droits de l'homme : en hommage à Hauke Brunkhorst pour son 60^e anniversaire*, Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales 3-2009, n° 4, traduit par D. TRIERWEILER, consultable sur : <http://trivium.revues.org/3303>.

MOSLER (D.), *Reconciliation through the truth. A comparison of the Judicial Approach of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Amnesty Principle of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Malmö University, consultable sur : dspace.mah.se/.../C-Level%20Thesis%20Final.pdf.

POUTIGNAT (P.), *Pratiques syndicales de lutte contre les discriminations : une étude de cas*, Cahier de l'Urmis, 2006, n° 10-11, consultable sur : <http://urmis.revues.org/index247.html>.

SCHABAS (W. A.), *Convention for the prevention and punishment of the Crime of Genocide*, United Nations Audiovisual Library of International Law 2008, consultable sur : untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/.../cppcg_e.pdf.

IX – PUBLICATIONS ETRANGERES

KOWALKSI (R. M.), *Complaints and Complaining : Functions, Antecedents, and Consequences*, Psychological Bulletin, 1996, 199 (2), p. 180.

LEE JEMISON (E.), *The nazi influence in the formation of apartheid in South Africa*, The Concord Review, p. 75.

LEMKIN (R.), *Genocide as a crime under International Law*, American Journal of International Law, 1947, V. 41 (1), p. 145.

SCHABAS (W. A.), *Genocide, crimes against humanity, and Darfur : the commission of inquiry 's findings on genocide*, Cardozo Law Review, Vol. 27 (4), p. 1703.

de SCHUTTER (O.), *Methods of proof in context of combating discrimination in*

CORMACK (J.), (dir.), *Proving discrimination. The dynamic implementation of EU-*

antidiscrimination law: The role of specialised bodies, Bruxelles : Migration policy group, 2003, p. 22.

WALD (P. M.), *Genocide and crimes against humanity*, Washington University global studies Law Review, 2007, Vol. 6, p. 621.

X- DIVERS

Articles de journaux :

ALBERTINI (D.), *Les consommateurs français auront leur « class actions »*, Libération, 22 juin 2012.

BOETON (M.), *Les victimes de discrimination hésitent encore à porter plainte*, La Croix, 8 juill. 2009.

CYPEL (S.), *La croisade de l'Amérique contre l'Axe du mal*, Le Monde, 8 sept. 2011

DAMGE (M.), *Les « class action » peuvent avoir un effet dissuasif*, Le Monde, 22 juin 2012.

LEWINO (F.), *Une seule race, mais sept groupes biologiques*, Le Point du 28 févr. 2008.

Des discriminations à l'embauche dénoncées chez Lidl, Le Parisien, 16 juill. 2011.

Dictionnaires:

Dictionnaire de l'Académie française 1932-1935, 8^{ème} éd., Paris : Hachette, 2007.

Dictionnaire de la langue française, Paris : Hachette, 1967.

Encyclopedia Universalis, Paris : Encyclopedia Universalis, Index 4, 1996.

Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, Paris : Larousse, 1985.

Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris : Dictionnaires le Robert, 2002.

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abus

d'autorité 153

de pouvoir 155

Abus de faiblesse *Voir Vulnérabilité*

Action

aux fins civiles 393

civile 345, 393 et s.

Antisémitisme 1, 3, 300 et s., 311

Asservissement 106, 144, 156 et s.

Associations 386, 396, 452, 466

Autorité administrative indépendante .. 412,

415 et s.

Autorité de chose jugée..... 393, 433 et s.

B

Bioéthique 124

C

Circonstance aggravante. 148, 226, 277, 325

et s.

Citation directe..... 423, 442, 509

Class actions 575

Classement sans suite..... 393, 397, 420, 434,
462, 463, 528

Coaction 277, 584 et s.

Complicité..... 584 et s., 598

Composition pénale..... 424

Concept 173

Humanité 131

Consentement 112 et s., 140, 150, 153, 188

indifférence 153

vices du 153

Contrainte..... 153 et s., 252

Contrat

cause 118

social 22

Contrôle de constitutionnalité..... 45 et s.

Corps humain

indisponibilité 118, 140

inviolabilité 110 et s., 114

libre disposition 115 et s.

propriété 115

Crime(s)

contre l'humanité .. 130, 164, 278, 283, 290,
297

haine 306, 273, 356, 362

D

Défenseur des droits

médiations..... 412, 419, 430, 360, 434, 462,
576

réclamations..... 366 et s., 420, 438, 462

recommandations.....	352, 440	motif légitime	262
Délégué du personnel	401, 466, 472	principe de non-discrimination 51, 67, 72 et s., 86, 483	
Diffamation raciale	319, 356	provoquée	584
Dignité		sexuelle	168, 192, 235, 564
asservissement et dégradation	133	syndicale	192, 373, 484, 517, 564, 610
atteintes.....	113, 164 et s., 198, 572, 623	Dol spécial	217, 226 et s., 284, 298, 515
caractère impersonnel.....	104	Dommages-intérêts punitifs	575
définition.....	159	Doute	383, 502, 515, 524, 531
dignitas	87	Droit(s)	
droits fondamentaux	106	accès au.....	367, 382, 466
égale dignité.....	101 et s., 143, 173, 306	à un logement décent	135
embryon humain	<i>Voir Embryon humain</i>	à un procès équitable	438 et s., 442
indisponibilité	104	à un recours effectif	350, 574
philosophie kantienne	102	application du	337, 559
respect.....	103	chaîne du.....	398
sujet de droit	115	d'alerte	401 et s., 472
Discrimination		déclaration des	42
action positive.....	63, 94, 575	de la défense	431, 506
arbitraire	77	de l'homme	106, 131, 290
concept.....	2, 5, 162, 141, 168, 286, 622	de préemption	203, 207
critères	77, 168, 193, 240, 257, 304, 311, 327, 397, 448, 489	droits-créances	133
définition.....	5, 74	fondamentaux	1, 75, 106, 246, 293 et s.
dépositaires de l'autorité publique. 199 et s., 564, 613		mobilisation	448, 465
directe	87 et s., 247, 485, 491, 495	naturel	18 et s.
favorisée	584	règle de	40 et s.
indirecte	90 et s., 247, 491 et s.		
intention. 169, 232, 242, 332, 505, 511, 540			
lien de causalité	232, 253, 270, 285, 321, 496, 505		
motif discriminatoire 75 et s., 226 et s., 240, 283, 299			

E

Effectivité	337
Efficacité	338
Egalité	
dans la loi.....	38
de droits	29

définition.....	48-49
des armes	443 et s., 499, 544
des chances	56 et s., 59 et s.
de traitement	51, 74, 81, 484, 489, 496
devant la loi	2, 38, 48
formelle.....	38, 49, 52, 59 et s., 73
matérielle	30, 38
naturelle	20, 26, 32 et s.
par la généralité	40 et s.
par la loi.....	26
réelle	30, 49, 62 et s., 84 et s., 95
sociale	170
Embryon humain	122 et s.
Equité	58, 65, 383, 438, 508 et s., 586
Espèce humaine ...	32, 124 et s., 130, 140, 165
Etat de nécessité	154, 251, 537
Ethnocentrisme	33

F

Fraternité	33, 135, 187
-------------------------	--------------

G

Génocide	<i>V. traitements inhumains et dégradants</i>
Groupe	
bande organisée	277
racial, ethnique, religieux ou national ..	290, 299

H

Halde	
--------------	--

<i>V. Défenseur des droits</i>	
--------------------------------------	--

Harcèlement

discriminatoire	236, 356
moral.....	158, 355
sexuel.....	158, 236, 314, 355

Humanité	102, 110 et s., 123, 130-140
-----------------------	------------------------------

I

Identité

contrôle d'	204
sexuelle	314

Impact disproportionné	491
-------------------------------------	-----

Injure raciale	319, 356
-----------------------------	----------

Inspecteur du travail	404, 461-472, 540
------------------------------------	-------------------

Intégrité physique	110 et s., 120, 158, 325
---------------------------------	--------------------------

Intérêt général

mission.....	189, 420 et s., 556, 572
nécessité d'	63, 73

Intuitu personae	186-188
-------------------------------	---------

J

Justice

accès à la.....	382
compensatrice	62, 94
corrective	19
distributive.....	19, 63
générale.....	18
particulière.....	19

L

Légalité..... 8, 18, 38, 48, 201, 269, 530

Liberté

contractuelle 185, 189, 270, 330

d'expression..... 189, 246, 320, 330

M

Mesure(s)

suspecte..... 256, 491

à effet continue 488

à effet instantané..... 488

Mobile 226, 240, 270, 285, 518

N

Notion 173

O

Ordre public 137, 147, 382, 424

P

Partie civile

intérêts civils..... 393

plainte avec constitution de .. 397, 424, 509,
582

preuve 536

Peine

analogie..... 539

certitude 560

dissuasion 559-560, 575 et s.

individualisation 567, 603-605

Personnalité juridique 122, 124

Pôle anti-discriminations..... 452, 456

Politique

criminelle 4, 8

pénale..... 8, 422

publique 405, 448, 602

Pouvoir

abus de 154, 190

de direction 189, 549

discrétionnaire 49, 501, 543

Présomption

antéjudiciaire 497

de fait 516-517

d'innocence..... 12, 505, 518, 535

légale..... 499, 505

notion 496

Preuve

accès aux documents 547

accessibilité..... 512, 525, 537

administration 397, 479, 499, 509, 535, 543,
524, 530

aménagement de la charge..... 494 et s., 505,
509, 524, 544

charge 470, 479, 518, 524

comparative 483 et s.

droit à la 543 et s.

éléments objectifs 240, 326, 501, 518

force probante 515, 536, 540

loyauté 535 et s.

statistique 491

test de situation 527, 538 et s.

Principe(s)

du contradictoire 444

généraux du droit.....	46
Provocation	
à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale.....	318 et s., 356
Proxénétisme	142, 154

R

Racisme	261, 306, 310 et s., 382, 449
Responsabilité	
du préposé.....	587
imputation.....	582 et s., 587
par ricochet.....	591
Rôle	7

S

Secret de l'enquête et de l'instruction ...	431
Solidarité	52, 134 et s., 281
Sujet de droit	112 et s., 146
Syndicats	449, 628

T

Théorie

du contrat social.....	22 et s., 146
de l'abus de droit	187
de la généralité.....	40 et s., 45-48
de la justice absolue	556
de la justice sociale	56 et s., 170
Traite des êtres humains	142, 154, 164
Traitements inhumains et dégradants ..	120, 162 et s.

génocide.....	33, 164, 283 et s., 297 et s.
torture	162, 164, 287, 328
Transaction pénale ..	413 et s., 423, 430, 434, 462

V

Victime

collective.....	277
plainte ...	201, 204, 386, 404, 413, 425, 448, 452, 525, 582
potentielle	147

Volonté

autonomie de la.....	106, 113, 139
générale.....	25 et s.

Vulnérabilité

abus de faiblesse	149
critères	148
état de vulnérabilité	146 et s.
notion	146, 148
personne particulièrement vulnérable... ..	148
et s	

INDEX DE JURISPRUDENCE

Abus de droit

Cass. req., 24 nov. 1924	163
Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-20.064	163
Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105	154

Action civile

CA Lyon, 8 mars 2007, n° 1125/05	298
--	-----

Action du syndicat

Cass. soc., 7 oct. 1998, n° 97-60.303	351
Cass. soc., 12. févr. 2008, n° 06-45.397	328

Action positive

CJCE, 17 oct. 1995, <i>Eckhard Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen</i> , aff. C-450/93	92
CJCE, 11 nov. 1997, <i>Hellmut Marschall contre Land Nordrhein-Westfalen</i> , aff. C- 409/95	92

Administration de la preuve

Cass. crim., 23 oct. 1990, n° 88-82.005	455
---	-----

Allègement de la charge de la preuve

CJCE, 30 juin 1988, <i>Commission c/France</i> , Aff. C-138/86	428
CJCE, 17 oct. 1989, <i>H.K. c/Danfoss</i> , Aff. 109/88	88, 428
CJCE, 27 oct. 1993, <i>Dr. Pamela Enderby c. Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health</i> , Aff. C-127/92	428
Cass. soc., 23 novembre 1999, n° 97-42.940	428
Cass. soc., 28 mars 2000, <i>Fluchère et autres c/ SNCF</i> , n° 97-45.258 et n° 97-45.259	428
Cass. soc. 4 juill. 2000, n° 98-43.285	428
Cons. const., déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, <i>Loi de modernisation sociale</i> ,	433
Cass. soc., 20 juin 2002, n° 00-41.492	434

Cass. soc. 13 janv. 2004, n° 01-46.407	434
Cass. soc. 28 septembre 2004, n° 03-42.624	435
Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-47.156	435
Cass. soc. 15 nov. 2006, n° 04-48.814	434
Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.795	435
CA Douai, 29 févr. 2008, n° 07/01564	429
Cass. soc., 1 ^{er} juill. 2009, n° 08-40.988,	434
CE, Ass., 30 oct. 2009, <i>Mme Perreux</i> , req. n° 298348	429
Cass. soc., 28 janv. 2010, n° 08-44.486	435
CA Colmar, 9 févr. 2010, n° 09/01683	429
Cass. soc., 1 ^{er} juin 2010, n° 09-40.144	435
Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-68.297	435
Cass. soc., 22 sept. 2011, n° 09-72.587	434
Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-19.363	429
Cass. soc., 7 févr. 2012, n° 10-10.505	433

Autorité administrative indépendante

CE, ass., 10 juill. 1981, n° 05130, <i>Retail</i>	345
Cass. crim., 27 mars 1997, n° 96-82669	349
Cass. crim., 27 juin 2000, n° 99-83.688	349
CE, 26 déc. 2008, <i>Gonzales-Castrillo</i> , req. n° 282995	349

Autorité de chose jugée

CE, 15 déc. 1950, <i>Bugnot</i>	368
CE, 23 déc. 1964, <i>Cts Lefebvre</i>	368
CAA Paris, 6 févr. 2001, <i>Ministère de l'intérieur c./Covello</i> , n° 99PA01319	368
Cass. crim., 20 mai 2003, n° 02-84.307	329
Cass. crim., 18 janv. 2005, n° 04-85.078	329
Cass. civ 2 ^{ème} , 11 juill. 2005, n° 03-30.712	327
Civ. 2 ^{ème} , 3 mai 2006, n° 05-11.339	370
Cass. soc., 21 mai 2008, <i>SAS Frigocasion et a. c/ B</i> , n° 06-44.948	327
CJCE, 22 déc. 2008, <i>Procédure pénale c/ Vladimir Turansky</i> , aff. C-491/07	369
CA Aix en Provence, 17 février 2009, n° 213/M/2009	330
CA Versailles, 26 mars 2010, n° 181	330

Contrôle de constitutionnalité

CE, 9 mai 1913, <i>Roubeau</i>	55
CE, 26 octobre 1945, <i>Aramu</i> , req. n° 77726	55
CE, 9 mars 1951, <i>Société des concerts du conservatoire</i> , req. n° 92.004	55
CE, 8 juillet 1966, <i>Nguyen Kim Hai</i>	54
Cons. const., déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, <i>Liberté d'association</i> ,	56
Cons const., déc. n° 73-51 DC du 27 déc. 1973, <i>Taxation d'office</i> ,	56

Crime contre l'humanité

Cass. crim., 6 févr. 1975, n° 74-91.949	246
Cass. crim., 6 oct. 1983, <i>Barbie</i> , n° 83-94.194	122
Cass. crim., 26 janv. 1984, <i>Touvier</i> , n° 83-94425	122
Cass. crim., 31 janv. 1991, n° 90-87.177, n° 90-87.178, n° 90-87.178	246
Cons. const., déc. n° 94-359 DC du 19 janv. 1995	123
TPIY, 29 nov. 1996, <i>Le Procureur c/ Drazen Erdemovic</i> , Aff. n° IT-96-22-T,	239
Cons. const., déc. n° 98-408 DC du 22 janv. 1999	122
TPIR, Chambre de première instance II, <i>Clément Kayishema et Obed Ruzindana</i> , 21 mai 1999, Aff n° ICTR-95-1-T	260
TPIY, Chambre d'appel, 15 juill. 1999, <i>Le Procureur c/ Dusko Tadic</i> , Aff. n° IT-91-1-A	244
TPIR, Chambre de première instance, 6 déc. 1999, <i>le Procureur c/ Georges Anderson Derubumwe Rutaganda</i> , Aff. n° ICTR-96-3-T	243
TPIY, Chambre de première instance III, 26 fév. 2001, <i>Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez</i> , Aff. n° IT-95-14/2	248
TPIY, Chambre d'appel, <i>Le Procureur c/ Z. Aleksovski</i> , Aff. n° IT-95-1-14/1	247
TPIY, Chambre d'appel, 5 juill. 2001, <i>Le Procureur c/ Goran Jelusic</i> , Aff. n° IT-95-10-A	247
TPIR, Chambre d'appel, 1er juin 2001, <i>Le Procureur c/ Akayesu</i> , Aff. n° ICTR-96-4-A	247
TPIY, Chambre de première instance II, 14 janv. 2000, <i>Le procureur c/ Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovi, Dragan Papi, Vladimir Anti, alias Vlado</i> , Aff. n° IT-95-16-T	248
TPIY, Chambre de première instance I, 3 mars 2000, <i>Le procureur c/Tihomir Blaskic</i> , Affaire n° IT-95-14-T,	
TPIR, Chambre de première instance I, 7 juin 2001, <i>Le Procureur c/ Ignace Bagilishema</i> , Aff. n° ICTR-95-1A-T,	258
TPIR, Chambre de première instance III, 15 mai 2003, <i>Le Procureur c/ Laurent Semanza</i> , Aff. n° ICTR-97-20-T	248
TPIY, Chambre de première instance II, 18 déc. 2003, <i>Le Procureur c/ Dragan Nikolic</i> , Aff. n° IT-94-2-R61	244

Crime de haine

CEDH, 6 juillet 2005, <i>Nachova et autres c. Bulgarie</i> , req.n° 43577/98 et 43579/98	282
CA Toulouse, 17 mai 2006, n° 05/01356	284
CA Amiens, 25 oct. 2006, n° 06/00738	286
CA Douai, 13 juin 2007, n° 06/03288	284

Critères discriminatoires

Cass. crim., 3 juin 2003, n° 02-86.158	208
CA Paris, 17 oct. 2003, n° 03/0387	498
CA Poitiers, 1 ^{er} sept. 2005, n° 419/05	508
CA Agen, 15 déc. 2005, n° 437/05	195
Cass.crim, 14 nov. 2006, n° 05-85.565	194
CA Aix-en-provence, 17 sept. 2007, n° 1151m2007	194
Cass. crim., 6 mai 2008, n° 07-80.530	194, 448
Cass. crim. 20 janv. 2009, n° 08-83.710	194

Dignité

CE, 18 déc. 1959, Société « *Les films Lutetia* » et Syndicat Français des producteurs et exportateurs de films, req. n° 36385, 36428 129

Cons. const., déc. n° 94-343/344 DC du 27 juill. 1994 94

TGI Paris, 1^{er} févr. 1995 114

CE Ass. 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, req. n° 143578 127

CE Ass, 27 oct. 1995, *Ville d'Aix-en-Provence*, req. n° 136727 127

CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/Royaume-Uni*, req. n° 2346/02 108

CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D. c/Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99 108

Défenseur des Droits/HALDE

CA Paris, 12 déc. 2007, n° 05/08756 379

CA Nîmes, 25 avr. 2007, n° 06103377 379

CA Paris, 4 sept. 2008, n° 05/08241 379

CA Poitiers, 17 févr. 2009, n° 08/00461 318, 379

CA Amiens, 24 mars 2009, n° 08/02404 381

Cass. soc, 2 juin 2010, n° 08-40.628 379

Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-42.956 379

Cass. soc., 20 oct. 2011, n° 10-30258 379

CA Orléans, 15 nov. 2011, n° 10/01990 381

Dépositaires autorités publiques

Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 182

Cass. crim., 24 mars 1998, n° 97-84.321 185, 497

Cass. crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653 180

Cass. crim, 25 juin 2002, n° 01-87.240 179

Cass. crim., 17 déc. 2002, n° 01-85.650 180

Cass. crim, 28 sept. 2004, n° 03-87.450 180

Cass. crim., 1^{er} mars 2005, n° 04-83.556 180

Cass. crim., 24 mai 2005, n° 04-87.490 179

Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-81.666 179

Cass. crim., 1 sept. 2010, n° 10-80.584 447

Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641 179

Cass. soc., 25 janv. 2011, n° 09-72834 179

Cass. crim., 22 nov. 2011, n° 10-87.805 187

Discrimination indirecte

CJCE, 12 févr. 1974, <i>Giovanni Maria Sotgiu c/ Deutsche Bundespost</i> , aff. 152/73	88
CJCE, 13 mai 1986, <i>Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz</i> , Aff. 170/84	89, 425
CJCE, 17 oct. 1989, <i>H.K. c/Danfoss</i> , Aff. 109/88	89, 425
CEDH, 6 avril 2000, <i>Thlimmenos c/ Grèce</i> , req. n° 34369/97	90
CEDH, 6 janv. 2005, <i>Hoogendijk c/Pays-Bas</i> , n° 58461/00	90
CEDH, 13 nov. 2007, <i>D.H. et autres. c/République tchèque</i> , req. n° 57325/00.....	90
CA Poitiers, 17 févr. 2009, n° 08/00461.....	318, 377
Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 07-43.945.....	318
CA Aix-en-Provence, 22 sept. 2011, n° 11/00754.....	381

Droit à un recours effectif

CJCE, 10 avr. 1984, <i>Sabine Von Colson et Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen</i> , Affaire C-14/83.....	300
CJCE dans son arrêt du 15 mai 1986, <i>Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary</i> , Aff. 222/84	300
CJCE, 22 avr. 1997, <i>Nils Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice OHG</i> , aff. C-180/95.....	300

Droit à un procès équitable

CEDH, 17 janv. 1970, <i>Delcourt c/Belgique</i> , req. n° 2689/65,	380
CEDH, 21 févr. 1975, <i>Golder c/Royaume-Uni</i> , req. n° 4451/70, Série A, n° 18, p. 508	371
CEDH, 8 juin 1976, <i>Engel et autres c/Pays-Bas</i> , req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72,.....	372
CEDH, 23 juin 1981, <i>Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/Belgique</i> , req. n° 6878/75, 7238/75,	372
CEDH, 22 oct. 1984, <i>Sramek c/Autriche</i> , req. n° 8790/79	372
CEDH, 28 août 1991, <i>Brandstetter c/ Autriche</i> , req. n° 11170/84, 12876/87, 13468/87	380
CEDH, 27 oct. 1993, <i>Dombo Beheer B.V. c/Pays-Bas</i> , req. n° 14448/88.....	380
CE Avis, 31 mars 1995, <i>SARL Auto-Industrie Méric c/Ministère du budget</i> , req. n° 164008	373
CEDH, 18 févr. 1997, <i>Nideröst-Huber c. Suisse</i> , req. n° 18990/91	375
CE Ass., 3 déc. 1999, <i>Didier</i> , req. n° 207434.....	372
CEDH 27 août 2002, <i>Didier c/ France</i> , req. n° 58188/00	373
CE, 13 juill. 2007, <i>Société Editions Tissot</i> , req. n° 294195 ; <i>SARL Riviera</i> , req. n° 295761 et <i>Mme Ghislaine Abric</i> , req. n° 297742 : AJDA 2007, p. 2145, Rec. Cons. d'Et., p. 335	376
CE, 23 juill. 2010, n° 299384	377

Droit d'alerte

Cass. soc., 10 déc. 1997, n° 95-42.661	337
Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016	337

Droit à la preuve

CJUE, 21 juill. 2011, <i>Patrick Kelly contre National University of Ireland (University College, Dublin)</i>	472
---	-----

CJUE, 19 avr. 2012, <i>Galina Meister c/ Speech Design Carrier Systems GmbH</i> , Aff. C-415/10.....	472
--	-----

Embryon humain

Cass. crim., 29 juin 2001, n° 99-85.973.....	116
Cass. crim, 25 juin 2002, n° 01-87.240.....	179
CEDH, 8 juill. 2004, <i>Vo c/France</i> , req. n° 53924/00.....	118
CEDH, 7 mars 2006, <i>Evans c/Royaume-Uni</i> , req. n° 6339/05	118

Erreur de droit

Cass. crim., 29 déc. 1949	219
TGI Toulon, 5 mai 1998, n° XTGIT050598X.....	219

Indisponibilité du corps humain

Cass. plén., 31 avr. 1991 n° 90-20.105	111
--	-----

Intérêt de l'entreprise

Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42.270.....	167
Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40110.....	168

Justification

CEDH, 29 avril 1999, <i>Chassagnou et autres c. France</i> , req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95	215
CA de Pau du 20 oct. 2001	223
Cass. crim., 22 janv. 2002, n° 01-84.030.....	212
CA Nîmes, 22 nov. 2002, n° 1239/02	508
CA Paris, 28 sept. 2004.....	223
CA Douai, 12 oct. 2004, n° 996.....	212
CA Grenoble, 7 janv. 2005, n° 33.....	212
CAA Bordeaux, 19 nov. 2009, n° 09BX01412	222
CAA Nancy, 10 mai 2010, n° 09NC00824.....	222
CAA Bordeaux, 8 mars 2010, n° 09BX01405.....	222

Liberté d'expression

CEDH, 26 avr. 1979, <i>Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)</i> , req. n° 6538/74	277
CEDH, 7 déc. 1976, <i>Handyside c/ Royaume-Uni</i> , n° 5493/72	277
CEDH, 16 juill. 2009, <i>Féret c/ Belgique</i> , n° 15615/07.....	277

Lien de causalité

TGI Strasbourg, 25 juin 1974, 2 ^{ème} espèce.....	210
CA Paris, 12 nov. 1974.....	210
CA Paris, 9 juin 1988, n° 78.....	211, 448
TGI Nantes, 1 ^{er} mars 1990.....	210
CA Paris, 12 mars 1992.....	210
CA Paris, 20 mars 1997.....	210
Cass. crim., 1 ^{er} déc. 1992, n° 89-82.689.....	211
Cass. crim., 3 juin 2003, n° 02-86.158.....	208
CA de Rennes du 31 mai 2007, n° 071975.....	210
CA Douai, 16 sept. 2008, n° 08/1145.....	208
Cass. crim. 20 janv. 2009, n° 08-83.710.....	194

Loyauté de la preuve

CEDH, 12 juill. 1988, <i>Schenk c/Suisse</i> , req. n° 10862/84.....	460
Cass. crim. 15 juin 1993, n° 92-82.509.....	461
Cass. crim., 6 avr. 1994, n° 03-82.717.....	460
Cass. crim., 30 mars 1999, n° 97-83.464.....	460, 462
Cass. crim, 23 juin 1999, n° 98-84.701.....	460
Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-42.401.....	460
Cass. crim. 31 janvier 2007, n° 06-82.383.....	461
Cass. crim., 24 avril 2007, n° 06-88.051.....	460
Cass. crim. 11 mai 2004, n° 03-80.254.....	460
Cass. civ., 7 oct. 2004, n° 03-12.653.....	461
Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-82.337,.....	461
Cass. crim., 15 févr. 2005, n° 04-81.923.....	461
Cass. crim. 31 janvier 2007, n° 06-82.383.....	461
Cass. crim. 7 février 2007, n° 06-87.753.....	461
Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209.....	461
Cass. crim., 27 janv. 2010, n° 09-83.395.....	460

Motif objectif

CA Douai, 3 avr. 1991.....	209
CA Aix-en-Provence, 17 févr. 2003, n° 2964/2003.....	208
Cass. crim. 2 sept. 2003, n° 02-86.048.....	209
CA Rouen, 21 juin 2004, n° 767.....	209
Cass. crim., 24 janv. 2007, n° 06-84.083.....	209
CA Toulouse, 2 avr. 2009, n° 09/432.....	193, 209

Motif légitime

Cass. crim., 25 mai 1983.....	227
Cass. crim., 14 oct. 1986, n° 85-96.369	227
CA Dijon, 27 avr. 1988, n° 1061/1987	227
Cass. crim., 19 sept. 2006, n° 05-83.540	229
TGI Nice, 17 sept. 2007, n° 3263/07	229
CA Aix-en-provence, 9 juin 2008, n° 779/M/2008	229

Orientation sexuelle

CEDH, 22 oct. 1981, <i>Dudgeon c. Royaume-Uni</i> , req. n° 7525/76	271
CEDH, 26 oct. 1988, <i>Norris c. Irlande</i> , req. n° 10581/83	271
CJCE, 30 avril 1996, <i>P c. S et Cornwall County Council</i> , Aff. C-13/94	272
CJCE, 7 janv. 2004, <i>K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health</i> , Aff. C-117/01	272
CPH Montpellier, sect. Encadrement, 9 juin 2008, R.G. n° 06/01812.	272
CA Papeete, 1 ^{er} sept. 2011, n° 292-133	272

Peines

Cass. soc. 1 ^{er} février 1979, n° 77-14.568	517
Cass. soc. 17 mars 1999, n° 97-45.555	517
Cass. soc., 4 décembre 2001, n° 99-43.231	517
Cass. soc. 23 juin 2004, n° 02-41.011.....	518
Cass. soc., 15 mars 2005, n° 02-43.616 et n° 02-43.560	518
Cons. const., déc. n° 2005-520 DC du 22 juill. 2005	512
Cass. soc. 23 novembre 2005, n° 03-40.826.....	517
Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 05-41.553	518
Cons. const., déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007	513

Présomptions de droit

CEDH, 7 oct. 1988, <i>Salabiaku c/France</i> , req. n° 10519/83.....	438
Cass. crim., 6 nov. 1991, n° 91-82.211.....	438
CEDH, 25 sept. 1992, <i>Pham Hoang c/France</i> , req. n° 13191/87.....	438
Cass. civ. 1 ^{ère} , 25 févr. 1997, n° 94-19.685.....	441
Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999.....	438

Présomptions de fait

Cass. crim., 4 oct. 1977, n° 76-91.044.....	448
CA Paris, 9 juin 1988, n° 88/5678	211, 448
CA Paris, 25 oct. 1991,	448
Cass. crim., 11 janv. 1994, n° 89-86.990.....	448

TGI Toulon, 5 mai 1998	448
CA Nouméa, 30 nov. 1999.....	445
CA Paris, 26 avr. 2000, n° 99/05186	445
CA Paris, 20 févr. 2002, n° 01/01730	446
Cass. crim., 25 juin 2002, n° 01-87.240.....	179
Cass. crim., 6 janv. 2004, n° 02-88.240.....	448
Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 04-81.397.....	446
Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.888.....	447
Cass. crim., 6 mai 2008, n° 07-80.530.....	192, 448
Cass. crim. 20 janv. 2009, n° 08-83.710.....	192
Cass. crim., 1 sept. 2010, n° 10-80.584	447

Preuves comparatives

CJCE, 31 mars 1981, <i>Jenkins</i> , Aff. 96/80.....	425
CJCE, 13 mai 1986, <i>Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz</i> , Aff. 170/84	88, 425
CJCE, 23 mai 1996, <i>O'Flynn c. Adjudication Officer</i> , aff. C-237/94	426
CJCE 27 novembre 1997, <i>Meints c/ Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij</i> , aff. C-57/96	426
CJCE, 9 févr. 1999, <i>Seymour-Smith et Perez</i> , C-167/97	425
Cass. crim., 14 juin 2000, n° 99-81.108.....	445
Cass. soc., 10 nov. 2009, <i>Borruto c/SNCF</i> , n° 07-42.849	419
Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 08-19.748.....	423
Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-42.956.....	389
Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.067 (arrêt n° 1) et n° 10-15.792 (arrêt n° 2).....	419

Principe d'égalité

CJCE, 17 juill. 1963, <i>République italienne c/ Commission de la Communauté économique européenne</i> , aff. 13/63	85
CE Sect., 10 mai 1974, <i>Denoyez et Chorques</i> , req. n° 88.032 et 88.148.....	68
Cons. const., déc. n° 79-107 DC du 12 juill. 1979, <i>Ponts à péage</i>	85
Cons. const., déc. n° 80-125 DC du 19 décembre 1980	57
Cons. const., déc. n° 80-128 DC du 21 janvier 1981	57
Cons. const., déc. n° 84-181 DC du 10 oct. 1984, <i>Entreprises de presse</i>	85
Cons. const., déc. n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, <i>Loi relative à la liberté de communication</i>	85
Cons. const., déc. n° 91-290 DC du 9 mai 1991, <i>Statut de la Corse</i> ,	70
CE, 28 mars 1997, <i>Société Baxter et autres</i> , req. n° 179049, 179054	66
Cons. const., déc. n° 2003-487 DC du 18 déc. 2003	66
CE, 20 avr. 2005, <i>Union des familles en Europe</i> , req. n° 266572	66
Cons. const., déc. n° 2007-557 DC du 15 nov. 2007	66

Provocation

TC Paris, 6 déc. 1984,	278
CA Paris, 13 nov. 1997	279
CA Versailles, 18 mars 1998,	280

Cass. crim., 30 mai 2007, n° 06-84.328	280
Cass. crim., 8 nov. 2011, n° 09-88007	280
CA Colmar, 25 oct. 2011	278

Pouvoir de l'employeur

Cass. soc., 28 mars 1979, n° 78-40.295	166
Cass. soc., 22 juin 1978, n° 77-40.993	166
Cass. soc., 16 déc. 1997, n° 95-41.326	166
Cass. soc., 4 juill. 2007, n° 06-41.071	166

Principe de non-discrimination

CEDH, 23 juill. 1968, <i>Affaire linguistique belge c/Belgique</i> , req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64	79
CJCE, 19 oct. 1977, <i>Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus & Co/ Hauptzollamt Hamburg-St Annen ; Diamalt AG/ Hauptzollamt Itzehoe</i> , Aff. 117/76	75
CEDH, 13 juin 1979, <i>Marckx c/Belgique</i> , req. n° 6833/74	79
Cons. const., décision n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, <i>Loi de nationalisation</i> ,	78
CJCE, 18 avr. 1991, <i>Les Assurances du Crédit SA contre Conseil</i> , Aff. C-63/89	72
CE, Ass., 30 nov. 2001, <i>Ministre de la Défense c/ M. Diop, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ M. Diop</i> , req. n° 212179	89
TPI, <i>Astrid Hirsch, Emanuele Nicastro et Johannes Pruesemann c/ Banque centrale européenne</i> , T-94/01, T-152/01 et T-286/01	83
Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 05-40.876,	71

Responsabilité pénale

Cass. crim., 14 nov. 1989, n° 88-81.817	499
CA Bourges, 19 avr. 1990	498
Cass. crim, 8 juin 1993, n° 92-82.749	497
Cass crim., 18 oct. 1994, n° 93-83.529	497
Cass. crim., 11 janv. 1995, n° 94-82.337	497
T. corr. Versailles, 18 déc. 1995	507
CA Paris, 26 oct. 1995, n° 3692-95, <i>Juris-data</i> n° 1995-023405	497
CA Paris, 25 mars 1996, n° 96-81.582	497
Cass. crim., 23 juill. 1996, n° 95-85.714	497
Cass. crim., 29 avr. 1997, n° 96-83.365	497
Cass. crim., 24 mars 1998, n° 97-84.321	183, 497
Cass. crim., 9 nov. 1998, n° 97-84.137	497
CA Nouméa, 30 nov. 1999	498
Cass. crim., 22 oct. 2002, n° 02-83.017	497
CA Paris, 5 oct. 2005, n° 05/03789	501
CA Paris, 6 juin 2006, n° 06/01411	500
CA Lyon, 3 juin 2008	507

Responsabilité pénale de la personne morale

Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85.484	501
Cass. crim. 18 janv. 2000, n° 99-80.318	501
CA Nîmes, 22 nov. 2002, n° 1239/02	505
Cass. crim. 2 sept. 2003, n° 02-86.048	208
CA Paris, 17 oct. 2003, n° 03-00387	504
CA Poitiers, 1 ^{er} sept. 2005, n° 419/05	505
Cass. crim., 23 mai 2006, n° 05-84.846	502
Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.255	502
CA Paris, 6 juill. 2007, n° 06/07900	504
CA Aix-en-Provence, 17 sept. 2007, n° 1151/2007	483, 504
Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-80.800	502
CA Paris, 7 mars 2008, n° 07/00204	502
Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80.261	502
Cass. crim., 9 mars 2010, n° 09-80.543	503
Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212	503
Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 10.86-974	503

Responsabilité personnelle

Cass. crim., 8 oct. 1997, n° 95-85.365	237
Cass. crim., 22 juin 1999, n° 98-85735	237

Rupture période d'essai

CA Toulouse, 20 mai 2009, n° 08/02015	316
---	-----

Sanction

CA Paris, 19 sept. 1996, n° 96-02569	486
CA Nouméa, 1 ^{er} juin 1999, Juris-data n° 1999-044270	486
Cass. crim., 25 juin 2002, n° 01-84.339	487
CA Aix-en-Provence, 17 sept. 2007, n° 1151/2007	486, 507
CA Nîmes, 14 sept. 2010, n° 09/00235	492
CA Paris 30 août 2011, n° 09/02962	492

Sanction pénale

CA Angers, 8 nov. 1994, Juris-data n° 1994-051202	487
CA Paris, 20 mars 1997	208
CA Paris, 20 mars 1997, Juris-data n° 1997-020640	487
CA Aix-en-Provence, 11 janv. 1999, Juris-data n° 1999-041250	487
CA Bordeaux, 20 nov. 1999, Juris-data n° 1999-050684 ;	487

CA Montpellier, 17 févr. 2000, n° 99/01324	487
CA Paris, 26 avr. 2000, n° 99/05186	442
CA Paris, 20 févr. 2002, Juris-data n° 2002-180792	487
CA Paris, 20 févr. 2002, n° 01/01730	443
CA Nîmes, 22 nov. 2002, n° 1239/02	505
CA Paris, 7 juin 2004	487
CA Rouen, 21 juin 2004, n° 767	207
CA Agen, 15 déc. 2005, n° 437/05	193
CA Paris, 6 juin 2006,	487
CA Paris, 6 juin 2006, n° 06/01411	500
CA Orléans, 29 janv. 2009, n° 08/02834	492

Sursis à statuer

Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-20.188	368
--	-----

Test de situation

Cass. crim. 6 avr. 1993, n° 93-80.184	462
Cass. crim., 30 mars 1999, n° 97-83.464	460, 462
Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 99-87.251	462
Cass. crim, 11 juin 2002, n° 01-85.559	463
CA Lyon, 18 déc. 2003, n° 2002/00923	465
CA Douai, 25 mars 2004, n° 02/03060	465
Cass. crim, 12 oct. 2004, n° 04-80.624	465
CA Nîmes 23 mars 2006, n° 06/00921	465
CA Paris 17 mars 2008, n° 07/04974	465

Traitements inhumains

CEDH, 14 déc. 1973, <i>Asiatiques d'Afrique orientale c/ Royaume-Uni</i> , req. n° 4403/70-4419/70	151
CEDH 6 juill. 1977, <i>Affaire des Tziganes Kalderas c/ RFA</i> , req. n° 7823/77	151
CEDH, 25 avr. 1978, <i>Tyrer c/ Royaume-Uni</i> , req. n° 5856/72	114
CEDH, 28 juill. 1999, <i>Selmouni c/ France</i> , req. n° 25803/94	114
CEDH, 10 mai 2001, <i>Chypre c/ Turquie</i> , req. n° 25781/94	151
CEDH, 12 juill. 2005, <i>Moldovan c/ Roumanie (n° 2)</i> , req. n° 41438/98	151
CEDH, 11 sept. 2007, <i>Tremblay c/ France</i> , req. n° 37194/02	147

Transaction pénale

CE Ass., 7 juillet 2006, <i>France Nature Environnement</i> , n° 283178	358
---	-----

Travail égal

Cass. soc., 29 oct. 1996, *Sté Delzongle c/ Ponsolle*, n° 92-43.680 82

Vulnérabilité

Cass. crim, 23 juin 1999, n° 98-84.701 460
CA Toulouse, 14 févr. 2002, n° 01/00531 143
Cass. crim., 15 oct. 2002, n° 01-86.697 137
Cass. crim., 3 déc. 2002, n° 02-81.453 143
CA Paris, 27 févr. 2006, n° 05/00556 143
CA Paris, 10 déc. 2008, n° 08/02792 142
Cass. crim., 26 mai 2009, n° 08-85.601 136, 137
Cass. crim., 26 mai 2009, n° 08-85.601 136, 137
Cass. crim., 8 juin 2010, n° 10-82.039 136
Cass. crim., 5 avr. 2011, n° 10-84.355 137

ANNEXES

Annexe n° 1 : Champ d'application de la prohibition des discriminations directes et indirectes

Annexe n° 2 : Protection juridique contre les discriminations en droit international des droits de l'homme

Annexe n° 3 : Protection juridique contre les discriminations en droit interne

Annexe n° 4 : Circonstances aggravantes applicables aux infractions de droit commun

Annexe n° 5 : Sanctions pénales encourues au titre de l'infraction de discrimination

Annexe n° 6 : Etude sur le traitement répressif des victimes de discriminations

Annexe n° 1 – Champ d’application de la prohibition des discriminations directes et indirectes

Critères	Domaines		Exceptions
	Protection sociale, de santé, avantages sociaux, éducation, biens et services	Affiliation, engagement dans une organisation syndicale ainsi que ses avantages, accès à l’emploi, emploi, formation professionnelle y compris travail indépendant, conditions de travail	
<i>Origine ethnique/race</i> ¹⁶⁸¹	X	X	Exigence professionnelle essentielle et déterminante si l’objectif est légitime et l’exigence proportionnée
<i>Sexe</i> ¹⁶⁸²	X (en matière de régimes professionnels de sécurité sociale, accès aux biens et services)	X	Exigence professionnelle essentielle et déterminante si l’objectif est légitime et l’exigence proportionnée
<i>Grossesse et maternité</i>	X	X	
<i>Religion,¹⁶⁸³ convictions, handicap, âge, orientation sexuelle</i>		X	Exigence professionnelle essentielle et déterminante si l’objectif est légitime et l’exigence proportionnée

¹⁶⁸¹ Directive n° 2000/54/CE.

¹⁶⁸² Directive n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juill. 2006 relative à la mise en œuvre de l’égalité des chances et de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d’emploi et de travail (refonte).

¹⁶⁸³ Directive n° 2000/78/CE.

Annexe n° 2 – Protection juridique contre les discriminations en droit international des droits de l’homme

Droit international			
Sources	Critères protégés	Domaine d’application	
<i>OIT</i>	Conv. n°87 de 1948	Discrimination syndicale.	Exercice libre de l’activité syndicale.
	Conv. n°98 de 1949	Discrimination syndicale.	<ul style="list-style-type: none"> - Subordination d’une offre d’emploi à la cessation ou au renoncement d’une activité syndicale. - Congédiement ou tout autre mesure portant préjudice en raison de l’affiliation syndicale du salarié.
	Conv. n°100 de 1951	Egalité homme/femme.	Egalité de rémunération.
	Conv. n° 111 de 1958	Discrimination à raison de la race, de la couleur, du sexe, de la religion, de l’opinion politique, de l’ascendance nationale ou de l’origine sociale.	L’accès à la formation professionnelle, l’accès à l’emploi et aux différentes professions, ainsi que les conditions d’emploi.
<i>ONU</i>	Pacte sur les droits civils et politiques de 1966, art. 26 ¹⁶⁸⁴	La race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l’opinion politique, ou autre opinion, l’origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance, ou tout autre situation.	L’interdiction a une portée générale puisqu’elle s’applique à l’ensemble des droits. Elle ne se limite donc pas aux droits expressément énumérés par le Pacte.
	Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux de 1966, art. 2	La race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l’opinion politique, ou autre opinion, l’origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance, ou tout autre situation.	L’interdiction est limitée aux droits énoncés dans le pacte, à savoir le droit au travail, le droit de jouir de conditions de travail justes et favorables, le droit de grève, le droit à la sécurité sociale etc.
	Conv. sur l’élimination de la discrimination raciale de 1966 ¹⁶⁸⁵	La race, la couleur, l’ascendance ou l’origine nationale ou ethnique.	L’interdiction a une portée générale puisqu’elle s’applique à l’ensemble des droits. Elle ne se limite donc pas aux droits expressément énumérés par la Convention.
	Conv. sur l’élimination de toute discrimination à l’égard des femmes ¹⁶⁸⁶	Le sexe.	La Convention énumère avec précision l’ensemble des domaines, notamment économiques et sociaux, pour lesquels des mesures doivent être prises en vue de l’élimination de toute forme de discrimination à l’égard des femmes.

¹⁶⁸⁴ L’applicabilité directe de ce Pacte est rejetée par le Conseil d’Etat.

¹⁶⁸⁵ CERD

¹⁶⁸⁶ CEDAW

Droit européen¹⁶⁸⁷ (Droit de la CEDH¹⁶⁸⁸)			
Sources		Critères protégés	Domaine d'application
<i>CEDH¹⁶⁸⁹</i>	Art. 14	Le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou autre situation.	La liste des critères n'est pas limitative mais son application est circonscrite aux droits énoncés par la Convention.
	Protocole n°12	Le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou autre situation.	Ce protocole n'a pas été ratifié par la France Il prévoit une clause générale de non-discrimination dont l'application n'est pas limitée aux droits énoncés par la Convention.
<i>Charte sociale du Conseil de l'Europe, 1961¹⁶⁹⁰</i>		La race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale.	L'interdiction des discriminations est circonscrite aux droits énoncés par la Charte.

¹⁶⁸⁷ Mesures adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe.

¹⁶⁸⁸ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dite ConvEDH, de 1951, ratifiée par la France en 1974.

¹⁶⁸⁹ Reconnue en 2009, lors de l'adoption du traité de Lisbonne (art. 6 §3) comme faisant partie du droit de l'Union en tant que principe général du droit.

¹⁶⁹⁰ Applicabilité directe verticale reconnue mais aucun effet direct horizontal.

Annexe n° 3 – Protection juridique contre les discriminations en droit interne

627. Le domaine des biens et des services

Protection pénale dans le domaine des biens et services

Critères protégés	Domaine d'application
Disposition générale : <i>C. pén., art. L. 225-1</i>	<i>C. pén. , art. L. 225-2</i>
Tous les critères discriminatoires sont concernés	Quand la discrimination consiste : 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1

Protection civile dans le domaine des biens et services

Critères protégés	Domaine d'application
Disposition générale : <i>Loi n°89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 13 déc. 1986, art. 1er¹⁶⁹¹</i>	Le refus de location d'un logement.
Tous les critères de l'article 225-1 du Code pénal à l'exception de l'état de grossesse et des caractéristiques génétiques.	
Disposition générale : <i>C. sant. publ., art. L. 1110-3¹⁶⁹²</i>	Le refus de soins
L'article fait un renvoi aux critères de l'article 225-1 C. pén. et protège en plus les personnes bénéficiaires d'une protection complémentaire ou du droit à l'aide.	

¹⁶⁹¹ Modifié par la Loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002, art. 158, JORF 18 janv. 2002.

¹⁶⁹² Instauré par la loi du 4 mars 2002, modifié par la loi n°2009-879 du 21 juill. 2009, art. 54.

628. Le domaine de l'emploi

Protection assurée par la législation sociale

Critères protégés	Domaine d'application
<p>Disposition générale : <i>L.1132-1 du Code du travail (ancien. C. trav., art. L. 122-45)</i></p> <p>Les 19 critères discriminatoires de l'article L. 1132-1 du Code du travail sont concernés.</p>	<p>Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat.</p>

Protection assurée par la législation pénale

Critères protégés	Domaine d'application
<p>Disposition générale : <i>Art. 225-1 du Code pénal :</i></p> <p>L'ensemble des critères discriminatoires de l'article L. 225-1 sont concernés</p>	<p><i>Art. 225-2 du Code pénal :</i></p> <p>3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;</p> <p>5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;</p> <p>6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.</p>
<p>Disposition générale : <i>L. 2141-5 du Code du travail (ancien. C. trav., art. L. 412-2, al. 1^{er}) : discrimination syndicale</i></p> <p>Appartenance à un syndicat ou exercice d'une activité syndicale¹⁶⁹³</p>	<p>Cette disposition est applicable à toutes les décisions de l'employeur prises notamment en matière de recrutement, de conduite et de répartition de travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail.</p>
<p>Disposition générale : <i>L. 1142-1 du Code du travail (Anc. C. trav., L. 152-1).</i></p>	<p>-Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché¹⁶⁹⁴</p> <p>- Prendre toute mesure, notamment en matière de rémunération, de</p>

¹⁶⁹³ Sont concernées toutes personnes ayant une activité syndicale (délégué syndical, représentant syndical, membre de section syndicale) mais également celles ayant un mandat représentatif (membre du comité d'entreprise, délégué du personnel, membre du CHSCT, conseiller prud'homme etc.).

¹⁶⁹⁴ Inapplicable à l'état de grossesse.

Sexe, état de grossesse, situation de famille	formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation ¹⁶⁹⁵ - Refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié
Disposition générale : L. 5331-2 (Anc. C. trav., art. L. 311-4) Age	Faire publier dans un journal, revue ou périodique ou diffuser par un autre moyen de communication accessible au public une offre d'emploi comportant la mention d'une limite d'âge supérieure exigée du candidat.

Protection particulière applicable dans la fonction publique

Critères protégés	Domaine d'application
<p>Disposition générale : <i>Loi n°83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 6¹⁶⁹⁶.</i></p> <p>Critères applicables : les opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, leur origine, leur orientation sexuelle, leur âge¹⁶⁹⁷, leur patronyme, leur état de santé, leur apparence physique, leur handicap, leur appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race¹⁶⁹⁸ et le sexe¹⁶⁹⁹</p>	<p><u>Notamment</u> le recrutement, titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation, la mutation.</p>

¹⁶⁹⁵ Inapplicable à la situation de famille.

¹⁶⁹⁶ Modifié par la loi n° 2009-972 du 3 août 2009, art. 27, JO du 27 juill. 2005.

¹⁶⁹⁷ La loi prévoit néanmoins un certain nombre d'exceptions à cette interdiction.

¹⁶⁹⁸ Si l'on met cet article en parallèle avec l'article 255-1 du Code pénal, nous observons que le critère de la nationalité, des caractéristiques génétiques, de la situation de famille, des mœurs et de l'état de grossesse n'y figurent bien évidemment pas. A l'inverse, l'article se réfère aux opinions syndicales, philosophiques ou religieuses et cette formulation suppose donc que la protection mise en œuvre est plus large que celle que nous retrouvons en droit pénal.

¹⁶⁹⁹ Loi n° 83-634, art. 6 bis, modifié par la loi n°2005-843, art. 6.

Annexe n° 4 – Circonstances aggravantes applicables aux infractions de droit commun

	Race, ethnie, nation ou religion déterminée	Orientation sexuelle
l'homicide volontaire	X	X
les tortures et actes de barbarie	X	X (sans les actes de barbarie)
les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner,	X	X
les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente	X	X
les violences ayant entraîné une I.T.T supérieure à 8 jours	X	X
les violences n'ayant entraîné aucune I.T.T ou une I.T.T inférieure ou égale à 8 jours,	X	X
les dégradations de bien privé	X	
les dégradations de bien privé par moyen dangereux	X	
les menaces de commettre un crime ou un délit contre les personnes	X	X
Menaces de mort	X	X
Menaces de commettre un crime ou un délit avec l'ordre de remplir une condition	X	X
Menaces de mort avec obligation de remplir une condition	X	X
Vol	X	X
Extorsion	X	X
Viol		X
Agressions sexuelles		X

Annexe n° 5 – Sanctions pénales encourues au titre de l’infraction de discrimination

1. Dispositions du Code pénal.

<i>Domaines</i>	Peines principales		Peines complémentaires	
	<i>Articles</i>	<i>Sanction</i>	<i>Articles</i>	<i>Sanction</i>
Discrimination commise par un particulier, personne physique	225-2 al 1 CP	3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende	225-19 CP	<ul style="list-style-type: none"> - L'interdiction des droits prévus aux 2° et 3° de l'article 131-26 pour une durée de cinq ans au plus - L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée¹⁷⁰⁰ - La fermeture pour une durée de cinq ans au plus ou à titre définitif de l'un de plusieurs ou de l'ensemble des établissements de l'entreprise appartenant à la personne condamnée - L'exclusion des marchés publics - La confiscation de tout ou partie de leurs biens ayant servi à commettre l'infraction - L'obligation d'accomplir un stage de citoyenneté¹⁷⁰¹
Refus discriminatoire de l'article 225-2 1° quand l'infraction est commise dans le lieu accueillant du public	225-2° al. 7 CP	5 ans et 75 000 euros d'amende (circonstance aggravante)		
Discrimination commise par une personne morale	225-4 CP	225 000 euros d'amende	131-39 CP	<ul style="list-style-type: none"> - la dissolution de la personne morale¹⁷⁰² - L'interdiction à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs

¹⁷⁰⁰ Dans les conditions prévues par l'article 131-35 CP.

¹⁷⁰¹ Selon les modalités prévues par l'article 131-5-1 CP.

¹⁷⁰² Peine inapplicable aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée, ni aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels, ni aux institutions représentatives du personnel.

				<ul style="list-style-type: none"> - activités professionnelles ou sociales - Le placement pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire¹⁷⁰³ - La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus, des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise - L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus - L'interdiction à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre de tels titres sur un marché réglementé - L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques - La peine de confiscation¹⁷⁰⁴ - L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite soit par tout moyen de communication au public par voie électronique - La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction - L'interdiction de détenir un animal -
Discrimination commise par une personne dépositaire de l'autorité publique	432-7 CP	5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende	432-17 CP	<ul style="list-style-type: none"> - l'interdiction des droits civils, civiques et de famille¹⁷⁰⁵ - l'interdiction soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise¹⁷⁰⁶ - la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction - l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée¹⁷⁰⁷

¹⁷⁰³ Peine inapplicable aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée, ni aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels.

¹⁷⁰⁴ Dans les conditions et suivant les modalités prévues à l'article 131-21 CP.

¹⁷⁰⁵ Suivant les modalités prévues par l'art. 131-26 CP.

¹⁷⁰⁶ Suivant les modalités prévues par l'article 132-27 CP. Ces interdictions d'exercice peuvent être cumulées.

¹⁷⁰⁷ Dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal.

2. Dispositions du Code du travail

<i>Domaines</i>	Peines principales		Peines complémentaires	
	<i>Articles</i>	<i>Sanction</i>	<i>Articles</i>	<i>Sanction</i>
Discrimination sexuelle	L. 1146-1 du Code du travail	Un an d'emprisonnement et 3 750 Euros d'amende	L. 1146-1 du Code du travail	Affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux que le juge désigne
Discrimination syndicale	L. 2146-2	3 750 euros. En cas de récidive an et d'une amende de 7 500 euros.		
Entrave à l'exercice d'un droit syndical	L. 2146-1	Un an d'emprisonnement et 3 750 Euros d'amende		

Annexe n° 6 – Le traitement répressif des victimes de discrimination

Droit **p**our la **J**ustice



PRELUD

Promotion de l'égalité et de la lutte contre les discriminations

Etude :

Le traitement répressif des victimes de discrimination

Laura MOUREY
Novembre 2010



Propos préliminaires

Le projet PRELUD (**P**romotion de l'égalité et de la **l**utte contre les **d**iscriminations) est né de la préoccupation commune des acteurs institutionnels et de la société civile sur la nécessité d'apporter des perspectives concrètes pour mieux lutter contre les discriminations.

Ayant fait le constat partagé que le champ du traitement des victimes des discriminations était pour ainsi dire délaissé, un autre regard pouvait déboucher sur des pistes d'actions nouvelles.

Une journée de formation sur le traitement et l'accompagnement des victimes de discrimination en direction des acteurs de la prévention et de la répression des discriminations a donc été décidée. Il est, cependant, apparu indispensable aux membres du comité de pilotage de réaliser au préalable une étude destinée à améliorer la connaissance et la compréhension du traitement pénal des discriminations, à la lumière des décisions émanant des juridictions pénales publiées sur les bases de données accessibles.

L'étude ne peut prétendre à l'exhaustivité en raison de ce que l'intégralité des décisions judiciaires rendues ne fait pas l'objet d'une publication sur les sites juridiques. L'analyse permettra, cependant, de faire apparaître les points saillants qu'il conviendra de soumettre au débat contradictoire dans le cadre de la journée de formation projetée.

C'est ainsi avec beaucoup d'humilité que nous avons tenté d'apporter ce que nous souhaiterions appeler « un éclairage » sur le traitement répressif des discriminations, qui fournira un support en vue de l'adoption de nouvelles pratiques.

Nous tenons à remercier les membres du comité de pilotage du programme PRELUD pour le temps consacré, le dynamisme et la volonté dont ils ont fait preuve. Nous tenons particulièrement à remercier les services de la DRJSCS¹⁷⁰⁸ pour nous avoir soutenu tout au long de l'élaboration de cette étude.

¹⁷⁰⁸ Direction Régionale de la Jeunesse, des Sports et de la Cohésion Sociale.

PARTIE PRÉLIMINAIRE:

**PRÉSENTATION DU PANEL DE
RECHERCHE**

METHODOLOGIE DE RECHERCHE

L'étude sur le traitement répressif des discriminations a été menée à partir de la jurisprudence existante en la matière. Un recueil de cette jurisprudence a donc été effectué, en amont, par l'utilisation de deux critères de recherche dans les différentes bases de données utilisées, à savoir le mot « discrimination » et la référence à l'article 225-1 du Code pénal, base légale de l'incrimination de l'infraction de discrimination. L'article 225-1 du Code pénal n'ayant été applicable qu'à compter de l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994¹⁷⁰⁹, nous avons utilisé, dans un second temps, l'ancienne base légale de cette infraction, à savoir l'article 416 ACP, afin de compléter notre recherche.

Nous avons, ainsi, couvert **trente années de décisions juridictionnelles**.

Cinq bases de données ont été utilisées pour la conduite de cette étude, à savoir:

- *Légifrance: 100 résultats.*
- *LexisNexis Jurisclasseur: 240 résultats.*
- *Dalloz: 174 résultats.*
- *Lextenso: 118 résultats.*
- *Lexbase: 120 résultats.*

Sur ces premiers résultats¹⁷¹⁰, différentes remarques peuvent être faites.

En premier lieu, une importante partie de ces décisions juridictionnelles a été publiée dans plusieurs revues à la fois. Nous retrouvons alors beaucoup de décisions en double. Ensuite, certaines affaires plus emblématiques ont donné lieu à la publication des décisions rendues à tous les degrés de juridiction par lesquels elles sont passées.

Enfin, toutes les décisions n'offrent pas le même degré de pertinence. Deux catégories de décisions considérées comme pertinentes ont été relevées au cours de la recherche. Nous avons tout d'abord les décisions types qui portent sur l'infraction de discrimination. Il s'agit

¹⁷⁰⁹ Entré en vigueur à compter du 1er mars 1994.

¹⁷¹⁰ Ces résultats cumulent les recherches effectuées avec la combinaison « discrimination » et « 416 », « discrimination » et « 225-1 ».

de poursuites engagées au visa de l'article 225-1 du Code pénal, éventuellement complétées par un autre chef d'accusation¹⁷¹¹, à l'encontre de comportements jugés discriminatoires. La seconde catégorie de décisions ne porte pas directement sur des agissements discriminatoires et est d'ailleurs bien souvent rendue par une juridiction non répressive telle qu'une Cour administrative d'appel, une juridiction civile, ou le Conseil d'état¹⁷¹². Ce sont des contentieux au sein desquels les parties estiment avoir été victimes d'une violation du principe de non-discrimination et invoquent l'article 225-1 du Code pénal au soutien de leurs arguments.

En prenant en compte ces deux catégories, nous sommes arrivés à un ensemble de **238 décisions exploitables**.

L'ensemble de ces décisions présente un intérêt évident que l'on se situe dans le cadre de la pratique judiciaire aussi bien qu'administrative. Pourtant, certaines décisions risquaient de fausser l'analyse tant statistique, que juridique que nous souhaitions conduire, en ce qu'elles portent sur une éventuelle pratique discriminatoire, invoquée à l'occasion d'un contentieux mené devant les juridictions civile¹⁷¹³ ou administrative. Il n'y avait, dans ces cas d'espèces, aucune poursuite menée à l'encontre d'un comportement infractionnel. Cela nous a donc amené à rétrécir, une seconde fois, notre champ d'analyse en ne retenant que le contentieux relatif à l'infraction de discrimination pour veiller à une certaine cohérence entre l'étude et la journée de formation qui ne traite que des victimes de discrimination. **Nous arrivons ainsi à un total de 188 décisions**¹⁷¹⁴.

Afin de donner un premier aperçu de ce corpus juridictionnel qui constitue le support de cette étude, nous avons effectué une double classification des affaires, à savoir selon le degré de juridiction et le ressort juridictionnel concernés.

¹⁷¹¹ Nous citerons à titre d'exemple le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical, le harcèlement, l'injure publique (*Cass. crim.*, 12 nov. 2008, n° 07-83.398).

¹⁷¹² Pas exclusivement non plus.

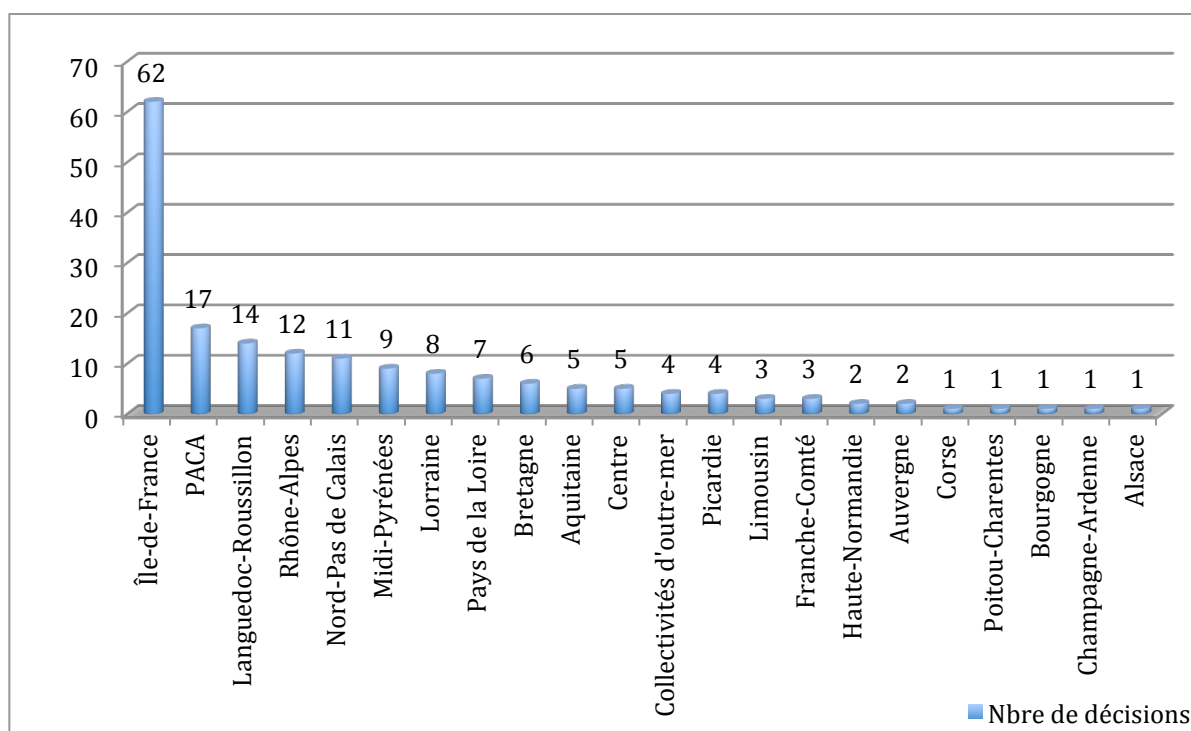
¹⁷¹³ C'est, par exemple, le cas de la partie qui invoque, à l'occasion d'un recours civil, une violation des obligations contractuelles constitutive du délit de discrimination (*CA Dijon*, 27 avr. 1988 : *Juris-Data* n° 1988-048703) ; de la partie qui invoque le caractère discriminatoire de la surprime qui lui a été appliquée dans le cadre d'un contrat d'assurance groupe prenant en compte son état de santé pour le calcul de la probabilité du risque (*CA Paris*, 23 juin 2009, n° 07/08134) ; de la partie qui invoque le caractère discriminatoire de la clôture du compte d'une association considérée comme secte (*TGI Paris*, 15 oct. 2008, n° 07/15412) ou encore de la partie qui invoque le caractère discriminatoire des conditions d'exonération des cotisations de sécurité sociale applicables pour les entreprises situées en zone franche en application de l'article 13 de la loi n° 96-687 du 14 nov. 1996 (*CA Metz*, 20 nov. 2007, n° 04/04289).

¹⁷¹⁴ Ici encore, nous rappellerons que, dans cette comptabilisation, certaines affaires se retrouvent plusieurs fois, puisque passées par tous les degrés de juridiction.

Classification des affaires selon la juridiction concernée

Classification des affaires selon la juridiction concernée			
Article 416 ACP ¹⁷¹⁵		Article 225-1 du Code pénal	
Cour de cassation	13	Cour de cassation	65
Cour d'appel	14	Cour d'appel	87
TGI	1	TGI	8

Classification des affaires selon la région concernée



À travers ce graphique, nous nous rendons très vite compte que le contentieux répressif est marqué par d'importantes disparités géographiques. Nous observons qu'une

¹⁷¹⁵ Ancien Code pénal.

importante partie (34%) de celui-ci est localisée en région Ile-de-France¹⁷¹⁶. Ensuite, 24% de ce contentieux est réparti dans les régions du sud-est de la France (Région PACA, Rhône-Alpes, Languedoc-Roussillon). Les autres régions présentent des résultats plus au moins homogènes, exceptées cinq régions pour lesquelles nous n'avons obtenu qu'une seule décision rendue sur l'ensemble du panel¹⁷¹⁷. Celui-ci ne retranscrit pas forcément la réelle pratique judiciaire en la matière puisque l'étude n'a été faite qu'à partir de décisions publiées. Or, la publication des décisions judiciaires relève de l'appréciation discrétionnaire des tribunaux. Aussi, la seule chose que nous pouvons noter est l'éventuelle disparité de traitement entre certaines régions.

L'exploitation des enseignements tirés de la jurisprudence, dans le contentieux des discriminations, aurait pu nous permettre de présenter un nombre de données et d'analyses important. Il a fallu rapidement choisir un angle d'approche pour éviter, ainsi, l'écueil d'une étude trop pléthorique. Pour cela, il convenait de poser clairement notre problématique: **en quoi consiste le traitement répressif des discriminations ?** Il serait possible de penser que ce traitement répressif se limite au procès pénal. Cette conception est trop réductrice, nous devons immédiatement la nuancer car elle ignore les plaintes ne donnant lieu à l'exercice de poursuites. Or, ces plaintes relèvent intrinsèquement de la poursuite, première phase du procès pénal, à la différence qu'elles se soldent par un classement sans suite. Elles ne seront pas envisagées dans le cadre de cette étude car elles supposent un accès à des données¹⁷¹⁸ autres que les décisions judiciaires publiées.

Une fois cette problématique posée, la structuration de notre analyse s'impose d'elle-même. Le procès pénal consiste, d'abord, en une poursuite engagée du chef d'une infraction à l'encontre d'une personne, infraction dont le traitement répond à un certain nombre de conditions qu'il n'est pas toujours évident de remplir (première partie). Nous pensons, notamment, à la problématique de la preuve des discriminations qui ponctue chaque étape de leur processus de traitement.

Le jugement (seconde partie) doit être entendu, quant à lui, comme le résultat du processus de traitement le plus abouti : une procédure menée à son terme qui a répondu à toutes les exigences légales et donnant lieu au prononcé d'un jugement de culpabilité ou de relaxe.

¹⁷¹⁶ La Cour d'appel de Paris principalement, la Cour d'appel de Versailles et le TGI de Nanterre.

¹⁷¹⁷ La Corse, la Bourgogne, la Champagne-Ardenne, le Poitou-Charentes et l'Alsace.

¹⁷¹⁸ Notamment une étude qui porterait sur l'ensemble des plaintes recueillies auprès des services de police.

PREMIÈRE PARTIE :

**LA PHASE PRÉLIMINAIRE DU TRAITEMENT
RÉPRESSIF:**

**LES POURSUITES ENGAGÉES AU TITRE DE
L'INFRACTION DE DISCRIMINATION**

La poursuite est une étape fondamentale du traitement juridictionnel, tout particulièrement quand il s'agit d'une discrimination. La plainte ne dépasse, parfois, pas le seuil des poursuites, comme l'indique la faiblesse du contentieux judiciaire de la discrimination (I). Or, parallèlement, les discriminations ont fait l'objet de 30 940 réclamations portées devant la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE) pour ces cinq dernières années¹⁷¹⁹.

Cette réalité ne nous est pas inconnue. Il importe néanmoins de pouvoir la traduire concrètement par une quantification. Nous partons ensuite de cette mesure pour tenter d'en fixer les contours en répondant à trois questions essentielles à savoir : qui ? quoi ? et comment ?

Ces questionnements se traduisent juridiquement à travers trois éléments essentiels inhérents à la poursuite pénale, à savoir le comportement infractionnel, le plaignant et la personne mise en cause. Le plaignant renvoie à la question de l'exercice des poursuites (II). Nous pouvons le considérer comme étant indirectement à l'origine des poursuites pénales par cette plainte qu'il a déposée préalablement et dont la vocation sera d'informer la justice de l'existence d'un comportement infractionnel¹⁷²⁰. La procédure pénale ne lui offre, pourtant, qu'un rôle accessoire en la matière puisque seul le procureur de la République dispose du droit d'action publique, soit le droit de saisir la juridiction pénale.

L'infraction, quant à elle, constitue l'objet des poursuites (III). Elle repose sur une étape fondamentale de **caractérisation de l'infraction**, une opération par laquelle le procureur vérifie la concordance des faits évoqués par rapport aux conditions posées par le Code pénal pour l'infraction en question. S'agissant de l'infraction de discrimination, les articles 225-1 et 225-2 et 432-7 du Code pénal constituent les références textuelles principales¹⁷²¹. Cette caractérisation peut se révéler multiple en raison de l'aspect chimérique de la définition juridique de discrimination. Ainsi, avec 18 critères énoncés aux termes de l'article 225-1 du

¹⁷¹⁹ Cf. *Rapport annuel 2009 de la HALDE*, p. 15. Si ce chiffre est particulièrement important, nous souhaitons pourtant le nuancer. Entre le nombre de réclamations portées et celles qui constituent véritablement une discrimination, nous avons un écart considérable.

¹⁷²⁰ De manière générale, l'infraction peut être révélée aux autorités judiciaires par trois sources principales que sont la victime par le biais de la plainte, la dénonciation d'un tiers ou encore par les services de police, sachant que dans ce dernier cas, une enquête préliminaire ou de flagrance a pu être ouverte. Il faut pourtant souligner, qu'en matière de discrimination, une importante partie de l'information va provenir de la plainte de la victime ou, éventuellement, de la dénonciation d'un tiers. Cette particularité ne se retrouve pas forcément dans le traitement d'autres infractions.

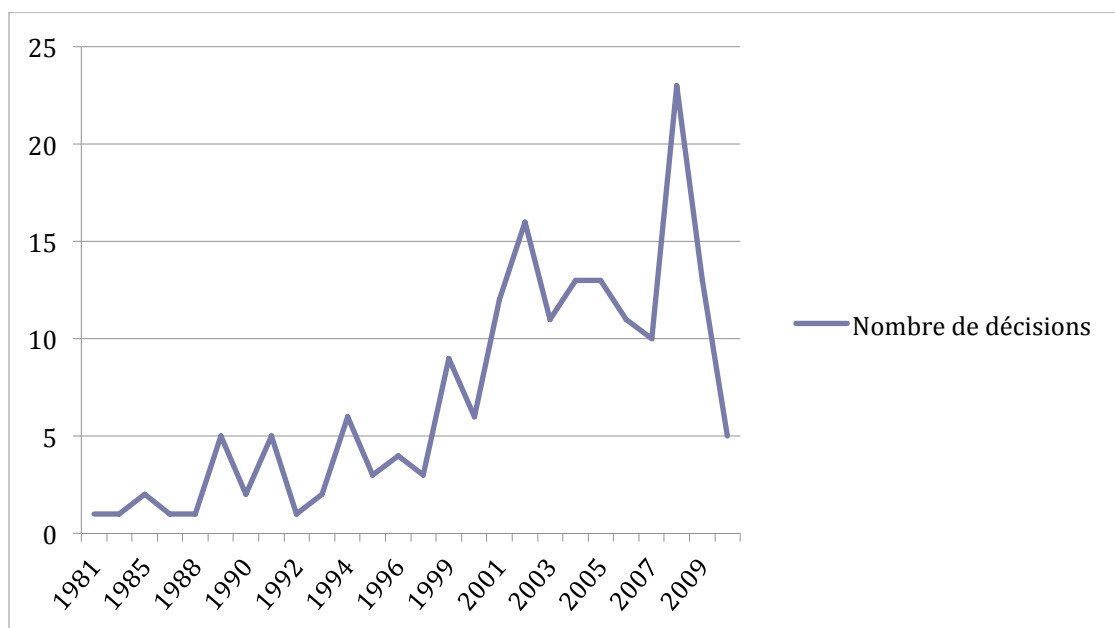
¹⁷²¹ Ainsi qu'éventuellement l'article 225-3 du Code pénal, qui définit l'ensemble des faits justificatifs existants et ôtant au comportement en cause son caractère infractionnel.

Code pénal et un champ matériel assez large, prévu par les articles 225-2 et 432-7 CP, le nombre potentiel de discriminations pouvant être poursuivies est important.

Enfin, ces poursuites sont nécessairement dirigées contre un auteur présumé, connu ou inconnu, et posent la question de la culpabilité. Qui est susceptible de se voir reprocher la commission de l'infraction ? (IV).

I) PRESENTATION QUANTITATIVE DU CONTENTIEUX REPRESSIF DES DISCRIMINATIONS

a) *Fréquence des poursuites engagées du chef de discrimination (toutes juridictions confondues)*¹⁷²²



¹⁷²² Bien que présentée au sein du graphique, la donnée relative à l'année 2010 est nécessairement biaisée, puisqu'un ensemble de décisions judiciaires n'a pas encore donné lieu à publication. Une partie d'entre-elles ayant été intégrée dans le cadre de cette étude, nous avons préféré ne pas l'exclure de la mesure de la fréquence du contentieux judiciaire.

b) Interprétation

Nous rappellerons, au préalable, que ce graphique n'est pas entièrement représentatif du contentieux des discriminations. Il ne retraduit, en effet, que les décisions ayant donné lieu à publication. Or, la publication porte très souvent sur des décisions rendues en appel, laissant ainsi hors de notre champ de recherche les jugements rendus en première instance contre lesquels un appel n'a pas été interjeté. Ensuite, concernant les arrêts de la Cour de cassation, dont le rôle, rappelons le, est d'examiner l'affaire en droit¹⁷²³, il s'agit majoritairement de pourvois contre des arrêts prononcés par une Chambre de l'instruction¹⁷²⁴ ayant confirmé les ordonnances de non lieu rendues par des juges d'instruction. Il s'agit donc d'un contentieux portant sur une question de droit, que nous avons néanmoins utilisé puisque nous y retrouvons tous les faits de l'espèce.

Un deuxième élément mérite une précision : le **contentieux répressif des discriminations ne traite que de la discrimination intentionnelle puisque le droit pénal ne prohibe que les comportements discriminatoires intentionnels**. Cela réduit de manière considérable le champ d'intervention de la juridiction répressive en comparaison de celui d'une autre juridiction, telle que la juridiction civile ou d'une autre institution telle que la HALDE. Ainsi, le droit pénal n'envisage pas, par exemple, la notion de discrimination indirecte.

Ces premiers résultats suscitent quelques remarques. Le contentieux relatif aux cas de discrimination se révèle assez faible en comparaison avec le nombre de réclamations traitées annuellement par la HALDE.

Ensuite, si l'on met en parallèle le volume du contentieux répressif avec les chiffres de l'Annuaire statistique de la Justice de 2008, l'écart est encore plus important, même si nous éviterons d'en tirer des conclusions trop hâtives. Ainsi, par exemple pour l'année 2006¹⁷²⁵, 12051 condamnations ont été prononcées au titre de la catégorie « *autre atteinte à la personne* ». Mais, cette catégorie comprend tant les atteintes à la vie privée, que les violations de domicile, les menaces, la diffamation, la discrimination, la non-assistance à personne en danger, la détention et la séquestration. Il semble dès lors délicat, pour ne pas dire impossible, de s'avancer sur la part représentative des discriminations au titre de ces

¹⁷²³ C. de l'org. jud., art. L. 411-2, 2° : « *La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire* ».

¹⁷²⁴ Et anciennement de la Chambre d'accusation.

¹⁷²⁵ Il s'agit des dernières informations que nous obtenons au sein de l'Annuaire statistique de la Justice de l'année 2008.

condamnations.

Cependant, si le volume du contentieux répressif est faible, il reste tout de même en progression. Là encore, il semble difficile de savoir si cette évolution est due à une familiarisation de la justice à l'infraction de discrimination ou si l'amélioration de la protection juridique et les actions de terrain menées dans ce cadre ont eu des conséquences sur le comportement de la victime.

La question doit être soulevée, même si nous ne proposerons pas d'éléments de réponse qui risqueraient d'être quelque peu spéculatifs. Le seul constat que nous effectuerons avec certitude concerne le contentieux judiciaire de l'année 2001. C'est une année charnière dans le domaine de la lutte contre les discriminations car elle est marquée du sceau de la loi du 16 nov. 2001¹⁷²⁶. Elle constitue un tournant puisqu'une nette progression se fait ressentir : le nombre d'affaires traitées a doublé. À l'inverse, il ne semble pas que la création de la HALDE en 2004 ait eu un impact sur le contentieux judiciaire. En effet, l'année 2008 présente le plus grand taux d'affaires traitées.

c) Pistes de réflexion

Lors de notre propos introductif nous avons précisé, qu'à notre sens, la faiblesse de l'activité judiciaire répressive dans le domaine des discriminations relevait de la question de l'accès au droit.

Quelques pistes peuvent être avancées en prenant pour point de départ les deux principaux acteurs intervenant dans l'accès au droit :

Les services de police, tout d'abord. Ces derniers peuvent rencontrer différents écueils lors de la révélation par la victime de la commission d'une discrimination. Nous pensons à un manque de formation dans le protocole de prise de plainte d'une infraction qui n'est pas évidente à caractériser et pour laquelle, les éléments de preuve appuyant les déclarations sont parfois faibles.

De plus, le manque de mobilisation des forces de police peut parfois constituer un obstacle au recours répressif. Nous évoquerons succinctement la pratique des commissariats qui,

¹⁷²⁶ Nous rappellerons que, concernant le droit pénal, la loi n° 2001-1066 du 16 nov. 2001 relative à la lutte contre les discriminations étend l'interdiction de la discrimination au domaine de l'accès au stage ou à une période de formation en entreprise. Elle a aussi contribué à l'extension des critères discriminatoires concernés : sont intégrés au sein de l'article 225-1 CP, l'apparence physique, le patronyme, l'orientation sexuelle, ainsi que l'âge.

jusqu'en 2001, consistait à enregistrer les signalements de cas de discriminations par le biais de simples mains courantes¹⁷²⁷. La loi du 15 juin 2000 a permis de mettre fin à cette façon de procéder¹⁷²⁸. De telles pratiques n'ont pas contribué à une amélioration de la prise en charge des victimes de discrimination car font obstruction au déclenchement d'éventuelles poursuites pénales¹⁷²⁹.

S'agissant de la victime, son positionnement est plus complexe. D'un point de vue général, la réaction de la victime requiert l'existence d'un minimum de connaissance et d'information. Ainsi, non seulement celle-ci doit être en mesure de détecter la violation de ses droits, mais aussi d'identifier les voies de recours existantes en la matière¹⁷³⁰. Les perspectives d'action d'une victime en situation de méconnaissance totale de ses droits sont, en tout évidence, bien moindres. Il en va de même en présence d'une victime pour laquelle nous observons un manque de confiance dans l'efficacité ou l'impact de l'action judiciaire.

Quand celle-ci a la possibilité et la volonté d'entreprendre des démarches, elles impliqueront qu'un choix soit effectué entre la réclamation portée devant la HALDE, la prise de contact avec une association qui servira d'intermédiaire avec le système judiciaire ou enfin, le recours à l'action judiciaire. Dans cette dernière hypothèse, la victime devra, encore une fois, choisir entre la voie répressive ou l'exercice d'un recours civil dont la finalité consistera en la réparation du préjudice subi.

L'accès au droit d'une victime de discrimination interroge par le manque d'information et par le délitement dont il fait l'objet. Un domaine pour lequel l'adage « *Nul n'est censé ignorer la loi* » frappe par son inadéquation. Aussi, le constat de la faiblesse du traitement répressif n'est plus seulement indéniable, il en est une conséquence logique. À notre sens, des perspectives d'amélioration passeront par un renforcement de l'information et de la sensibilisation. Une nécessité, que nous ne retrouvons pas forcément lorsque nous sommes en présence d'autres infractions. Nous pensons à des infractions plus classiques tels que le

¹⁷²⁷ La main courante n'est qu'un simple registre dans lequel sont consignées les déclarations sur des faits qui n'ont pas valeur à être constitutifs d'une infraction.

¹⁷²⁸ La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes a ainsi ajouté un article 15-3 au Code de procédure pénale en vertu duquel : « *La police judiciaire est tenue de recevoir les plaintes déposées par les victimes d'infractions à la loi pénale et de les transmettre, le cas échéant, au service ou à l'unité de police judiciaire territorialement compétent* ».

¹⁷²⁹ La main courante ne fait pas l'objet d'une transmission au procureur de la République et ne permet donc pas d'engager des poursuites.

¹⁷³⁰ Le rapport publié par le Réseau européen contre le racisme sur le renversement de la charge de la preuve faisait aussi état d'autres difficultés telles que le coût financier que cela peut éventuellement engendrer ou le manque de juristes qualifiés en la matière, ENAR, *Perspectives en mutation : le renversement de la charge de la preuve dans les procès pour discrimination raciale*, 2006, p. 27.

vol, les violences volontaires ou encore l'homicide, dont la répression semble évidente pour tout à chacun et n'exigent, donc, pas qu'un travail de sensibilisation soit mené.

Tout un travail de terrain a été engagé ces dix dernières années, mais il n'en subsiste pas moins l'existence de lacunes à combler. En témoignage, ainsi, le rapport de l'Eurobaromètre 2007 réalisé par la direction générale Emploi et Affaires sociales de la Commission européenne. Une des questions posées portait sur la notoriété de la législation interdisant les pratiques discriminatoires. Les résultats indiquaient que 30% à 45% des personnes interrogées ne connaissaient pas l'existence d'une législation interdisant les discriminations à l'embauche à raison du handicap, du sexe, de l'origine ethnique, de la religion, de l'âge ou de l'orientation sexuelle¹⁷³¹.

Ainsi, les premières crispations dans le traitement répressif des discriminations se rencontrent déjà au stade de l'accès au droit, soit parce que la volonté de faire sanctionner la discrimination n'a pas dépassé le stade de la simple démarche, soit parce qu'elle s'est dirigée vers une voie non répressive.

Mais, quand ce premier stade est dépassé, nous entrons alors dans ce qu'il convient d'appeler le traitement répressif des discriminations.

II) OPPORTUNITE DES POURSUITES ET MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE

L'analyse d'une activité judiciaire est une démarche périlleuse car le recours à des données chiffrées va servir à quantifier cette activité, à la discerner, mais elles ne peuvent rendre compte des enjeux et sous-entendus inhérents à la politique pénale et au système judiciaire. Pourtant, il n'est pas possible d'en faire l'économie car elles expliquent certains choix ou certaines pratiques judiciaires dans le traitement d'une infraction. Aussi, afin de les garder à l'esprit, nous nous avons choisi de les rappeler tout au long des développements qui suivent.

a) Déroulement et enjeux de la mise en mouvement de l'action publique

La plainte est l'étape initiale du traitement judiciaire, mais ne constitue pas, pour

¹⁷³¹ Voir la question n° 12 « Existe-t-il une législation qui interdit les types de discrimination suivants en matière d'embauche. Des discriminations sur base... », Eurobaromètre, *La discrimination dans l'Union européenne*, 2007, p. 35.

autant, un droit de poursuite. Juridiquement, seul le procureur de la République est titulaire de ce droit, même si l'exercice de ce droit peut être tant de son propre fait que celui de la victime. Dès lors, la plainte fera toujours l'objet d'une réponse pénale, mais d'une réponse qui est fonction d'une politique, de circonstances et d'exigences juridiques.

Cette réponse pénale est le résultat d'un choix effectué par l'autorité de poursuite selon des considérations d'opportunité¹⁷³². La question de l'issue d'une plainte ne se pose même pas si, d'un point de vue juridique, les faits ne sont pas poursuivables¹⁷³³ puisque, dans ce cas, elle sera d'office classée sans suite (*classement sans suite d'une affaire non poursuivable*). La première étape nécessite, ainsi, que l'infraction soit bien caractérisée dans ses éléments constitutifs, c'est-à-dire que les faits invoqués correspondent aux conditions posées par la loi au titre de cette infraction et que l'auteur soit identifié¹⁷³⁴.

Une fois cette opération effectuée, il incombera au procureur de la République d'orienter la plainte dont il a été le destinataire vers l'une des procédures de traitement existantes en procédure pénale. C'est un point très important, souvent incompris des profanes, qui répond à un souci d'individualisation du traitement de l'infraction en fonction de la personnalité de l'auteur et de la gravité des faits reprochés dans un souci de bonne administration de la justice.

Cette orientation peut emprunter trois voies différentes. La première possibilité dont dispose le procureur consiste à déclencher des poursuites, c'est-à-dire la mise en mouvement de l'action publique¹⁷³⁵, la seconde à classer sans suite (*classement sans suite d'opportunité*) et la dernière classiquement à mettre en œuvre des alternatives aux poursuites¹⁷³⁶. Nous ne reviendrons pas sur ce dernier type de réponse pénale puisque certaines mesures comme la médiation, la transaction s'apparentent aux pouvoirs conférés à la HALDE¹⁷³⁷ et ne sont pas mises en œuvre par le procureur de la République.

¹⁷³² La question des poursuites va se poser dès transmission de la plainte par les services de police ou, après réception personnelle des plaintes et dénonciations émanant de particuliers. Le procureur dispose, à ce titre, de ce que nous appelons « l'opportunité des poursuites », c'est-à-dire de la possibilité d'engager ou non des poursuites pénales à l'encontre de l'auteur présumé, C. proc. pén., art. 40.

¹⁷³³ Pour des raisons de clarté, nous avons simplifié les conditions exigibles dans le cadre de la mise en mouvement de l'action publique. D'un point de vue procédural, il en existe une quantité supplémentaire assez conséquente que nous écarterons ici.

¹⁷³⁴ Si l'auteur n'est pas identifié mais que le procureur décide de poursuivre, il faudra passer obligatoirement par l'ouverture d'une information.

¹⁷³⁵ Dans ce cas, nous ne passons pas nécessairement tout de suite à l'étape du jugement, il est parfois nécessaire de la compléter en demandant l'ouverture d'une information ou un complément d'enquête.

¹⁷³⁶ C. proc. pén., art. 41-1 et 41-2.

¹⁷³⁷ Art. 11-1 et suivants de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004, précisés par l'art. D. 1-1 du CPP issu du décret n° 2006-641 du 1er juin 2006.

Cette orientation s'effectue en considération de la consistance et de la pertinence des preuves dont il dispose. Le choix est stratégique, il répond à une politique pénale mise en œuvre au sein de chaque juridiction, qui est fonction des instructions données par le Ministère de la Justice, de la nature des faits et de l'état d'encombrement de l'institution judiciaire saisie par la plainte.

La lutte contre les discriminations fait partie des priorités de la politique publique mais les chiffres que nous allons présenter ne permettent pas de juger du degré de réalisation de cette politique au niveau judiciaire. En effet, ils ne renseignent pas sur le nombre de plaintes transmises aux procureurs, ni sur le nombre de classements sans suite, qu'ils soient prononcés parce que l'affaire n'était pas susceptible de poursuites ou, simplement, pour des raisons d'opportunité. Nous ne pouvons donc pas mesurer la part du classement sans suite dans l'ensemble des procédures relatives à l'infraction de discrimination.

Mais, gardons à l'esprit qu'une fois transmise, chaque plainte donne lieu à une réponse pénale. Le classement sans suite est une modalité de traitement en tant que telle. Soutenir que le contentieux répressif est de faible ampleur en se fondant uniquement sur le nombre de condamnations est une interprétation erronée. En réalité, avoir une vision juste de l'activité répressive, en matière de discrimination, impliquerait de prendre en compte le nombre de classements sans suite. Une telle démarche supposerait, néanmoins, d'avoir la possibilité de comparer le nombre de plaintes déposées et le nombre de classements sans suite. Dans ce cas, il serait éventuellement possible de remettre en question ces choix d'opportunités, voire critiquer la part du classement sans suite dans la procédure de traitement des discriminations.

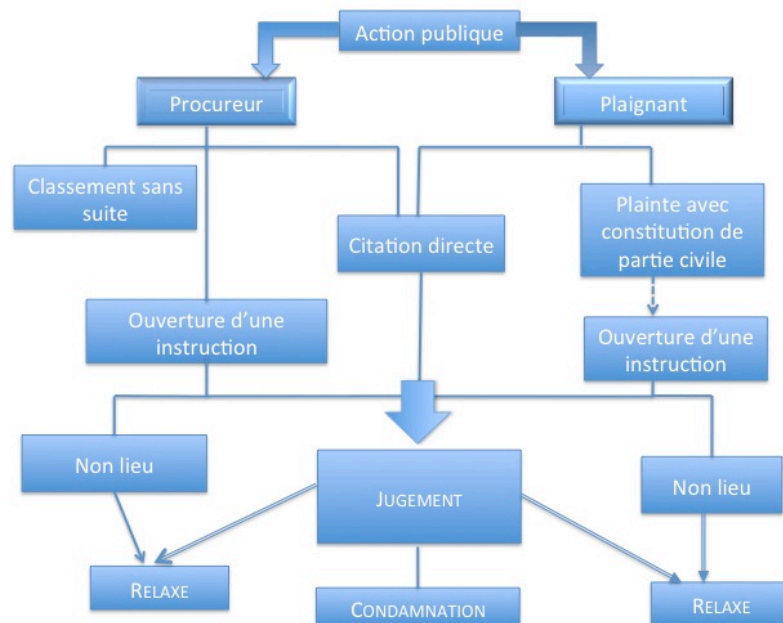
b) L'initiative des poursuites

La mise en mouvement de l'action publique est sans doute la phase procédurale la plus complexe à appréhender. Cette action publique se définit comme l'action conduite au nom de la société, exercée à l'encontre de l'auteur d'une infraction et visant à le traduire devant une juridiction pénale. Nous avons souligné précédemment que seul le procureur est titulaire du droit de poursuite. S'il en est l'unique titulaire, il n'est pourtant pas le seul à l'exercer. La victime peut jouer un rôle dans le déclenchement des poursuites.

L'esprit didactique de cette étude implique d'en favoriser au mieux sa lisibilité et sa compréhension. C'est la raison pour laquelle, avant s'intéresser au contentieux des discriminations, nous présenterons un schéma simplifié des mécanismes de déclenchement

des poursuites, complété d'une courte présentation de la place de la victime dans l'action publique.

Présentation simplifiée du traitement répressif d'une plainte



Initiative des poursuites et place de la victime dans l'action publique

Mettre en mouvement l'action publique implique d'opter pour l'une des procédures permettant de saisir les juridictions répressives. La procédure la plus simple est la *citation directe* qui permet de saisir directement la juridiction pénale. Il arrive, pourtant, que certaines affaires se présentent de manière plus complexe, ce qui est le cas quand l'auteur n'est pas identifié ou qu'il manque des éléments de preuve. Dans ce cas, *l'ouverture d'une instruction*¹⁷³⁸ semblera être la voie la plus appropriée. L'instruction doit être comprise comme l'instauration d'une étape intermédiaire entre la phase de poursuites et la phase de jugement. Elle implique, en effet, la saisine d'un juge d'instruction, dont le rôle sera d'instruire l'affaire et de décider de sa transmission à la juridiction de jugement. Dès lors, il est parfaitement possible qu'à l'issue de l'instruction, l'affaire soit transmise aux fins d'être

¹⁷³⁸ L'ouverture d'une information à l'initiative du procureur s'effectue par le biais d'un réquisitoire introductif d'instance (C. proc. pén., art. 80) et en ce qui concerne la partie civile, par le biais de la plainte avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction (C. proc. pén., art. 85).

jugée (*ordonnance de renvoi*) ou, à l'inverse, que le juge estime que les charges retenues à l'encontre de la personne soupçonnée sont insuffisantes et donc, ne justifient pas le renvoi de l'affaire devant les juges du fond (*ordonnance de non lieu*).

Que ce soit à travers leur engagement ou à travers le choix de la procédure qui permettra de saisir la juridiction, les poursuites ont toujours pour personnage central le procureur. Il est le seul juge de la gravité du préjudice causé à la société par la commission de l'infraction en cause et de la nécessité d'y apporter une réponse répressive. Mais, la légitimité de ses attributions ne doit pas cacher une autre réalité : celle d'une victime qui, en l'absence de toute action du procureur, voit s'évanouir toutes possibilités de faire reconnaître et sanctionner la violation de ses droits par une juridiction. La victime se voit, dès lors, reconnaître un rôle au sein de l'action publique, celui de la *partie civile*.

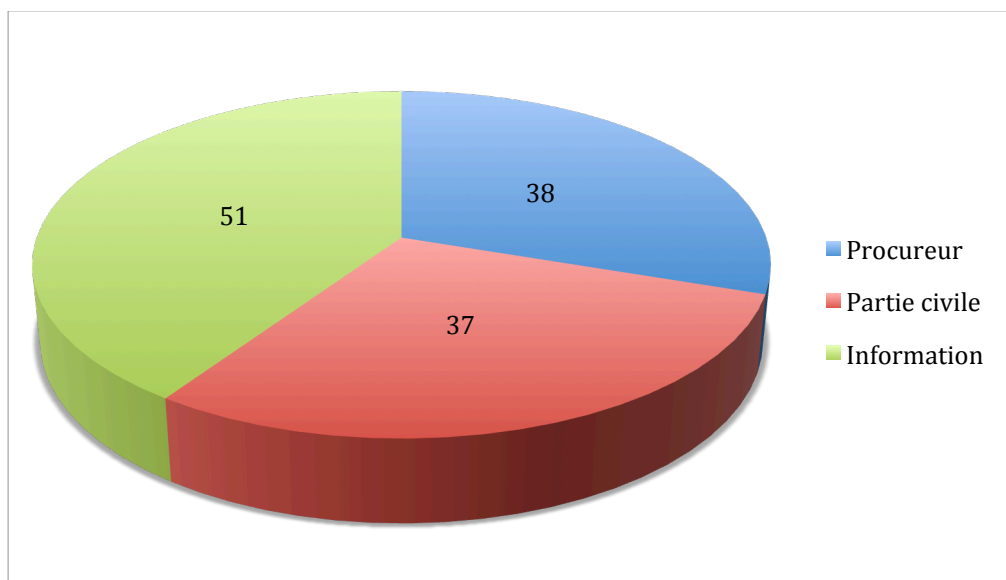
Aussi, que ce soit dès l'origine ou suite au classement sans suite de l'affaire, la victime dispose de deux voies pour mettre en mouvement l'action publique : *la citation directe*¹⁷³⁹ ou *la plainte avec constitution de partie civile*. Nous ne reviendrons pas sur la citation directe que nous venons d'explicitier. La constitution de partie civile, quant à elle, se porte directement devant le juge d'instruction. Elle aboutit à la saisine du magistrat instructeur qui, dès la réception de cette plainte, la transmet au procureur afin qu'il prenne ses réquisitions (*ordonnance de soit-communié*). La possibilité d'une affaire d'être jugée par les juges du fond dépendra alors de deux variables. D'une part, les réquisitions du procureur doivent aller dans le sens de l'ouverture d'une information (*réquisitions d'informer*)¹⁷⁴⁰. D'autre part, une fois encore, cela suppose que, par la suite, le juge d'instruction ne clôture pas son information par une ordonnance de non-lieu.

Ces premiers éclaircissements apportés, nous en venons maintenant au contentieux répressif des discriminations.

¹⁷³⁹ En général, cette citation directe à l'initiative du plaignant interviendra suite au refus du procureur de la République de poursuivre les faits.

¹⁷⁴⁰ Ainsi, quand le procureur prend des réquisitions *d'irrecevabilité de la partie civile, d'incompétence du juge d'instruction ou de non-informer*, la mise en mouvement de l'action publique s'achèvera à ce stade.

La mise en mouvement de l'action publique (exprimée en nombre d'affaires)



Les jugements et arrêts rendus ne permettent pas toujours de savoir qui a été à l'initiative des poursuites malgré un rappel de la procédure préalable à toute analyse au fond. Souvent, ce sont dans les arrêts rendus par la Cour de cassation qu'il est le plus difficile de trouver cet initiateur. Les éléments statistiques qui vont suivre n'englobent donc que les affaires pour lesquelles il a été possible de se prononcer avec certitude sur l'origine des poursuites. Il en ressort trois types de poursuite :

- le premier représente la mise en mouvement de l'action publique par le procureur que ce soit par citation directe ou par convocation par procès-verbal : cela concerne 38 affaires (30%) pour lesquelles, majoritairement, les poursuites ont été déclenchées par citations directes.
- le second élément représente les poursuites engagées par la partie civile par le biais d'une citation directe. Cela concerne 37 affaires (29%).
- le troisième élément est relatif à l'ouverture d'une information dans la procédure, soit 51 affaires (41%). Faute d'éléments suffisants, il n'est pas possible de renseigner avec exactitude sur l'origine de la saisine du magistrat instructeur. Approximativement, une grande partie de ces instructions ont pour origine une plainte avec constitution de

partie civile. 30 affaires sur 51 instruites ont, par ailleurs, abouti à un non-lieu.

Le croisement de ces résultats montre que, dans le contentieux des discriminations, les acteurs judiciaires sont bien présents puisqu'ils interviennent dans 69 affaires, contre 37 affaires pour lesquelles la partie civile était seule, celle-ci ayant agi par voie de citation directe.

De même, dans plus de 50 % des cas, l'infraction a donné lieu à certaines investigations, soit au titre d'une enquête préliminaire, soit dans le cadre d'une instruction. La présence institutionnelle externe est aussi non négligeable puisque nous notons la constitution de partie civile d'une association dans 51 affaires. S'agissant des syndicats, cette mobilisation est tout de même moindre, ceux-ci s'étant constitués partie civile dans seulement 13 affaires.

Pour conclure sur ces premiers éléments, nous dirions que le contentieux répressif des discriminations est, certes, de faible ampleur mais il suscite, tout de même, une mobilisation des acteurs judiciaires. Il ne s'agit pas d'un contentieux qui repose essentiellement sur l'action de la victime car, toute proportion gardée, dans la plupart des cas elle bénéficie du soutien des acteurs judiciaires.

Cela nous amène maintenant à un autre point, celui de l'objet de ces poursuites

III) L'INFRACTION DE DISCRIMINATION, OBJET DES POURSUITES

Envisager l'objet des poursuites, c'est tenter de préciser la consistance de l'infraction, c'est-à-dire le type de discrimination en cause et son critère. Un premier aperçu de cette consistance peut être obtenu à la lecture des rapports annuels de la HALDE¹⁷⁴¹. Le comportement est présenté sous deux angles, à savoir le critère invoqué et le domaine concerné (biens, prestations de service, emploi etc.). Dès lors, il nous a semblé intéressant d'effectuer une comparaison entre ces deux types de contentieux, c'est-à-dire entre les réclamations portées devant la HALDE et les poursuites engagées devant la juridiction répressive, au titre des articles 225-1 et 225-2 et 432-7 du Code pénal.

Au sein d'un tableau, nous avons essayé de donner un aperçu des réclamations traitées par la

¹⁷⁴¹ L'ensemble des rapports annuels de la HALDE est consultable en ligne sur leur site internet: www.halde.fr.

HALDE au courant de ces cinq dernières années. Nous avons pris en compte que les trois ou quatre critères ou domaines les plus prépondérants par année, pour ne pas alourdir une présentation que nous pouvons retrouver de manière exhaustive dans les rapports annuels de la HALDE.

a) Réclamations portées devant la HALDE

		2005	2006	2007	2008	2009
Critères	Origine	39,60%	35%	27%	29%	28,5%
	État de santé/Handicap	13,90%	19%	22%	21%	15,5%
	Sexe	6,2%	s/o ¹⁷⁴²	s/o	s/o	6,5%
	Âge	s/o	6%	6%	7%	s/o
Domaines	Emploi	45,5%	43%	50%	50%	48,5%
	Réglementation /Service public	18,3%	22%	20%	18%	15%
	Biens et services	8%	10%	13%	13%	10%

b) Contentieux répressif des discriminations

1) Les critères discriminatoires : article 225-1 du Code pénal

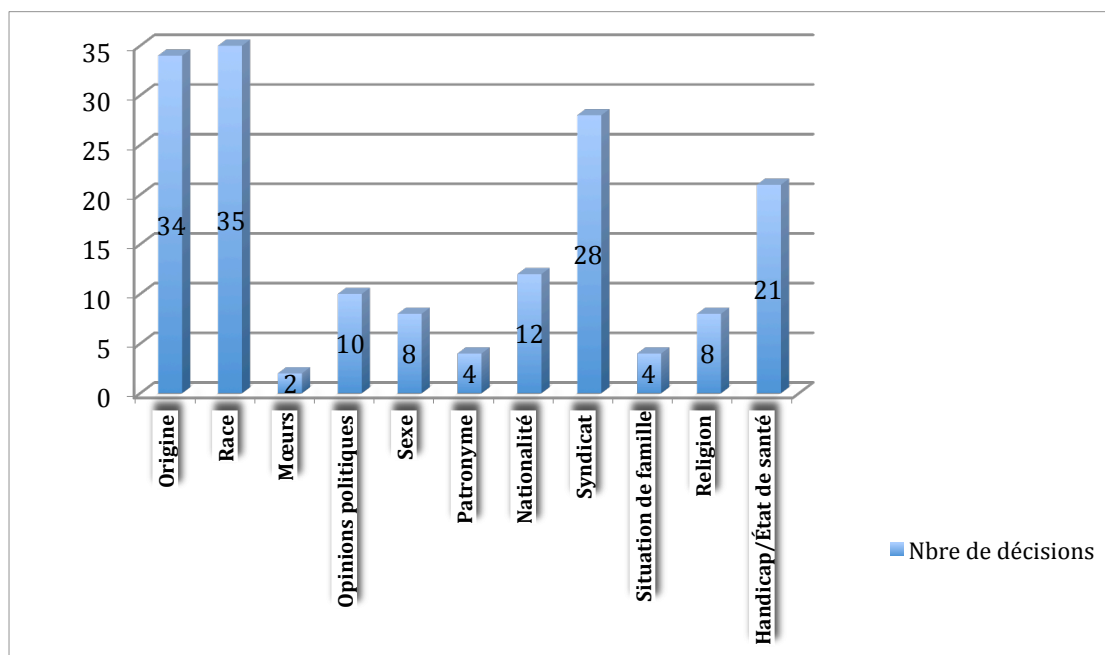
Le contentieux répressif des discriminations étant bien plus faible que le nombre de réclamations traitées par la HALDE, nous n'avons pas souhaité effectuer cette comparaison sur la base des mêmes critères, d'autant plus que la HALDE n'a que six années d'existence alors que nous avons retracé vingt années de contentieux.

L'article 225-1 du Code pénal définit l'ensemble des critères discriminatoires prohibés.

¹⁷⁴² Sans objet.

Il s'agit de l'article le plus complet dans ce domaine puisqu'il répertorie pas moins de 18 critères¹⁷⁴³. Or, le graphique ne fait état que de 11 critères. En effet, cet aperçu du contentieux répressif a été réalisé uniquement en considération des critères rencontrés. Certains n'apparaissent donc aucune fois : il en va ainsi de l'orientation sexuelle, de l'âge, de l'état de grossesse, de l'apparence physique¹⁷⁴⁴ ou des caractéristiques génétiques.

Répartition du contentieux en fonction des critères discriminatoires



- Origine et appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une nation : une catégorie uniforme ?

Il n'était pas évident de pouvoir retranscrire ces différents critères au sein de nos graphiques car la discrimination ne semble pas être distinguée selon qu'elle est commise à raison de l'origine, de la race, de l'ethnie, ou de la nation. Cette remarque vaut tant en ce qui concerne

¹⁷⁴³ « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée », Code pén., art. 225-1.

¹⁷⁴⁴ Nous retrouvons, tout de même, une référence à ce critère par association à celui de la race dans un jugement rendu par le TGI de Nantes : *TGI Nantes, 17 juill. 2006: Juris-Data n° 2006-309105*.

la HALDE, que le juge répressif.

En général, toutes les réclamations, portées devant la HALDE et relatives à l'un des critères susmentionnés, sont considérées comme des discriminations commises à raison de l'origine.

S'agissant des juridictions répressives, la caractérisation de l'infraction par les parties, par le ministère public ou encore par le juge est générique et se range souvent sous la catégorie « *origine, ethnie ou nation* » ou « *appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race* ». Il arrive que certains arrêts fassent référence à un seul de ces critères mais ils représentent une minorité. Ainsi, il n'y a pas de démarcation nette effectuée par les juges entre ces différents critères, ce qui place le juriste dans l'impossibilité de leur octroyer une définition précise.

Afin d'indiquer la part représentative de chaque critère, nous avons effectué notre propre répartition en considération des faits de l'espèce et selon le critère qui nous semblait le plus adéquat. Il est vrai qu'au niveau des poursuites, l'absence de précisions relatives au critère spécialement en cause n'emporte pas de conséquence juridique. Pour autant, il appartient au juge d'interpréter la loi à l'occasion du contentieux dont il est saisi. Cette interprétation des critères n'apparaît pas à la lecture des décisions. La définition de ces critères semble, dès lors, maintenue dans une sorte de flou conceptuel, alors même que le législateur entendait les différencier par la définition qu'il a posée.

Du point de vue de la part représentative de ces critères, nous nous apercevons sans surprise que le contentieux répressif porte majoritairement sur des plaintes mettant en cause une prise en compte des « origines » du plaignant. En l'occurrence, ce critère se retrouve dans 81 décisions de l'ensemble du panel étudié, donc un critère prépondérant tant du point de vue de la HALDE, que du point de vue de la juridiction répressive.

- *Le handicap et l'état de santé : un domaine matériel restreint ?*

Le handicap et l'état de santé sont des critères qui occupent aussi une place importante dans le contentieux répressif des discriminations. S'ils n'ont pas été différenciés au sein du graphique, nous soulignerons tout de même que le contentieux porte majoritairement sur le critère du handicap. Ce critère s'associe dans la plupart des cas à des refus de biens ou de services. Il n'y a quasiment pas de contentieux portant sur le domaine de l'emploi, que ce soit au titre d'un refus d'embauche, d'une sanction ou d'un licenciement. Bien souvent, il

s'agit simplement de refus d'accès dans des établissements accueillants du public ou d'utilisation d'un transport aérien.

- Les activités syndicales : une dynamique répressive ?

La différence la plus marquante entre le contentieux répressif et les réclamations portées devant la HALDE concerne le critère des activités syndicales. Toute proportion gardée, l'activité syndicale est un critère fréquemment invoqué dans le contentieux des discriminations, non pas qu'il soit inexistant au sein des réclamations portées devant la HALDE, mais parce que s'inscrivant dans une disparité plus marquée dans le domaine répressif. Il est, ainsi, trois fois plus souvent invoqué qu'un autre critère comme le sexe ou l'âge, alors que nous nous situons à peu près sur les mêmes seuils de pourcentage quand il s'agit des réclamations¹⁷⁴⁵. Ceci nous amène à considérer que, s'agissant de la prise en considération de ses activités syndicales, le plaignant semble plus à même de se tourner vers la juridiction répressive. Cela pourrait éventuellement s'expliquer par l'existence d'une initiative syndicale à l'origine ou au soutien¹⁷⁴⁶ de la mise en mouvement de l'action publique¹⁷⁴⁷. Cependant, cette présence syndicale se retrouve dans seulement neuf affaires fondées sur ce critère.

La raison peut être trouvée ailleurs. D'une part, dans bon nombre de contentieux dans lesquels la discrimination à raison des activités syndicales est invoquée, un autre chef d'accusation a été retenu tel que le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical¹⁷⁴⁸ (*C. trav.*, L. 2146-1, L. 2141-11 à L. 2143-22, *anc. L. 481-2*), l'infraction spéciale de discrimination syndicale¹⁷⁴⁹ (*L. 2146-2, L. 2141-5 à L. 2141-8, anc. L. 481-3*), le harcèlement moral¹⁷⁵⁰ (*C. pén.*, art. 222-33-2), l'atteinte à l'exercice régulier des fonctions de conseiller

¹⁷⁴⁵ Entre 4 et 5% des réclamations pour les années 2005 et 2006.

¹⁷⁴⁶ Nous rappellerons brièvement que le syndicat a la possibilité de se constituer partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente en vertu de l'article L. 2132-3 du Code du travail (*Anc. art. L. 411-11*). De même, a-t-il la possibilité de se substituer au salarié, sans avoir à justifier d'un accord de celui-ci sous réserve de son information préalable quand cela concerne une discrimination à raison du sexe ou de la situation de famille, *C. trav.*, art. L. 1144-2 (*Anc. art. L. 123-6*).

¹⁷⁴⁷ Approximativement, la moitié des affaires a pour origine une citation directe du plaignant ou une plainte avec constitution de partie civile. Il ne nous est pas possible de donner des chiffres plus précis en raison du manque d'information existant à la lecture de certaines décisions judiciaires.

¹⁷⁴⁸ Voir notamment : *CA Angers, 23 juin 2009 : Juris-Data n° 2009-009239 ; Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-82.559.*

¹⁷⁴⁹ *CA Paris, 14 janv. 2008, n° 07/05719 ; Cass. crim., 3 avr. 2007 : Bull. crim. 2007, n° 105, p. 507 ; Cass. crim., 9 mai 2001, n° 00-87.720.*

¹⁷⁵⁰ *Cass. crim., 16 sept. 2009, n° 09-80.933 ; Cass. crim., 24 janv. 2007, n° 06-84.083.*

prud'homme¹⁷⁵¹ (*C. trav.*, art. L 1443-3, anc. L 531-1), infractions pour lesquelles la HALDE n'a aucune compétence. D'autre part, il semble qu'en la matière, la recherche d'une sanction pénale soit une pratique plus intériorisée et plus systématique du plaignant qui, de par ses fonctions est plus sensibilisé, à la question.

- *L'âge, l'apparence physique, l'orientation sexuelle, l'état de grossesse, les caractéristiques génétiques : des critères oubliés ?*

Enfin, s'agissant des critères non présents que nous avons évoqués précédemment, il convient d'être plus réservé. Le critère des caractéristiques génétiques génère un contentieux inexistant mais tout aussi pauvre en terme de réclamations, puisqu'entre 2005 et 2009, la HALDE n'a rencontré que trois cas.

Pour ce qui est de l'état de grossesse, de l'apparence physique, de l'âge, de l'orientation sexuelle, il est plus difficile d'apporter une explication qui risquerait d'être spéculative. Sommes nous face à un problème de preuve ? Un manque d'information ? Une pratique divergente ? Une piste peut être néanmoins proposée : que ce soit en raison de l'état de grossesse ou de l'âge, le contentieux généré par un comportement discriminatoire a plus de chance d'être porté devant les juridictions civiles que pénales. Pour l'état de grossesse, il s'agit d'un critère récent dans le Code pénal, celui-ci ne datant que de 2006¹⁷⁵². Le Code du travail a, quant à lui, des dispositions plus protectrices de la femme enceinte si bien que la voie civile peut paraître plus adéquate.

Ensuite, s'agissant de l'âge, il s'agit d'un critère que nous retrouverons vraisemblablement plus dans le domaine de l'emploi et ici encore, le plaignant a peut être plus tendance à se tourner directement vers les juridictions civiles.

Enfin, une précision s'imposait concernant le critère de l'orientation sexuelle. Seule une décision se rapportait à une discrimination commise à l'encontre d'une personne homosexuelle : le prévenu avait refusé que le plaignant, infirmier de profession, s'occupe de sa belle-mère au motif que celui-ci, étant homosexuel, risquait de lui transmettre des maladies. Curieusement, l'arrêt est assez ambivalent, faisant à la fois référence aux mœurs et à l'orientation sexuelle¹⁷⁵³ alors même que ce dernier figure à l'article 225-1 CP depuis 2001. Il ne semblait donc pas nécessaire d'invoquer celui des mœurs.

¹⁷⁵¹ *Cass. crim.*, 6 mai 2008 : *Bull. crim.* 2008, n° 106, *RSC* 2009, p. 391.

¹⁷⁵² Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006.

¹⁷⁵³ *CA Agen*, 15 déc. 2005, n° 0500285-A.

Par contre, il s'agit d'un critère que nous retrouvons de manière plus fréquente s'agissant du contentieux relatif au délit d'injure publique¹⁷⁵⁴.

- *Le sexe : un critère sous-représenté ?*

Le critère du sexe est largement sous-représenté tant au niveau du contentieux répressif des discriminations que des réclamations portées devant la HALDE. Pourtant, les comportements et pratiques discriminatoires relatifs à la prise en compte de ce critère sont souvent structurels, ce qui, dans les années 1980, avait conduit les institutions européennes à s'intéresser à la question. Tout comme le critère de l'origine, le critère du sexe est sans doute celui qui a donné lieu à l'élaboration du cadre juridique le plus évolué. Nous retrouvons ce critère à l'origine des réflexions conduites sur les notions de discrimination indirecte et d'action positive, dont la finalité était de répondre à ces discriminations massives, que peuvent engendrer différentes pratiques et fonctionnements structurels.

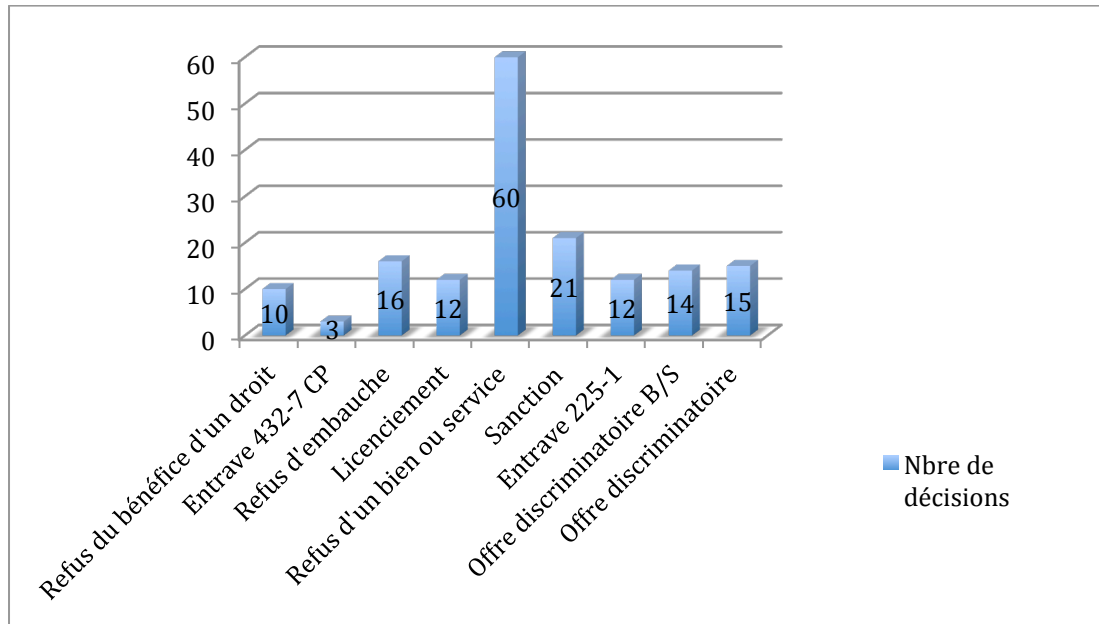
Si les discriminations commises à raison du sexe s'observent majoritairement dans le milieu du travail, nous restons frappés par la sous-représentation de ce critère en terme de contentieux. Conclure à l'inexistence de discriminations sexistes serait un leurre, raison pour laquelle l'explication doit être cherchée ailleurs. Nous rebondirons sur notre propos précédent, aux termes duquel nous avons estimé que les discriminations commises en raison de certains critères peuvent être davantage portées devant les juridictions civiles. Là encore, il est fort possible que s'agissant de discriminations essentiellement observées dans le monde du travail, le recours devant la juridiction civile soit sans doute le plus propice.

Ensuite, le champ matériel de l'infraction de discrimination se prête moins à ce type de discrimination, dans le sens où il ne vise que le refus d'embauche, la sanction et le licenciement. Or, les discriminations commises à raison du sexe portent bien souvent sur des mutations, des refus d'avancement, des disparités au niveau du salaire etc. Ce genre de discrimination rentre difficilement dans le champ matériel prévu au titre de l'article 225-2 du Code pénal.

¹⁷⁵⁴ Voir par exemple : *Cass. crim.*, 12 nov. 2008 : *Bull. crim.* 2008, n°229 ; *RD* 2009, p. 44 ; *RSC* 2009, p. 129.

2) Les domaines concernés: articles 225-2 et 432-7 du Code pénal

Répartition du contentieux en fonction du domaine concerné



- Éléments de précision sur la matérialité de l'infraction

L'élément matériel de l'infraction de discrimination peut trouver deux bases légales, à savoir l'article 225-2 CP¹⁷⁵⁵ (l'infraction des particuliers) ou l'article 432-7 CP¹⁷⁵⁶

¹⁷⁵⁵ La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;

3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;

4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;

5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;

6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stades visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende.

¹⁷⁵⁶ La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

(l'infraction dite des dépositaires de l'autorité publique¹⁷⁵⁷). Globalement, le contentieux se répartit à 84% sur le fondement de l'article 225-2 CP et 16% sur le fondement de l'article 432-7 CP.

- Le refus d'un bien ou d'une prestation de service

Le champ matériel évoqué au titre du comportement discriminatoire semble assez bien réparti. La plus grande disparité que nous notons concerne une prépondérance de plaintes au titre du refus d'un bien ou d'un service. En général, la majorité des décisions porte sur des refus d'accès à des établissements accueillant du public (établissement de nuit, restaurant etc.). Cela peut s'expliquer par le fait que dans ce type d'affaire, bien souvent, la preuve est facilitée par la présence de tiers. En effet, dans une majorité des affaires, nous sommes en présence de témoignages ou d'un test de situation mis en œuvre par une association. Dans ce cas, indépendamment de leur valeur probante, le procureur dispose d'éléments à charge et sera donc plus enclin à engager des poursuites.

- Les discriminations dans le monde du travail

La sanction discriminatoire est invoquée plus fréquemment que le refus d'embauche, mais à ce titre nous la mettons en parallèle avec l'invocation du critère de l'activité syndicale puisqu'il s'agit bien souvent de plaintes à l'encontre de sanctions motivées par la prise en compte des activités syndicales du salarié. Il en va de même s'agissant des licenciements, car bien souvent la plainte fait état d'une prise en compte des activités syndicales.

S'agissant de l'embauche, la moitié du contentieux porte sur des offres discriminatoires, soit une sélection qui s'effectue en amont de la procédure d'embauche et dont les conséquences portent sur des candidats potentiels et non une personne déterminée. Par contre, pour les refus d'embauche *stricto sensu* qui ont pour conséquence la mise à l'écart d'un candidat déterminé, il s'agit souvent d'une prise en considération de l'origine du plaignant.

- Les discriminations commises par des personnes dépositaires de l'autorité publique

Comme nous l'avons précisé précédemment, les dépositaires de l'autorité publique peuvent

1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;

2° A entraver l'exercice d'une activité économique quelconque.

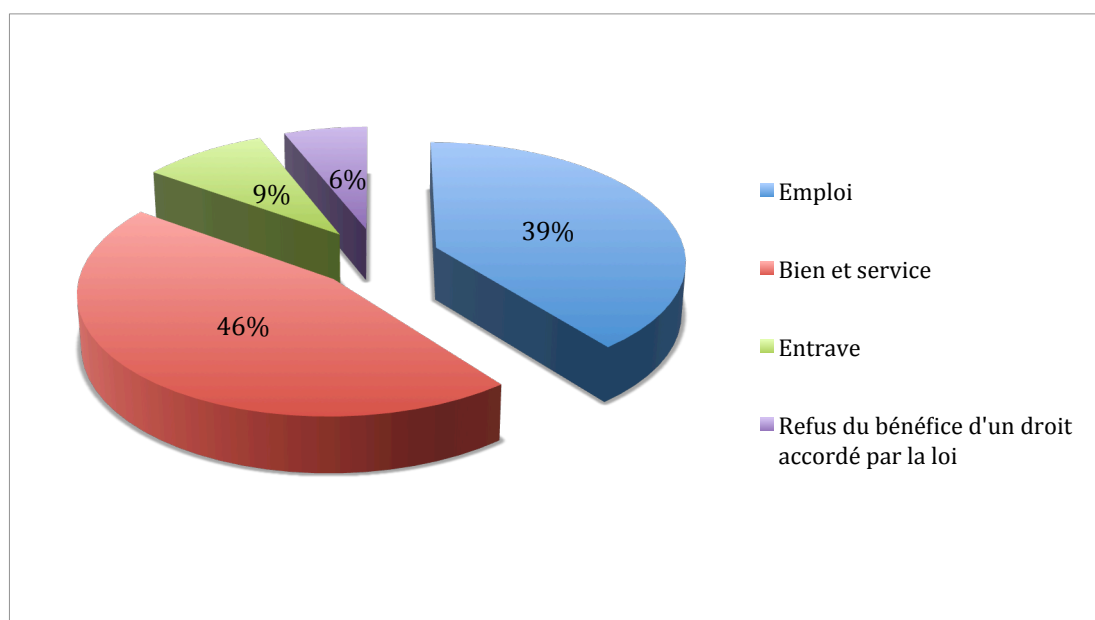
¹⁷⁵⁷ Nous rappellerons que si le comportement ne rentre pas dans prévisions de l'article 432-7 CP, un dépositaire de l'autorité publique pourra toujours être poursuivi sur le fondement de l'article 225-1 CP.

être poursuivis dans deux hypothèses prévues par l'article 432-7 du Code pénal : en cas de refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi ou encore dans le cas d'une entrave à l'exercice d'une activité économique quelconque. De telles affaires représentent un quart du contentieux étudié. Il porte essentiellement sur des situations de refus d'inscription dans une école, des situations de boycott de produits en provenance d'un pays étranger, d'entrave à l'accession à la propriété¹⁷⁵⁸ ou encore de refus du bénéfice d'une prime de naissance¹⁷⁵⁹.

- Champ matériel d'intervention : comparaison entre la juridiction répressive et la HALDE

Il n'est pas évident de procéder à des comparaisons entre ces données et celles que nous trouvons dans les différents rapports de la HALDE. Cette haute autorité prend en compte des déclinaisons que le droit pénal ne connaît pas tels que la réglementation, le fonctionnement des services publics, le domaine du logement et de l'éducation (ces deux derniers étant compris dans le refus d'un bien ou d'un service ou encore dans le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi). Nous avons dès lors procédé à une comparaison sur la base de catégories générales.

Répartition du contentieux par domaine (exprimée en %)



¹⁷⁵⁸ CA Grenoble, 8 nov. 2006, n° 06/00053.

¹⁷⁵⁹ CA Aix en provence, 18 juin 2001, n° 914M2001 ; Cass. crim., 17 déc. 2002, n° 011-85.650.

La moitié des répartitions présentées devant la HALDE concerne le domaine de l'emploi, pour lequel le dernier rapport annuel note que 75% des réclamations portent sur le déroulement de carrière¹⁷⁶⁰ contre 25% pour le recrutement. L'écart n'est pas aussi important s'agissant du contentieux répressif (9% sur le refus d'embauche contre 13% s'agissant des sanctions).

Par contre, l'écart est extrêmement plus important s'agissant du domaine des biens et services. 45% du contentieux répressif porte sur ce domaine, alors qu'il semble bien moins important au titre des réclamations portées devant la HALDE. Là encore, il faut noter que les réclamations portant sur la réglementation ou le fonctionnement des services publics représentent en moyenne 17 à 25% du travail de la HALDE et qu'il s'agit d'un champ matériel qui ne peut faire l'objet de poursuites pénales car se situant hors du champ d'application de l'article 225-2 du Code pénal.

IV) LA DETERMINATION DE LA PERSONNE PENALEMENT RESPONSABLE

La question de l'imputabilité est un élément central du droit pénal car elle est fondatrice de la responsabilité pénale qui sera mise en cause à l'occasion du procès pénal. Envisagée sous l'angle des discriminations, la question n'est pas toujours évidente, soit parce que le comportement discriminatoire résulte de la connivence de différentes personnes, soit qu'il est le produit d'une politique structurelle favorable à l'adoption de tels comportements. Le discriminant n'est pas forcément le commettant direct.

L'imputabilité s'entend de la possibilité de rattacher la commission d'une infraction à une personne que l'on présume être l'auteur des faits. La responsabilité est nécessairement personnelle, en ce sens que *nul n'est responsable que de son propre fait*. Différents mécanismes juridiques permettent pourtant d'envisager la responsabilité de personnes concourant à la commission de l'infraction, si bien que l'enjeu consistera à toujours bien cibler ceux dont la responsabilité peut être mise en jeu. Ainsi, une définition erronée de ces responsabilités peut conduire à une relaxe à l'issue du procès pénal, en dépit de l'existence du comportement infractionnel.

¹⁷⁶⁰ Ce déroulement de carrière prend en compte toutes les étapes d'une vie professionnelle déclinées au sein de l'article L. 1132-1 du Code du travail. L'article 225-2 du Code pénal a une appréhension beaucoup plus limitée du déroulement de carrière. En effet, il ne prend en compte que la sanction et le licenciement.

Pour la clarté du propos, nous envisagerons cette question de l'imputabilité de l'infraction par la présentation de différents cas de figure.

a) La personne physique pénalement responsable

Il s'agit de l'hypothèse où l'infraction est directement reprochée à la personne physique que l'on présume être l'auteur des faits. Cela représente la majorité des situations dans le contentieux des discriminations. Il peut s'agir d'une seule personne, ou de plusieurs personnes prises individuellement. Dans ce second cas de figure, nous nous retrouvons en présence d'un délit commis matériellement et intentionnellement par plusieurs personnes à la fois, pouvant être alors toutes poursuivies en qualité de co-auteurs. Quand le délit a été commis intentionnellement et matériellement par une seule personne, il est parfaitement possible que son comportement soit le résultat de la provocation d'une tierce personne ou parfois, plus simplement, de l'aide ou de l'assistance de cette dernière. Cette tierce personne pourra dans ce cas faire l'objet de poursuites pénales au titre de la complicité. Le système de la pénalité d'emprunt applicable dans le domaine de la complicité aura pour conséquence que ce complice encourra les mêmes peines que l'auteur principal. Le comportement discriminatoire est parfois le résultat d'une politique interne à l'entreprise ou de l'influence d'une clientèle sélective, raison pour laquelle ce genre de situations se rencontre sans surprise à la lecture des jugements rendus en la matière.

Par exemple, il en va ainsi de l'agence immobilière, qui prenant en compte le refus de ses clients de louer à des personnes d'origine étrangère, opère une sélection des éventuels locataires sur la base de critères discriminatoires liés à la race¹⁷⁶¹ ; ou encore de la société qui refuse l'embauche de personnes d'origine étrangère dans le cadre de sa campagne de promotion de produits coiffants et donnant alors pour consignes aux sociétés en charge du recrutement d'exclure les personnes non européennes ou de couleur¹⁷⁶². Il en va de même s'agissant de la sélection d'hôtesse d'accueil « pure white »¹⁷⁶³ conformément aux souhaits de la clientèle, etc.

En réalité, les arrêts ne marquent pas une réelle différenciation entre la qualité d'auteur ou de complice car cette qualification n'a pas de conséquences pratiques. En effet, quelque soit cette qualité, les mêmes peines seront encourues.

¹⁷⁶¹ *CA Grenoble*, 30 avr. 2008, n° 07/00202.

¹⁷⁶² *Cass. crim.*, 23 juin 2009 : *Bull. crim.* 2009, n° 126.

¹⁷⁶³ *TGI Nanterre*, 27 oct. 2008, n° 0415445153.

Quant au choix du fondement légal de cette responsabilité pénale, le comportement peut être poursuivi soit au visa de l'article 225-1 du Code pénal, c'est à dire au titre de particulier, soit au visa de l'article 432-7 du Code pénal, ce dernier ne concernant que les dépositaires de l'autorité publique. Mais, dans ce cas, notons que les poursuites supposeront deux conditions particulières : d'une part l'infraction doit avoir été commise à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, d'autre par la personne visée doit avoir disposé d'un réel pouvoir de décision. De plus, le champ matériel de cette infraction est beaucoup plus limité que celui de l'article 225-1 CP, celui-ci ne visant, en effet, que deux faits matériels¹⁷⁶⁴. Si les faits ne rentrent pas dans les prévisions de la loi, des éventuelles poursuites pourront toujours être envisagées mais uniquement au titre des articles 225-1 et 225-2 CP, c'est à dire en qualité de simple particulier avec les peines prévues à cet effet.

b) La personne morale pénalement responsable

La mise en cause de la responsabilité pénale de la personne morale est une pratique moins courante dans le contentieux des discriminations. De manière générale, la personne morale peut être une société civile ou commerciale, une association, un syndicat, une fondation, un parti politique ou en ce qui concerne les personnes morales de droit public, une collectivité territoriale, un établissement public etc.

La personne morale étant une structure, la commission de toute infraction suppose nécessairement l'action d'une personne physique, celle de son représentant. En définitive, selon la situation dans laquelle l'infraction a été commise, il est possible de poursuivre uniquement la personne morale ou de poursuivre les deux. En effet, la responsabilité d'une personne morale n'est pas une responsabilité de substitution, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de poursuivre celle-ci et d'occulter celle de la personne physique. Pour autant, la responsabilité d'une personne morale reste techniquement plus difficile à mettre en œuvre car un certain nombre de conditions supplémentaires se rajoute. Ces conditions sont fixées par l'article 121-2 du Code pénal. La difficulté réside souvent dans la détermination de la personne présumée responsable.

Avant d'envisager les différents cas possibles, nous rappellerons succinctement les exigences posées au titre de l'article 121-2 du Code pénal. La première condition, qui relève d'ailleurs de l'évidence, implique que les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis

¹⁷⁶⁴ Voir *infra* : Les discriminations commises par les dépositaires de l'autorité publique.

en la personne physique dirigeante ou représentante de la société¹⁷⁶⁵. Mais la mise en cause d'une structure ne se justifie qu'à partir du moment où la commission d'une infraction ait un aspect profitable pour cette dernière. Le droit pénal exige, dès lors, que l'infraction soit **commise pour le compte de la personne morale**, c'est-à-dire dans son intérêt (financier notamment) ou même simplement, dans le cadre de son organisation, de son fonctionnement ou de la réalisation des objectifs de la structure.

Il y a, bien évidemment, une subtilité dans le choix ou dans le cumul de ces responsabilités potentielles qui n'est pas toujours évidente à saisir. Aussi, nous avons préféré développer ce point en s'appuyant sur les décisions judiciaires rendues en la matière, favorisant ainsi la clarté de notre approche.

Cas n°1 : L'employé est l'auteur d'une pratique discriminatoire

De manière générale, le juge va chercher à savoir si la personne a agi de sa propre initiative ou en raison d'une politique discriminatoire pratiquée par son employeur. Dans ce dernier cas, tout dépendra alors de son rôle au sein de la société.

- S'il s'agit d'un simple employé agissant de sa propre initiative, c'est sa responsabilité personnelle qu'il conviendra d'engager. L'employé n'étant pas au sens de l'article 121-2 du Code pénal considéré comme un représentant ou un organe de la personne morale, cette dernière ne peut être mise en cause, le salarié n'ayant agi que dans son propre intérêt. Il en va ainsi de la rédactrice en chef qui refuse d'embaucher une candidate pour le poste de journaliste en raison de la non appartenance de la plaignante au syndicat auquel elle était elle-même rattachée. Condamnée du chef de discrimination, il n'en allait pas de même de la personne morale qui n'avait initié aucune pratique discriminatoire¹⁷⁶⁶.
- Si l'employé a une délégation de pouvoir, cela justifie l'engagement de la responsabilité de la personne morale (ou des deux) puisque dans ce cas une partie des pouvoirs a été transférée au salarié qui, dès lors, représente la structure ou l'organisme. Même dans l'hypothèse où son initiative est

¹⁷⁶⁵ Sont ainsi notamment concernés le gérant, le président directeur général, les directeurs généraux etc., le maire et le conseil municipal pour les collectivités territoriales etc.

¹⁷⁶⁶ *CA Nouméa*, 30 nov. 1999, n°129276, voir aussi *CA Montpellier*, 12 déc. 2006 : *Juris-Data* n° 2006-324898.

personnelle, en tant que représentant, il engage nécessairement la responsabilité de la personne morale.

- La dernière hypothèse concerne le cas du simple employé qui a agi conformément à la politique discriminatoire pratiquée par son employeur. Il n'est bien souvent qu'un simple exécutant et dès lors, seule la responsabilité de la personne morale sera recherchée. Un exemple particulière évocateur de ce type de situation peut être trouvé dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix en Provence, du 17 septembre 2007 : le plaignant avait répondu à une campagne de recrutement mise en place par l'ANPE. Après avoir obtenu une réponse au terme de laquelle « *les conditions de recrutement sous référence Défense nationale ne nous permettent pas de transmettre le curriculum vitae des personnes de nationalité française ayant un nom à consonance étrangère* », celui-ci avait engagé des poursuites à l'encontre de l'agent en charge du recrutement. Simple exécutant de consignes qui émanaient d'un niveau hiérarchique supérieur, celui-ci avait été relaxé, sa responsabilité personnelle n'ayant pu être établie. L'ANPE, personne morale, avait dès lors fait l'objet de poursuites et s'était vue condamnée en première instance. À l'inverse, il reste parfaitement possible qu'en plus de la condamnation prononcée à l'encontre de la personne morale, la personne physique ait aussi fait l'objet d'une condamnation en qualité de complice par aide ou assistance¹⁷⁶⁷.

Cas n°2 : *L'organe ou le représentant est l'auteur d'une pratique discriminatoire*

Cette hypothèse suppose qu'au préalable l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction soit réuni en la personne physique du dirigeant, à défaut aucun engagement de responsabilité ne pourra être mis en œuvre. Mais pour que l'engagement de la responsabilité de la personne morale soit possible, cela suppose en plus que la discrimination soit commise pour le compte de cette dernière.

Une fois ces conditions réunies, ce sont des considérations d'opportunité qui vont amener le procureur à engager soit la seule responsabilité pénale de la personne morale soit celle des

¹⁷⁶⁷ Voir ainsi *CA Paris, 17 oct. 2003, n°03/00387* où le tribunal avait estimé que les pratiques ne pouvaient être imputées à la prévenue, personne physique, seule « *dont le rôle consiste à opérer une pré-sélection en répercutant ou faisant répercuter, les critères considérés par l'entreprise comme essentiels* ».

deux. Nous avons relevé, à ce titre, une décision qui illustre particulièrement ces considérations d'opportunité.¹⁷⁶⁸ En l'espèce, la personne physique, directrice d'une agence immobilière, avait instauré une politique discriminatoire à laquelle était soumise une partie de ses salariés, qui aboutissait au rejet de toute candidature de personnes d'origine étrangère dans le cadre de locations d'appartements. La personne morale n'avait pas fait l'objet de poursuites, mais il n'en allait pas de même pour la personne physique qui s'était vue condamnée en qualité de complice par aide ou assistance pour avoir pris en considération les velléités discriminatoires émanant des propriétaires qui lui confiaient leurs biens. Or, bien souvent le procureur s'intéresse principalement à la politique discriminatoire mise en œuvre au sein de l'entreprise, sans forcément prendre en compte les consignes émanant de tiers puisque ceux ci sont rarement identifiés et donc non poursuivables.

Nous avons décompté **moins d'une dizaine de double condamnation** de la personne morale et physique sur l'ensemble du panel étudié¹⁷⁶⁹, ce qui nous amène à penser que cette pratique judiciaire est encore peu usitée dans le contentieux des discriminations.

Cas n°3 : Différentes personnes morales sont auteurs d'une pratique discriminatoire

Si plusieurs personnes morales ont commis des faits discriminatoires, il est possible, sous réserve des conditions que nous avons exprimées antérieurement d'engager leur responsabilité pénale.

Tout comme la personne physique, la responsabilité d'une personne morale peut être engagée au titre d'auteur ou de complice, sans que cela n'ait de conséquences au niveau de la peine encourue, en application du principe de la pénalité d'emprunt.

L'étude du contentieux des discriminations montre que ce type de situations ne se retrouve pas fréquemment. Un arrêt emblématique nous permet d'illustrer notre propos puisqu'il avait abouti à la condamnation de plusieurs personnes morales. Dans cette affaire, la société Garnier avait sous-traité le recrutement de mannequins à différents prestataires, dans le cadre d'une campagne de promotion de produits coiffants. La société, ainsi que ses deux sous-traitants s'étaient faits poursuivre du chef d'offre discriminatoire pour avoir intégré le critère de l'origine des candidates dans leur processus de sélection. Les trois sociétés avaient été condamnées chacune en qualité d'auteur. La quatrième condamnation était celle de la

¹⁷⁶⁸ CA Paris, 4 juill. 2008, n° 07/10394.

¹⁷⁶⁹ Pour des arrêts ayant condamné à la fois la personne morale et physique, voir notamment CA Angers, 23 juin 2009, *Juris-Data* n° 2009-09239 ; TGI Nanterre, 27 oct. 2008, n° 0415445153.

personne physique, représentante d'une des sociétés ayant assuré le recrutement des candidates pour la campagne¹⁷⁷⁰.

Ainsi, le contentieux des discriminations rappelle, une fois encore, que la détermination de ou des auteurs à l'encontre desquels des poursuites peuvent être engagées, ne peut être conçue comme une évidence. Tout est, une fois de plus, question d'opportunité.

¹⁷⁷⁰ *CA Paris, 6 juill. 2007, n° 06/7900.*

SECONDE PARTIE :

**LA PHASE DE JUGEMENT DANS LE
CONTENTIEUX RÉPRESSIF DE L'INFRACTION
DE DISCRIMINATION**

On est parfois tenté de croire qu'une fois la machine judiciaire lancée, le travail suit son cours. Mais, à chaque stade procédural de traitement d'une infraction, une nouvelle embuche peut apparaître.

L'étude du contentieux des discriminations nous a permis de mieux comprendre les difficultés inhérentes à l'engagement des poursuites à l'encontre du « discriminant ». À ce premier constat, il convient de rajouter que, depuis 2004, les procédures de traitement des discriminations ont fait l'objet d'un morcellement, visant à l'amélioration de la prise en charge de ce type de comportement. Dès lors le traitement des discriminations n'est plus l'apanage d'une seule prise en charge judiciaire. Conformément à la directive européenne 2000/43/CE du Conseil¹⁷⁷¹, la victime de discrimination a aussi la possibilité de s'adresser à une institution spécialisée en la matière, qui n'est autre, pour la France, que la HALDE.

Nous avons fait volontairement le choix d'être peu exhaustif sur les pouvoirs de cette dernière dans notre première partie parce qu'il nous semblait plus à propos de l'envisager dans cette phase de traitement qu'est le jugement. En effet, la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, complétée par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006, confère à la HALDE un certain nombre de prérogatives se rapprochant fortement de celles que peut mettre en œuvre la justice pénale. Il en est ainsi de la médiation et de la transaction (dont le mécanisme se rapproche très fortement de la composition pénale) que nous avons évoquées dans notre première partie comme des alternatives aux poursuites. Mais la mise en œuvre de certaines mesures implique l'intervention de la justice répressive, chargée d'homologuer la procédure mise en œuvre par la HALDE. Dès lors, le traitement d'une discrimination peut rapidement devenir le fait de plusieurs institutions, raison pour laquelle cette question doit être envisagée sous ces différents angles. Ce traitement suscitera soit l'intervention de deux institutions, soit simplement celle de la juridiction par la voie classique du jugement (II).

I) LE PARTAGE INSTITUTIONNEL DU TRAITEMENT D'UN COMPORTEMENT DISCRIMINATOIRE

Il est parfaitement possible que le traitement d'un comportement discriminatoire fasse intervenir conjointement l'institution judiciaire et l'institution administrative qu'est la

¹⁷⁷¹ Article 13 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

HALDE.

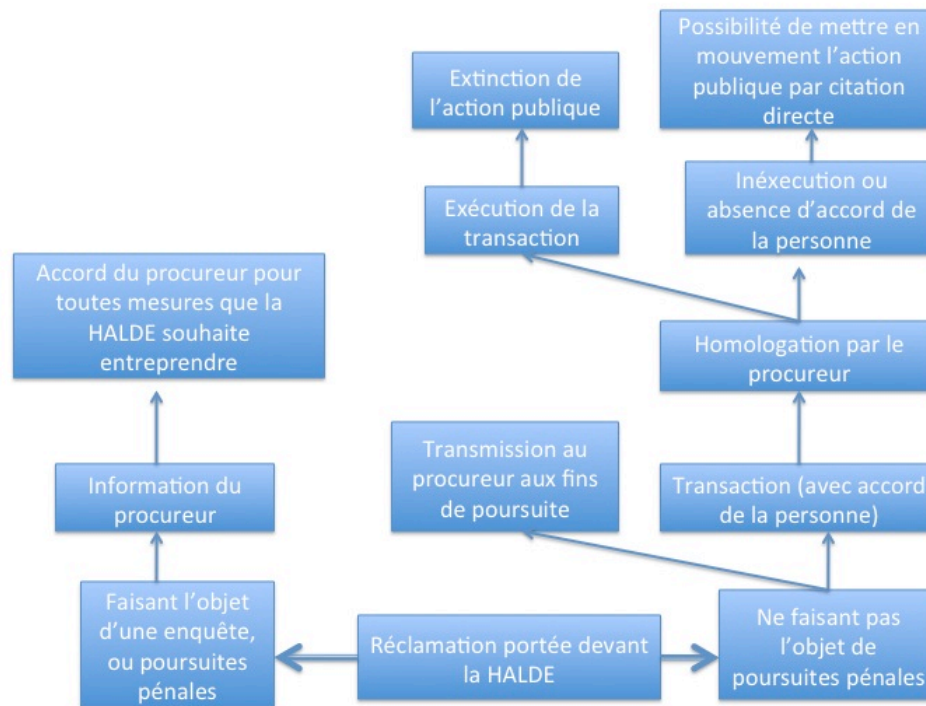
Deux cas de figure sont possibles. Dans un premier cas de figure, la réclamation portée devant la HALDE va faire l'objet d'une intervention postérieure de la justice pénale qui sera chargée de valider les mesures mises en œuvre. Dans un second cas de figure, il peut arriver, à l'inverse, que l'institution administrative intervienne postérieurement à la phase préliminaire du traitement d'un comportement discriminatoire. Dans ce cas, elle restera soumise à l'accord préalable de la justice pénale pour toutes mesures qu'elle souhaite mettre en œuvre.

La HALDE dispose de deux modes de traitement¹⁷⁷² des discriminations inspirés de la procédure pénale : la médiation et la transaction. La médiation, prévue par l'article 7 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, n'implique pas une quelconque intervention de la justice pénale et ne fera pas, par conséquent, l'objet de développements. La transaction, quant à elle, est plus intéressante puisqu'elle consiste dans le prononcé d'une véritable sanction. Cette sanction administrative nécessite l'existence d'un minimum de garanties procédurales et justifie dès lors l'intervention judiciaire aux fins d'homologation.

Concrètement, le passage d'un traitement institutionnel à un traitement judiciaire peut s'effectuer de telle manière :

¹⁷⁷² La HALDE dispose aussi du pouvoir d'effectuer des recommandations (loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004 préc., art. 11) que nous ne développerons pas dans cette partie puisqu'il ne s'agit pas d'une modalité de traitement existante au sein de la justice pénale.

Du traitement institutionnel au traitement judiciaire d'une réclamation



L'étude de la jurisprudence rend compte de la faiblesse de cette double présence institutionnelle. Nous avons relevé, à quatre reprises, la présence institutionnelle de la HALDE dans le cadre d'un contentieux répressif¹⁷⁷³. Il peut s'agir d'une simple présentation à la cour d'observations écrites relatives à l'affaire en cause¹⁷⁷⁴, conformément à l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004. Ensuite, il arrive que la HALDE intervienne, en premier lieu, dans le règlement du litige mais que son intervention n'ait pas suffi, justifiant, alors, l'engagement de poursuites pénales par voie de citation directe¹⁷⁷⁵. Enfin, il est aussi arrivé que la HALDE soit saisie en amont d'une réclamation mais décide de sa transmission au procureur aux fins de poursuite (*C. proc. pén., art. 40*)¹⁷⁷⁶. Elle a en effet le devoir de transmettre au procureur tous faits portés à sa connaissance qui seraient constitutifs de l'infraction pénale de discrimination.

¹⁷⁷³ Nous rappellerons néanmoins, à ce titre, que l'étude ne porte pas sur l'ensemble des décisions judiciaires relatives à l'infraction de discrimination. Aussi, il est tout à fait possible que cette présence soit bien plus prépondérante mais s'effectuant à l'occasion d'un contentieux n'ayant pas donné lieu à publication.

¹⁷⁷⁴ *CA Paris, 6 juill. 2007, n° 06/07900.*

¹⁷⁷⁵ *CA Nancy, 10 déc. 2009 : Juris-Data n° 2009-020319; CA Paris, 8 juin 2010, n° 08/08286.*

¹⁷⁷⁶ *CA Nîmes, 8 nov. 2007, n° 07/00864.*

En conséquence, cette phase de jugement d'un comportement discriminatoire peut parfaitement être la conséquence d'un travail mené par ces deux acteurs. Ainsi, quand la HALDE choisit de proposer une transaction à l'auteur d'une discrimination¹⁷⁷⁷, il reste que seule la justice pénale peut être garante du prononcé d'une telle sanction, qui ne peut excéder 3000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale¹⁷⁷⁸ (*Loi n°2006-396 du 31 mars 2006, art. 41 modifiant l'art. 11-1 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004*). Elle nécessite, alors, l'intervention du procureur de la République aux fins d'homologation de cette transaction.

De même, exception faite de la mise en œuvre d'une transaction, le traitement institutionnel n'empêche pas une intervention ultérieure de la justice pénale sur initiative de la partie ou du procureur. Il ne s'agit pas d'un traitement de substitution mais plutôt d'un traitement de complémentarité qui peut se justifier par la gravité des faits reprochés ou, éventuellement, par la persistance de la personne mise en cause dans le maintien de son comportement. Tel était d'ailleurs le cas du maire qui avait persisté dans son refus de scolariser des enfants en raison de leur appartenance à la communauté des gens du voyage en dépit des demandes réitérées de la HALDE¹⁷⁷⁹.

Enfin, l'engagement de poursuites par la justice pénale n'est pas non plus exclusif de toute intervention de la HALDE. Tout d'abord, celle-ci peut être saisie des mêmes faits et mettre en œuvre un ensemble de mesures, telles qu'une médiation ou une transaction, qui demeurent possibles, sous réserve de l'accord du procureur de la République (*Loi n°2006-396 du 31 mars 2006, art. 41 modifiant l'art. 12 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004*). Ensuite, elle conserve une faculté d'intervention dans la phase de jugement par le biais des observations écrites qu'elle est habilitée à faire.

En conclusion, gardons nous bien de penser que le traitement d'une discrimination n'est le fait que d'une seule personne ou d'une seule institution. Bien au contraire, ce traitement peut parfaitement être celui de deux institutions travaillant dans la complémentarité. Il reste que majoritairement, nous nous situons en présence d'une prise en charge exclusive de la juridiction répressive amenant à une phase de jugement classique.

¹⁷⁷⁷ En 2009, la HALDE a effectué huit transactions pénales, cf. *Rapport 2009 de la HALDE*.

¹⁷⁷⁸ Notons qu'elle dispose aussi d'un certain nombre de mesures complémentaires consistant essentiellement en des mesures d'affichage ou de publication en vertu de l'art. 12 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004.

¹⁷⁷⁹ *CA Nancy, 10 déc. 2009, préc.*

II) LE JUGEMENT D'UNE INFRACTION DE DISCRIMINATION PAR LES JURIDICTIONS REPRESSIVES

Quand l'institution administrative qu'est la HALDE n'a pas été saisie, quand la victime a fait le choix de ne s'adresser qu'à la justice pénale ou même, quand la HALDE a procédé à la transmission au procureur des faits dont elle a été saisie et que celui-ci a mis en mouvement l'action publique, nous entrons alors dans la voie du jugement classique. Il s'agit de la dernière étape du traitement répressif qui suit celle de l'appréciation de la nécessité et de la possibilité de poursuivre un comportement, menée au préalable par le procureur. Elle va opposer les éléments de fait et de droit rapportés par la partie poursuivante au principe de présomption d'innocence applicable à toute personne mise en cause dans le cadre d'un procès pénal. Nous entrons, dès lors, dans une phase d'appréciation de la force probante des preuves rapportées devant le juge (a) susceptible d'emporter, éventuellement, sa conviction quant à la culpabilité du prévenu et d'aboutir à sa condamnation (b).

a) L'administration de la preuve d'un comportement discriminatoire au pénal.

La problématique de la preuve est sans doute le point d'achoppement principal dans le contentieux des discriminations. Nous serions *a priori* tenté de croire que la preuve pénale est la preuve la moins contraignante pour une victime, le droit pénal posant un principe de liberté de la preuve aux termes duquel tous les moyens de preuve sont admissibles. Principe que nous ne retrouvons pas en matière civile. De plus, cette preuve est nécessairement aidée ou facilitée puisqu'en cas d'engagement des poursuites par le ministère public, c'est à lui qu'il revient de faire la preuve de la culpabilité du prévenu.

Pourtant, c'est sûrement dans le domaine pénal que son administration pose le plus de difficultés. Deux éléments permettent de nous conduire à cette affirmation. En premier lieu, la voie civile bénéficie d'un allègement de la charge de la preuve issu de la loi n° 2001-1066 du 16 nov. 2001, transposant les directives 2000/43 CE et 2000/78 CE¹⁷⁸⁰, en vertu de laquelle « *le salarié [...] présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à*

¹⁷⁸⁰ Directives 2000/43 CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, art. 8 et 2000/78 CE du Conseil 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 10.

toute discrimination »¹⁷⁸¹. Cet allègement de la charge de la preuve n'existe pas en droit pénal et ne pourrait exister sans rentrer en totale contradiction avec le principe de présomption d'innocence, en vertu duquel le prévenu est présumé innocent tant que sa culpabilité n'a pas été légalement et définitivement établie.

Ensuite, deuxième élément, nous sommes en présence d'une infraction pour laquelle la consistance de la preuve se mélange d'éléments de psychologie humaine, c'est à dire devant faire transparaître un état d'esprit. Il s'agit donc d'une démarche qui est loin d'être évidente. Or, la présomption d'innocence implique aussi que le doute profite à l'accusé.

Il n'est pas possible d'expliquer les raisons qui ont poussé le juge à prononcer un jugement de relaxe ou de condamnation parce que cela relève à la fois de son appréciation souveraine des faits mais aussi de son intime conviction. Par contre, la lecture de la jurisprudence nous permet de rendre compte, dans une certaine mesure, de la consistance de la preuve (1) mais aussi de sa suffisance (2).

1) Consistance de la preuve

La consistance de la preuve pose la question du type de preuve que nous avons rencontré à la lecture du contentieux répressif des discriminations. Cette typologie peut être rangée en quatre grandes catégories.

- Preuve matérielle.

Il est parfois possible d'avoir à disposition un support écrit qui va révéler l'existence d'un comportement discriminatoire. Ce sera ainsi le cas du listing interne de l'entreprise faisant état de l'existence de consignes discriminatoires¹⁷⁸², d'une annonce d'embauche mentionnant des critères discriminatoires¹⁷⁸³, ou encore de la délibération d'un Conseil municipal instaurant une prime de naissance discriminatoire sous condition de nationalité¹⁷⁸⁴. Il s'agit, en général, d'éléments assez convaincants, sous réserve d'identifier la personne à l'origine de tels agissements.

¹⁷⁸¹ C. trav., art. L. 122-45, modifié par l'art. 1 de la loi n° 2001-1066 du 16 nov. 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

¹⁷⁸² Pour un exemple, *CA Paris*, 4 juill. 2008, n° 07/10394.

¹⁷⁸³ *Cass. crim*, 30 sept. 2008, n° 08-81.148.

¹⁷⁸⁴ *Cass. crim* 17 déc. 2002 : *Bull. crim* 2002, n° 227, p. 832.

- Preuve par témoin.

Il va s'agir de témoignages ou d'attestations provenant de témoins de la commission de l'infraction. Nous les retrouvons surtout dans le cadre de refus d'entrée dans un établissement de nuit dans des hypothèses où le plaignant s'y était rendu accompagné d'un groupe de personnes¹⁷⁸⁵. La force de tels témoignages est très variable. En tant que tels, ils ne suffisent pas à démontrer l'existence d'une intention discriminatoire et c'est souvent par un procédé déductif prenant en compte les circonstances de la commission du délit, que le juge se forgera sa conviction. Dans le domaine de l'emploi, nous retrouvons aussi quelques cas de témoignages de collègues, mais là encore, le juge prendra en compte le contexte de travail¹⁷⁸⁶. Enfin, parfois le témoignage peut être celui de l'intermédiaire à l'emploi, contrant ainsi les vellétés discriminatoires d'un employeur¹⁷⁸⁷.

- Preuve par test de situation¹⁷⁸⁸.

La preuve pourra bien évidemment se faire par test de situation. Ce moyen de preuve a été jugé recevable comme l'a rappelé la Cour de cassation dans son célèbre arrêt du 11 juin 2002¹⁷⁸⁹. Cette méthode est utilisée afin de saisir la commission de l'infraction sur le vif, elle connaît un grand succès notamment dans le contrôle des refus d'entrée dans les établissements de nuit. Une part non négligeable du contentieux répressif porte sur le testing et sa force probante. Ce test de situation s'effectue, de manière générale de deux manières : soit physiquement par le recours à des groupes test se présentant à l'entrée de l'établissement¹⁷⁹⁰ ou encore, par voie téléphonique. Dans ce dernier cas, les personnes testées sont bien souvent des employeurs ou des agences immobilières soupçonnées de procéder à des sélections discriminatoires¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁵ Pour un exemple, voir *CA Douai*, 22 oct. 2009 : *Juris-Data* n° 2009-022081.

¹⁷⁸⁶ Voir ainsi, *CA Paris*, 16 juin 2008, n° 07/01546.

¹⁷⁸⁷ Sur le témoignage d'un agent de l'ANPE, *CA Amiens*, 7 mars 2005, n° 03/00694.

¹⁷⁸⁸ Sur ce sujet nous renverrons le lecteur à l'article de G. CALVÈS présentant très explicitement ce mode de preuve tant sous sa forme scientifique que judiciaire : *Au service de la connaissance et du droit : le testing*, Dossier: La discrimination saisie sur le vif : le testing, in *Horizons Stratégiques*, Ed. La documentation Française, n° 5, juillet 2007.

¹⁷⁸⁹ *Cass. crim.*, 11 juin 2002, *Bull. crim.* n° 131. Solution confortée par l'insertion d'un article 225-3-1 dans le Code pénal par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006.

¹⁷⁹⁰ Voir *CA Montpellier*, 5 juin 2001, n° 00/01712-BB/PB ayant fait l'objet d'une cassation par l'arrêt du 11 juin 2002, *préc.*

¹⁷⁹¹ *CA Paris*, 4 juill. 2008, n° 07/10394.

- Preuve par le prévenu.

Aussi curieux que cela puisse paraître, il arrive que ce soit le prévenu qui directement ou indirectement rapporte la preuve de la commission de l'infraction, tout particulièrement de son motif discriminatoire. Directement tout d'abord, quand celui-ci ne nie pas les faits, bien au contraire, les confirme. Ce fut ainsi le cas du prévenu ayant refusé la location d'un gîte rural à un groupe de personnes au motif que l'une d'entre elles portait le voile. Interrogé par les services de police, celui-ci avait confirmé sa position en expliquant qu'une telle pratique le choquait et le heurtait¹⁷⁹². Parfois, c'est simplement par la présence d'éléments de contradiction entre les différentes déclarations du prévenu et les circonstances de la commission du délit que l'intention discriminatoire sera révélée. Il en va ainsi s'agissant de personnes qui avaient été éconduites lors d'un entretien d'embauche parce qu'elles ne pratiquaient pas les langues espagnole et anglaise. En réalité, l'employeur ne souhaitant pas embaucher de personne de couleur...avait fini par embaucher un Néerlandais, qui ne pratiquait aucune de ces deux langues¹⁷⁹³.

2) Force probante de la preuve

- Élément matériel de l'infraction : le comportement discriminatoire.

De manière générale, il est assez rare que le plaignant ou le ministère public n'apportent pas la preuve de l'élément matériel de l'infraction, à savoir dans le domaine des biens et services, un refus ou une offre discriminatoire ; dans le domaine de l'emploi, un refus d'embauche, une offre discriminatoire, une sanction ou un licenciement, un refus de stage ou encore une entrave à l'exercice d'une activité économique quelconque.

Il arrive pourtant, notamment quand l'action publique a été engagée à l'initiative du plaignant, que les faits ne rentrent pas dans les prévisions de la loi. Il ne s'agit donc pas stricto sensu d'un problème de preuve mais plutôt de qualification de l'infraction¹⁷⁹⁴. Nous ne détaillerons pas ce point qui sera envisagé ultérieurement (*voir supra : sous 2) Issue de la condamnation*).

¹⁷⁹² CA Nancy, 8 oct. 2008, n° 08/00882. Voir aussi pour le refus de la propriétaire d'un salon de coiffure : CA Rennes, 31 mai 2007, n° 06/02405, confirmant son refus d'embaucher une jeune fille d'origine maghrébine parce qu'elle employait déjà une femme d'origine hindoue ; CA Rouen, 21 juin 2004, n° 04/00145.

¹⁷⁹³ CA Paris, 17 oct. 2003, n° 03/00387.

¹⁷⁹⁴ Voir par exemple, CA Versailles, 26 sept. 2010 arrêt dans lequel la Cour relève que l'élément matériel de la discrimination n'est pas réuni alors que la lecture de l'arrêt nous laisse quelque peu dubitatif quand à l'élément constitutif concerné. Ne s'agissait il pas davantage de l'élément moral puisqu'en l'espèce c'était la prise en compte de l'activité syndicale qui était discutée ?

- L'intention discriminatoire.

À l'inverse de l'administration de la preuve des faits reprochés, l'intention est plus délicate à prouver. L'hypothèse la plus classique est celle où la partie poursuivante n'arrive pas à apporter la preuve de l'existence d'une intention discriminatoire. Ce fut, ainsi, le cas du salarié qui estimait que le licenciement prononcé à son encontre était en réalité motivé par ses activités syndicales. Si la cour avait relevé l'existence d'un climat d'hostilité générale, la mise en doute de ses compétences professionnelles, il n'en demeurerait pas moins que le prévenu n'avait pas réussi à démontrer que ces éléments étaient inhérents à son appartenance syndicale¹⁷⁹⁵.

Ensuite, il est aussi possible que cette intention discriminatoire soit en réalité inexistante. C'est le cas quand la motivation du prévenu ayant conduit à l'adoption d'un comportement discriminatoire est en réalité légitime, comme par exemple, l'existence d'un motif de sécurité¹⁷⁹⁶. Il s'agit de situations dans lesquelles la partie est de bonne foi en dépit des apparences trompeuses. N'a pas été jugé discriminatoire, le refus d'accès à une discothèque en raison de troubles causés antérieurement par le plaignant¹⁷⁹⁷.

Nous devons, ainsi, prouver des faits mais aussi prouver qu'ils ont été commis en considération d'un des critères discriminatoires prévus par le Code pénal. Il faut donc toujours aller au plus profond de la motivation de la personne pour rechercher la vérité et cette démarche est, certes, bien laborieuse. En effet, gardons à l'esprit que dans bon nombre de domaines, la victime se situe en face de personnes qui, de par leur statut ou situation, n'ont pas de compte à rendre quant aux décisions qu'elles prennent.

Ce travail de recherche du comportement discriminatoire est donc un travail aussi subtil que difficile. Parfois les circonstances aident et parlent d'elles-mêmes. Parfois, les éléments sont trop faibles pour convaincre parce que l'on aura d'une part, des faits et d'autre part, un éventuel critère discriminatoire mais qu'il n'est pas possible de relier les deux avec certitude. Et parfois, ce sont les apparences qui sont trompeuses parce qu'existe un motif légitime et réel, exempt de toute considération discriminatoire, faisant apparaître l'irréprochabilité du

¹⁷⁹⁵ Cass. crim, 24 janv. 2007, n° 06-84.083.

¹⁷⁹⁶ Voir ainsi le refus du gérant d'un établissement d'accueillir une personne malvoyante au motif que la présence de son chien pouvait être dangereuse pour les autres personnes, CA Aix en Provence, 17 févr. 2003, n° 296M2003 ; pour un autre argument relatif à la sécurité des passagers, voir aussi CA Aix en Provence, 17 févr. 2009, n° 213/2009.

¹⁷⁹⁷ CA Grenoble, 7 janv. 2005, n° 04/00864.

comportement. Quand nous abordons une réflexion autour de la difficulté de l'administration de la preuve, l'ensemble de ces données doivent être prises en compte. Bien évidemment, certains comportements sont, en effet, trop subtiles et font barrage à toute démarche probatoire. Mais fort heureusement, cela ne représente pas la majorité du contentieux. La discrimination ne naît pas sans précédents, elle nécessite parfois la collaboration acceptée ou contrainte d'un entourage, parfois elle atteint un degré de complexité tel qu'une preuve matérielle finit par la trahir. La responsabilisation des acteurs, la protection du témoin, le conseil et le soutien des victimes dans l'administration de la preuve, la mobilisation des structures institutionnelles qui ont le pouvoir de faciliter la constitution sont les seules voies qui permettront d'amoinrir les difficultés que nous rencontrons à ce niveau. Tant que nous ne nous situons pas dans cette logique là, le contentieux répressif continuera à rencontrer des difficultés sur le champ probatoire.

b) L'issue du traitement judiciaire : la condamnation

Nous nous situons ici sur trois seuils de décisions pour lesquels de multiples données statistiques pouvaient être fournies. Nous avons épuré au maximum ces données pour n'en présenter que les plus pertinentes et privilégier ainsi une analyse sur le fond. Deux éléments ont été pris en compte: le taux de condamnations¹⁷⁹⁸ et l'échelle des peines.

L'interprétation de ces données doit être effectuée avec beaucoup de précaution. La correspondance avec la réalité judiciaire n'est pas parfaite, puisqu'exception faite de quelques affaires, il n'a pas été possible de suivre entièrement le parcours judiciaire de l'ensemble des affaires étudiées. Aussi, même si nous avons intégré dans notre calcul les jugements de condamnation rendus en première instance, nous rappellerons que ces condamnations ont pu être infirmées en appel. Et même en appel, il n'est pas possible de conclure sur le caractère définitif de l'arrêt, un pourvoi restant toujours possible.

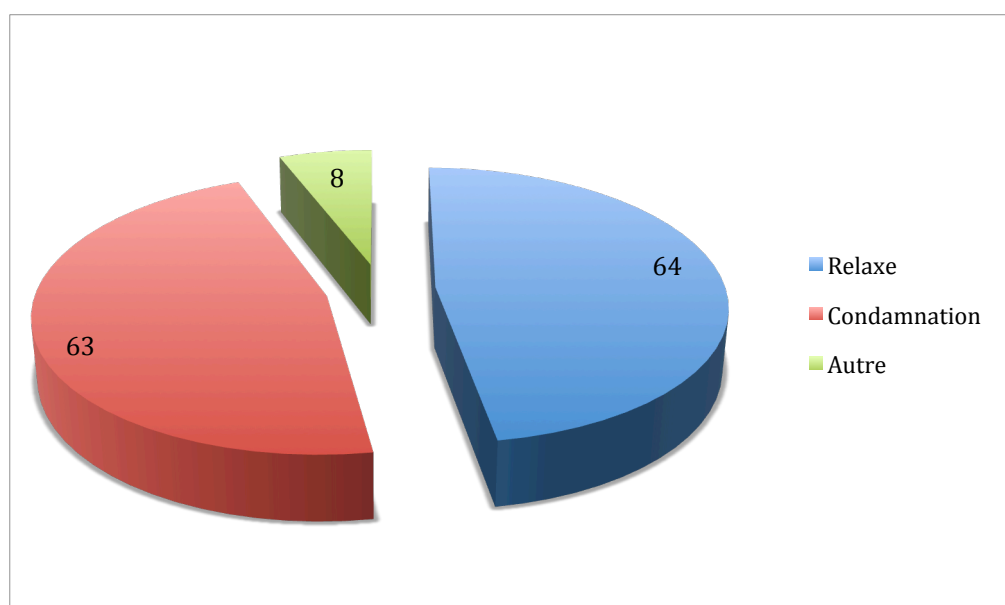
La sélection la plus complexe restait quand même celle des arrêts rendus par la Cour de cassation. Ils sont un support intéressant en ce qu'ils vont retracer la position de la Cour

¹⁷⁹⁸ Nous insistons bien sur le fait qu'il s'agit des condamnations pénales. L'aperçu ne prend par conséquent pas en compte la condamnation civile, qu'elle soit prononcée incidemment avec la condamnation pénale ou sans condamnation pénale. Dans ce dernier cas, il s'agit des affaires pour lesquelles l'action publique est éteinte parce que le ministère public n'a pas interjeté appel du jugement, mais que la Cour d'appel est amenée à statuer sur les seules dispositions civiles suite à l'appel des parties civiles. S'il est vrai que la Cour devra caractériser à nouveau l'infraction pour l'appréciation de la faute civile, il n'en demeure pas moins que n'aboutissant pas à une condamnation pénale, ce type d'affaire ne sera pas comptabilisé. Pour un exemple, *CA Grenoble, 7 janv. 2005, n° 04/00864* ; *CA Aix en Provence, 17 févr. 2009, n°213/2009* ; *CA Paris, 12 janv. 2004, n°02/05601, CA Paris 30 juin 2006.*

d'appel avant l'exposé des moyens du pourvoi. Donc une source particulièrement précieuse puisque seuls nous intéressent ici, les faits qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond. Leur prise en compte suppose, néanmoins, que le pourvoi ait fait l'objet d'un rejet. Au contraire, quand l'arrêt fait l'objet d'une cassation, cette généralité doit être écartée. Tout dépendra alors de l'étendue de la cassation: porte-t-elle sur les dispositions pénales? Sur les dispositions civiles? Porte-t-elle sur un aspect plus procédural? Dans ce type de situation, le choix s'est fait au cas par cas et s'agissant de cas plus incertains, ils n'ont été volontairement pas comptabilisés.

1) L'issue du recours judiciaire

Répartition du contentieux selon l'issue du procès pénal (exprimée en nombre de décisions)¹⁷⁹⁹



47 % des recours judiciaires effectués au titre de l'infraction de discrimination ont donné lieu à une condamnation, 47% à une relaxe.

¹⁷⁹⁹ La catégorie « Autre » de la légende correspond à des arrêts pour lesquels il n'est pas possible de se prononcer en faveur d'une relaxe ou d'une condamnation. Ce sera ainsi classiquement le cas des arrêts rendus par la Cour de cassation cassant une relaxe ou une condamnation. Le cas se présente aussi quand la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Chambre d'instruction ayant confirmé l'ordonnance de non-lieu rendu par le juge d'instruction, au motif qu'elle n'a pas répondu aux conclusions du mémoire et statué sur l'ensemble des faits énoncés. Pour un exemple, voir *Cass. crim.*, 9 déc. 2003, n° 02-87.125. Ce sont des situations où généralement nous perdons la traçabilité de l'affaire et qu'il est donc difficile de faire rentrer dans une catégorie stricte.

La relaxe appelle une analyse intéressante, étant entendu qu'il ne s'agit pas uniquement d'affaires pour lesquelles l'infraction n'est pas caractérisée. Plusieurs situations peuvent être évoquées.

L'hypothèse la plus classique est bien évidemment celle où il n'y a pas d'infraction de discrimination car l'un des éléments constitutifs fait défaut. La partie ou le ministère public pensait que les agissements étaient constitutifs d'une discrimination, mais il n'en est rien.

Il peut s'agir d'une défaillance de l'élément matériel, soit qu'il ne rentre absolument pas dans les prévisions de la loi¹⁸⁰⁰, soit qu'il existe un élément de proximité avec les termes de la loi, mais que le respect du principe d'interprétation stricte de la loi pénale s'oppose à ce que le fait soit considéré comme une discrimination¹⁸⁰¹.

Bien souvent, seul l'élément moral fait défaut, c'est à dire l'intention de discriminer à raison d'un des critères prévus par l'article 225-1 du Code pénal. Dans ce cas, soit il n'y pas d'éléments pertinents permettant de considérer qu'il y a eu intention¹⁸⁰², soit ces éléments

¹⁸⁰⁰ Il en va ainsi de la partie estimant avoir subi une discrimination à raison du sexe du fait du conseil donné par le procureur à son épouse de porter plainte contre ce dernier, *CA Agen*, 7 nov. 2007, n° 05/05128. Ne constitue pas non plus une discrimination le lancer d'œufs sur la vitrine d'un fonds de commerce, celui-ci n'ayant entraîné aucune entrave à l'exercice de son activité économique, *CA Rouen*, 15 oct. 2003, n° 03/00387. Même solution s'agissant du refus de la remise de la clé d'un portail à des personnes de confession juive, *CA Paris*, 20 févr. 2003, n° 2002/16309.

¹⁸⁰¹ Ainsi, si la mutation discriminatoire est sanctionnée au titre de l'article L. 1132-1 du Code du travail (Anc. L. 122-45), il en va différemment s'agissant du droit pénal. En effet, la Cour de cassation confirme que la mutation de service qui n'emporte aucune conséquence sur la carrière ou la rémunération ne peut être interprétée comme une sanction au sens de l'article 225-2 du Code pénal, *Cass crim.*, 14 mars 2006, n° 05-82.505. De même, ne doit pas être analysée comme un service la consultation gratuite d'un notaire refusant de recevoir des personnes de couleur chez lui, *CA Paris*, 27 juin 2005, n° 05/01725; ou encore le fait d'adresser des indigents à une association caritative, *CA Paris*, 16 oct. 2002, n° 00/07807. De même, la prise en compte dans la notation d'une salariée de ses activités syndicales n'est pas punissable au regard de l'article 225-2 du Code pénal, *Cass. crim.*, 13 avr. 1999, n° 98-82.277.

¹⁸⁰² Il en va ainsi du salarié syndiqué, qui après avoir travaillé à l'étranger, demande sa réintégration dans un poste équivalent en France. Une proposition lui est faite en ce sens mais impliquant une mutation qu'il refuse, il se voit alors licencié. Par suite, l'entreprise est citée à comparaître pour commission du délit de discrimination syndicale, *CA Versailles*, 26 mars 2010, n° 09/01591. Voir aussi : le refus d'inscription à l'école de trois enfants issus de la communauté des gens du voyage pour défaut de fourniture d'un justificatif de domicile pour lequel l'élément moral fait défaut, puisqu'il est avéré que le maire a toujours favorisé l'intégration des enfants de cette communauté au sein des écoles, *CA Nancy* 10 déc. 2009 : *Juris-Data* n° 2009-020319 ; le licenciement d'une gardienne en raison de l'aggravation de l'état de santé de l'employeur nécessitant un employé du type masculin, *CA Aix en Provence*, 9 juin 2008 : *Juris-Data* n° 2008-00419; le refus des compagnies aériennes de procéder à l'embarquement de passagers en situation de handicap pour des raisons de sécurité, *Cass crim.*, 19 sept. 2006, n° 05-83.540 ; *TGI Nice*, 17 sept. 2007, n° 3263/07. Ce même argument de sécurité a été retenu concernant le refus de dispenser des cours de conduite à une femme parce que celle-ci portait un voile, *CA Nîmes*, 8 nov. 2007, n° 07/00864.

existent mais apparaissent faibles et justifient, dès lors, une relaxe au bénéfice du doute¹⁸⁰³.

Mais, tout comme l'élément matériel, il est aussi possible que le critère discriminatoire invoqué ne soit tout simplement pas applicable. La confusion est, en effet, parfois possible comme ce fut le cas dans cette affaire où était en cause l'attribution d'emplois saisonniers aux seuls enfants de salariés de l'entreprise. Mais, ce n'était pas tant le fait que ces emplois soient attribués aux enfants des salariés de l'entreprise qui était critiqué, mais davantage que le refus opposé à une partie d'entre eux semblait être en lien avec l'appartenance des parents au conseil d'administration d'une association de défense des salariés. La cour d'appel avait estimé « *que la situation de famille de ces derniers est non le critère discriminant [...] mais le critère attribuant* ». Ce qui est parfaitement logique puisqu'en définitive, les enfants avaient tous été sélectionnés en considération de leur qualité d'enfants de salarié, le refus n'était donc pas en lien avec ce critère. Quant à l'invocation du critère de l'activité syndicale, il s'agissait d'un argument qui ne pouvait prospérer, l'association n'ayant aucune activité syndicale¹⁸⁰⁴.

Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale s'oppose, parfois, à faire rentrer dans le giron des discriminations des comportements pourtant peu honorables. Il est important d'illustrer ce propos par un exemple, afin de rappeler que le contentieux des discriminations n'est pas qu'une affaire de preuves, mais parfois de qualification des faits reprochés. En l'espèce, le maire d'une commune avait dissuadé le vendeur d'un terrain de contracter avec une personne d'origine étrangère en exerçant de manière abusive son droit de préemption, en lui imposant un prix très peu attractif¹⁸⁰⁵. Les plaignants, mettant directement en cause le maire de la commune, avaient cru bon de se fonder sur l'article 432-7 CP (discrimination commise par les dépositaires de l'autorité publique) dont le champ matériel se restreint à deux hypothèses : le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi et l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique. C'était sans compter l'intervention de la Cour de cassation qui casse les deux arrêts aux motifs que « *l'exercice d'un droit de préemption, fût il abusif, ne saurait constituer le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi* »¹⁸⁰⁶. Or, quelques années auparavant, la Cour de cassation avait déjà estimé que la vente d'un bien immobilier ne caractérisait pas l'exercice d'une activité économique¹⁸⁰⁷. Une situation

¹⁸⁰³ Doit être relaxé au bénéfice du doute le portier ayant refusé l'entrée dans un établissement de nuit à la partie civile au motif qu'il s'agissait d'une soirée privée alors que le motif réel reposait sur l'état d'ébriété du plaignant, *CA Douai*, 12 oct. 2004, n° 04/00375.

¹⁸⁰⁴ *Cass. crim.*, 16 févr. 2010, n° 09-80.663.

¹⁸⁰⁵ *CA Grenoble*, 8 nov. 2006, n° 06/00053.

¹⁸⁰⁶ *Cass. crim.*, 17 juin 2008, *Gaz. du pal.*, 5 mars 2009, n°64, p. 18.

¹⁸⁰⁷ *Cass. crim.*, 24 mai 2005, *AJ Pén.*, 2005, p. 415.

inextricable ? Il semble qu'à moins de retomber sous le visa de l'article 225-1 CP et d'entamer des poursuites du chef de complicité de discrimination, le droit de préemption n'est pas près de rentrer dans le champ des comportements discriminatoires. Et encore, cela supposerait de pouvoir retenir un élément intentionnel discriminatoire de la part du vendeur, ce qui n'était pas le cas dans les espèces présentées.

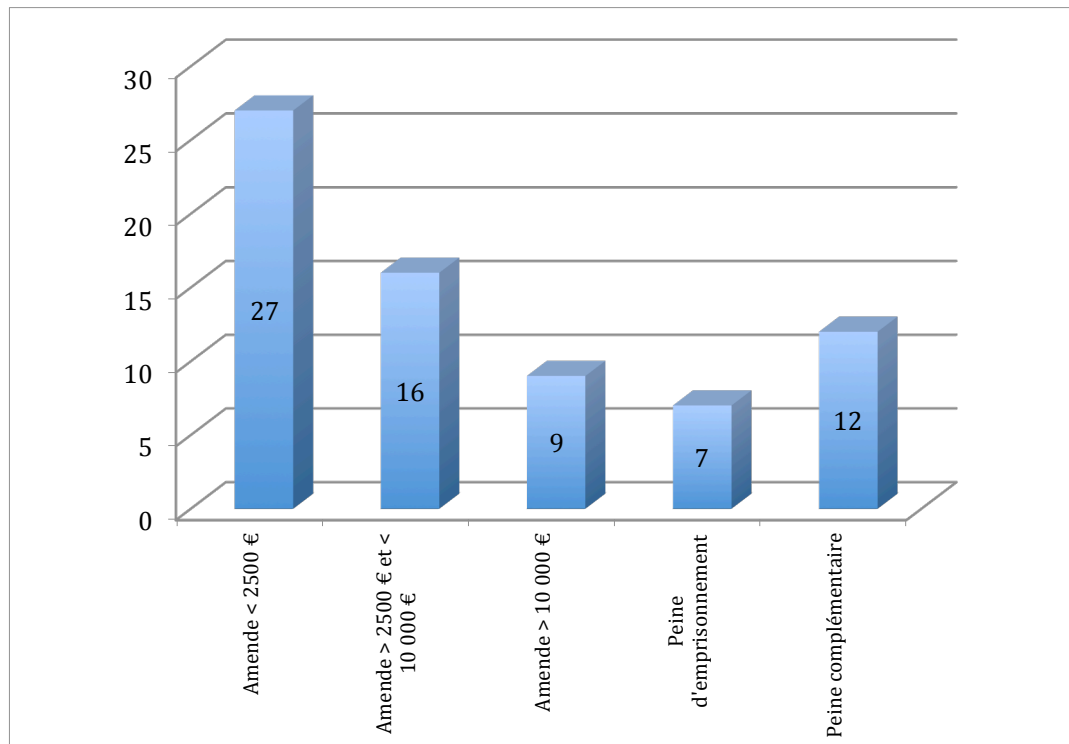
Enfin, nous mentionnerons une dernière situation relevée au fil de la lecture de la jurisprudence. Il arrive, en effet, que certaines relaxes soient prononcées, non pas que l'infraction n'était pas constituée mais en raison de l'impossibilité de l'imputer à la personne visée par la citation ou l'ordonnance de renvoi. Nous avons déjà eu l'occasion d'envisager cette question lors de nos développements précédents. Aussi, pour éviter la redondance du propos, nous renverrons le lecteur aux développements faits sur la détermination de la personne pénalement responsable (*première partie*).

Nous la compléterons, néanmoins, d'une autre situation non envisagée à ce propos, celle du directeur de publication. En effet, les procédures de recrutement suscitent au préalable la publication d'offres d'emploi. Ces offres présentent dans quelques cas un caractère discriminatoire. Or, le directeur de publication est pénalement responsable de plein droit des infractions commises à l'occasion d'une publication. Nous avons rencontré à ce sujet quelques affaires où le plaignant avait tenté de mettre directement en cause le directeur de publication. Ce fondement ne pouvait prospérer sa responsabilité pénale étant limitée aux infractions de presse (*Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 42*), ce qui n'est pas le cas de l'infraction de discrimination. Reste que dans une telle hypothèse, il est toujours possible d'engager cette responsabilité au titre de la complicité, mais cela supposera alors de démontrer qu'il a agi sciemment¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰⁸ Pour un exemple, voir *CA Aix en Provence 14 nov. 1994, n° 050645. Crim 1 déc. 1992 : Juris-Data n° 1992-003181 ; Bull. crim. déc. 1992, n° 398, p. 1131, JCP G., Ed. gén. 1993, n° 11, IV, n°681, p. 78 ; Gaz. Pal. 2 mai 1993, n° 122-124, chron. p. 19.*

2) La condamnation pénale

Échelle des peines prononcées¹⁸⁰⁹



A titre liminaire, nous citerons l'attendu d'un jugement rendu par le TGI de Nantes¹⁸¹⁰ pour la force symbolique qu'il ajoutait à la condamnation : « *attendu que la concession vienne du malheureux pour satisfaire l'égoïste ne semble pas correspondre à l'économie des lois du 11 juillet 1975 ni du 13 janvier 1989* ».

Nous souhaitons rappeler, à travers ce propos préliminaire, que chaque condamnation prononcée par une juridiction pénale demeure toujours nécessairement grave. Il convient d'éviter cette circonscription excessive du jugement à l'ampleur de la peine prononcée. Le choix d'une peine dépend nécessairement d'un certain nombre de circonstances susceptibles de la réduire ou de l'augmenter. Avant toute chose, la force d'une condamnation réside dans

¹⁸⁰⁹ Sont visées au titre des peines complémentaires, la peine d'affichage ou de publication du jugement rendus et l'inéligibilité qui concerne les dépositaires de l'autorité publique.

¹⁸¹⁰ Ce propos vient en réponse aux arguments soutenus par le prévenu estimant qu'une infirmité devait être dissimulée pour ne pas importuner les bien portants : s'agissant du refus d'accueillir dans son restaurant un client atteint d'un glaucome au motif de la gêne procurée à ses clients, *TGI Nantes, 1^{er} mars 1990, n° 48749*.

le prononcé de la culpabilité, signe de la gravité de l'atteinte qui a été portée à l'individu.

S'agissant des condamnations, la première précision que nous souhaiterions apporter concerne les peines d'emprisonnement. Peu nombreuses en quantité, elles se situent dans une échelle d'un mois avec sursis à six mois avec sursis. Aucune peine d'emprisonnement n'a été prononcée sans sursis. De manière générale, nous notons que les peines prononcées en première instance sont plus sévères, mais par la suite réduite en appel. Ainsi, nombreux sont les arrêts des Cours d'appel infirmant la peine prononcée en vue de sa réduction. Sa réduction est souvent le passage d'une peine d'emprisonnement à une peine d'amende ou alors l'allocation d'un sursis sur une partie de la peine d'amende.

S'agissant des peines d'amende, nous constatons qu'une importante partie de ces peines sont inférieures à un montant de 2500 € d'amende. Ce constat a amené bon nombre d'entre nous à estimer que l'intervention répressive dans le domaine de la lutte contre les discriminations était essentiellement symbolique. Nous ne nierons pas ce propos, mais sans doute est-il possible de le nuancer quelque peu. Il est vrai qu'en comparant abruptement la peine prévue par le texte d'incrimination, soit deux ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende¹⁸¹¹, à la réalité judiciaire, il serait déplacé de conclure à l'application de peines sévères par les juridictions répressives.

Pourtant, quand nous parlons de détermination de la peine, il faut bien distinguer entre, d'une part, ce qui relève de l'individualisation de la peine en fonction de la personnalité du délinquant et des circonstances de la commission de l'infraction et, d'autre part, ce qui relève de la politique pénale du tribunal. Nous avons ainsi relevé des disparités dans la sévérité des peines prononcées en fonction du ressort des juridictions mais aussi du degré de juridiction concernés. Quand le juge détermine la peine, il lui attribue une finalité. Cherche-t-il simplement à sanctionner le comportement qui lui a été soumis ? Au contraire la peine n'a-t-elle pas davantage une portée éducative ? La faiblesse d'une peine n'est pas le syndrome d'une justice répressive qui se désintéresse de la question. Au contraire, ce choix de la peine s'effectue au regard de ce qui est à la fois juste et utile. Il ne s'agit donc pas de sanctionner pour sanctionner. Au contraire, la peine doit pouvoir conserver sa vertu pédagogique et se révéler dissuasive dans les situations les plus inacceptables.

Par contre, il est effectivement regrettable que les juridictions n'aient pas davantage recours

¹⁸¹¹ Portée à 5 ans d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende (depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 41, I) quand le refus discriminatoire consistant à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès.

aux peines complémentaires¹⁸¹² qui peuvent se révéler d'une plus grande efficacité. Ainsi, dans le domaine de l'emploi, le prononcé d'une peine de publication ou d'affichage dans les locaux professionnels peut avoir un impact bien plus conséquent que la peine d'amende. De même, s'agissant des dépositaires de l'autorité publique, il va de soit que l'inéligibilité peut être bien plus dissuasive que la peine d'amende. Il serait donc propice de compléter le prononcé de la peine principale par une peine complémentaire car cela renforcerait son effectivité.

Enfin, il est possible de croiser les données que nous venons de présenter avec celles provenant de la première partie de notre étude, relative à l'initiateur des poursuites. La question est de savoir si, finalement, des disparités importantes peuvent être notées selon que l'on se trouve en présence d'une action publique initiée par le plaignant ou par le ministère public.

Pour rendre compte de ces éventuelles disparités, il convient de mesurer le taux de condamnation enregistré tant dans le cadre d'une citation directe à l'initiative du plaignant, que dans le cadre de poursuites engagées à l'initiative du procureur¹⁸¹³. Il ressort de cette démarche que seulement 13 affaires ont donné lieu à une condamnation pénale quand il s'agissait d'une action initiée par la victime, ce qui paraît assez faible compte tenu des 63 condamnations que nous avons décomptées.

À l'inverse, quand le ministère public a mis en mouvement l'action publique, on observe que 23 affaires ont abouti à une condamnation. Dès lors, l'action semble avoir deux fois plus de chance d'aboutir quand l'action publique est mise en mouvement par le procureur. Un constat somme toute logique, puisque bien souvent l'action publique mise en mouvement par la partie civile fait suite à un premier refus du procureur de poursuivre. La présence de l'acteur judiciaire est importante car elle contribue à renforcer l'efficacité du traitement de la victime de discrimination.

Concernant le choix de la peine, celui-ci est soumis en droit pénal à un principe d'individualisation en vertu duquel doivent être pris en compte dans la fixation de la peine la personnalité du prévenu et les circonstances du délit. Nous avons essayé de relever quelques éléments qui ont eu leur importance dans le choix de cette peine :

- *La personnalité du prévenu* : ont été pris en compte à ce titre l'absence de

¹⁸¹² Prévues par l'article 225-19 du Code pénal.

¹⁸¹³ Nous laisserons de côté les données relatives à l'instruction en ce qu'elles sont susceptibles de biaiser le résultat puisqu'il n'est pas possible d'affirmer avec certitude l'origine de la saisine du juge d'instruction.

connaissance de la loi justifiant l'inapplication d'une mesure d'affichage ou de publicité¹⁸¹⁴ (même si nous pensons qu'aujourd'hui qu'une telle motivation n'aurait plus lieu d'être), ou, à l'inverse, l'inacceptabilité du comportement justifiant son application¹⁸¹⁵. Ont été aussi relevées : l'absence de toute condamnation dans le casier judiciaire ainsi que la prise de conscience par le prévenu de la gravité du comportement adopté¹⁸¹⁶ ou encore la qualité de professionnelle confirmée « *n'ignorant pas l'interdiction absolue qui lui est faite d'être le relais de pratiques discriminatoires* »¹⁸¹⁷. À l'inverse, la peine prononcée a eu aussi pour intérêt de faciliter la prise de conscience du prévenu de ce qu'en adoptant un tel comportement il avait participé « *à la discrimination voulue ou pratiquée par d'autres, au risque d'amplifier les pratiques discriminatoires* »¹⁸¹⁸.

- Quant aux circonstances de commission du délit, on peut citer à titre d'exemple les difficultés particulières dans la gestion d'une discothèque notamment eu égard à la présence de revendeurs de drogue à proximité¹⁸¹⁹ ou la peur quant à la survenance d'incidents ayant déjà eu lieu précédemment qui semble justifier une peine assez faible¹⁸²⁰. À l'inverse, la mise en place d'une codification raciale dans les listings d'une agence immobilière représente une gravité telle qu'elle justifie le maintien d'une peine de six ans d'emprisonnement avec sursis¹⁸²¹.

¹⁸¹⁴ Voir TGI Nantes, *précité*, sachant que le contexte était tout de même particulier puisqu'il s'agissait d'appliquer l'article 416 CP modifié par la loi n°89/18 du 13 janvier 1989. Le juge relevait que « la nouveauté de ce dernier texte, peu diffusé, atténue l'élément moral de l'infraction ».

¹⁸¹⁵ CA Nouméa, 30 nov. 1999, n° 129267; CA Amiens, 7 mars 2005, n° 03/00694.

¹⁸¹⁶ CA Agen, 15 déc. 2005, n° 0500285-A.

¹⁸¹⁷ CA Paris, 4 juill. 2008, n° 07/10394.

¹⁸¹⁸ TGI Nanterre, 27 oct. 2008, n° 0415445153.

¹⁸¹⁹ Ce qui ne justifie en rien la commission du délit mais a permis à la prévenue de se voir assortir un sursis à sa peine d'amende, CA Paris, 4 févr. 1998, n° 4812/97.

¹⁸²⁰ CA Douai, 22 oct. 2009 : *Juris-Data* n° 2009-022081 ou encore les difficultés de préserver les principes de laïcité et de liberté d'opinion et de conscience, CA Paris, 8 janv. 2010, n° 09/01312.

¹⁸²¹ CA Grenoble, 30 avr. 2008, n° 07/00202.

Si l'on devait faire un bilan de tous les éléments que nous avons présentés, que retiendrions nous ? Qu'il n'a été possible de décompter que 188 décisions portant sur l'infraction de discrimination ; que sur ces décisions, seulement 38 ont pour origine des poursuites engagées par le procureur ; que seulement la moitié du panel de recherche a mis en avant une condamnation et qu'*in fine* on n'en retient que cinq peines d'emprisonnement. C'est une façon de voir les choses.

Mais, peut être, devrions nous nous replacer dans la logique même du contentieux répressif, ce qui nous amène à faire quelques remarques conclusives. La juridiction répressive est sans doute une des juridictions qui connaît le plus de difficultés dans le traitement des discriminations, constat indéniable. C'est aussi une des juridictions qui se saisit le moins de la question. Mais, sans doute faudrait il commencer par comprendre que ce qu'elle condamne c'est la face la plus pernicieuse du comportement discriminatoire, c'est-à-dire la discrimination intentionnelle et souvent inavouée. Celle à travers laquelle le prévenu a voulu porter atteinte à l'altérité de la personne, celle qui impose l'exclusion par classification de l'être humain. Le droit pénal laisse ainsi en dehors de son champ tout autre type d'exclusion non voulue par l'homme mais engendrée par son action. Il ne connaît pas non plus la discrimination indirecte ou la discrimination systémique parce qu'il est porteur de la sanction la plus grave pour laquelle seules les atteintes les plus graves sont admissibles. Il intervient, ainsi, dans un champ beaucoup plus limité que d'autres sciences juridiques telles que le droit social, le droit européen. C'est une juridiction qui, parce qu'elle a le pouvoir de prononcer une condamnation, exige que la démonstration des éléments de fait et de droit relatifs à la commission de l'infraction soit convaincante. Partant de là, il est effectivement difficile de réprimer un comportement qui repose avant tout sur la psychologie humaine. Mais, il faut se garder de croire que l'issue sera sans doute meilleure ailleurs. Parce que certains comportements sont inacceptables, il faut continuer de laisser sa place à l'institution répressive dans leur traitement, quand bien même son effectivité laisse songeur. Si chaque institution poursuit une finalité différente, il y en a toujours une qui leur est commune et irréductible : apporter un traitement qui permettra d'inculquer la norme sociale et juridique à celui qui l'a transgressée. Mais quand cette violation dépasse un certain seuil de gravité, c'est au rôle de la juridiction répressive d'intervenir.

Nous ne nierons, pourtant, pas les efforts qu'il reste encore à faire pour arriver à un niveau d'effectivité plus important. Si la loi pénale fait partie des premières à s'être saisie du sujet, le droit pénal accuse bien évidemment un retard considérable dans le traitement des comportements discriminatoires. Mais, peut-être, n'avons-nous pas encore suffisamment de recul s'agissant d'un enjeu politique réellement né au début des années 2000. Il y a encore un travail de connaissance, de formation, de sensibilisation mais aussi de renforcement des actions menées, qui n'est pas encore suffisamment abouti. Sans doute, ce travail a-t-il été déjà bien entamé s'agissant de la connaissance et de l'information, il n'en demeure pas moins que

les acteurs amenés à prendre en charge cette question ne puisent pas encore suffisamment dans les ressources de l'ensemble de ceux qui sont compétents dans ce domaine. Là encore, c'est toute la question du fossé qui sépare la règle de droit et son application. L'idée et la réalité du droit.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	3
TABLE DES ABREVIATIONS	5
I – Revues et périodiques.....	5
II – Divers	8
SOMMAIRE.....	12
INTRODUCTION.....	13
PREMIÈRE PARTIE. LA PROMOTION DE LA VALEUR SOCIALE.....	27
TITRE PREMIER: L’identification de la valeur sociale.....	30
Chapitre premier : L’approche civile de la notion de discrimination: une violation du principe d’égalité	32
Section 1 - L’émergence du principe d’égalité en droit français	32
§ 1 - La quête ontologique de l’égalité	33
A) L’égalité, comme postulat de justice	33
1) L’égalité, dans la doctrine classique du droit naturel	34
2) L’apport de la doctrine moderne du droit naturel.....	36
B) L’égalité en tant que fondement du contrat social	38
§ 2 - La consécration de l’égalité naturelle de l’homme.....	42
A) Le droit d’être traité comme un égal, l’œuvre révolutionnaire.....	42
B) La négation de l’égalité en droit, l’œuvre de l’Histoire.....	44
Section 2 - La réalisation de l’égalité comme sanction de l’arbitraire	48
§ 1 - De la consécration de l’égalité formelle	48
A) Les vicissitudes de la doctrine autour de la réalisation de l’égalité.....	49
1) La distinction entre égalité devant la loi et égalité dans la loi.....	49
2) La théorie de la généralité dans la doctrine française.....	50
B) La consécration de l’égalité formelle.....	54
1) L’accession au rang de principe à valeur constitutionnelle.....	54
2) La définition proposée par le Conseil constitutionnel.....	56
C) L’insuffisance de l’égalité formelle	58
§ 2 - A la recherche de l’égalité réelle	61
A) L’égalité en tant qu’équité dans les théories de la justice sociale	62

1) L'égalité des chances dans les théories de la justice sociale	62
2) L'égalité des chances face à l'égalité juridique	63
B) La progression de l'égalité vers la justice compensatrice	65
Section 3 - La contribution du principe de non-discrimination à la mise en œuvre du principe d'égalité	69
§ Préliminaire - L'apparition du principe de non-discrimination en droit international	70
§ 1 - La complémentarité du principe de non-discrimination dans la déclinaison de l'égalité formelle	73
A) Les notions d'égalité et de discrimination, une frontière peu marquée en droit public	74
1) La discrimination, une notion utile à la déclinaison du principe d'égalité	74
2) La lecture extensive de la notion de discrimination: une prohibition de l'arbitraire	78
B) Egalité et discrimination : une frontière plus tranchée en droit privé	81
§ 2 - La contribution de la notion de discrimination dans la concrétisation de l'égalité réelle	84
A) Les divergences d'interprétation relatives au principe d'égalité	84
B) Les mesures concrètes en faveur de l'égalité réelle	86
1) La sanction des discriminations en droit de l'Union européenne	86
a) La discrimination directe	86
b) La discrimination indirecte	88
2) L'action positive	91
Chapitre second : L'approche pénale de la notion de discrimination: une atteinte à la dignité humaine	94
Section 1 - Les exigences tirées du principe du respect de la dignité humaine	95
§ Préliminaire - Réflexions autour du sens commun de la dignité humaine	96
§ 1 - La protection de la part d'humanité présente en chaque homme	104
A) La protection du corps humain	104
1) L'inviolabilité du corps humain	104
2) ...un principe garantissant la libre disposition de soi	109
3) Les limites à la libre-disposition de soi	111
B) Les difficultés relatives à la protection de l'humanité de l'homme	113
1) La dignité humaine et les « vécus du corps »	113

2) La transposition de la notion d'humanité dans le choix du bénéficiaire du droit au respect de la dignité humaine	115
§ 2 - La protection de l'appartenance de l'homme à l'humanité	120
A) La lutte contre différentes formes d'exclusion de la communauté humaine	121
1) La protection de l'humanité.....	121
2) La protection de l'homme face à l'exclusion	123
B) Le devoir de respect envers l'humanité, une limite imposée à la liberté individuelle	127
Section 2 - La consécration du respect de la dignité humaine en droit pénal	131
§ 1 : La protection contre l'asservissement de la personne humaine.....	132
A) L'état de vulnérabilité.....	133
1) Le passage de la vulnérabilité à l'autonomie.....	133
2) La notion de vulnérabilité en droit pénal.....	135
B) L'exploitation de l'état de vulnérabilité.....	138
1) La situation de contrainte	138
2) Un état d'asservissement	142
§ 2 - La protection contre la dégradation de la personne humaine	145
A) La définition classique de la dégradation de la personne humaine	145
1) Le traitement inhumain et dégradant	146
2) La dégradation dans la classification du Code pénal.....	147
B) La discrimination, une autre forme de dégradation de la personne humaine ...	149
1) De l'infraction de discrimination.....	150
2) ...au concept de discrimination	153
TITRE SECOND : La transcription de la valeur sociale.....	159
Chapitre premier: La prescription d'une norme de comportement : la prohibition des discriminations.....	160
Section 1 - L'élément matériel de l'infraction : le champ d'application de l'incrimination.....	160
§ 1 - L'élément matériel du délit commis par un particulier	160
A) Une limitation à l'exercice de certains droits	161
1) La restriction de la liberté contractuelle	161
2) L'encadrement du pouvoir de direction de l'employeur	165
B) Le morcellement du champ matériel de l'infraction de discrimination.....	169
§ 2 - L'élément matériel du délit commis par une personne exerçant une fonction	

publique.....	173
A) La particularité des discriminations commises par la personne publique	173
1) Une atteinte à l'administration publique	173
2) Des pratiques discriminatoires récurrentes.....	178
B) L'inefficacité de la définition de la discrimination commise par les personnes publiques.....	183
1) La définition restrictive du refus du bénéfice d'un droit.....	183
2) La définition restrictive de l'entrave à l'exercice d'une activité économique.....	186
Section 2 - L'élément moral de l'infraction de discrimination.....	188
§ 1 - Le critère discriminatoire, une exigence commune de la notion de discrimination	189
A) L'approche pénale du critère discriminatoire: une transcription malaisée.....	189
1) Le critère discriminatoire et le respect de la dignité humaine : une délimitation insuffisante.....	190
2) Le critère discriminatoire dans le contentieux répressif : une utilisation parfois incertaine.....	193
B) Une définition confuse du critère discriminatoire comme élément moral de l'infraction.....	196
§ 2 - Le lien de causalité, une exigence spécifique du droit pénal.....	201
A) Le rôle du lien de causalité dans l'infraction de discrimination.....	201
1) Le lien de causalité comme élément de définition	201
2) Le lien de causalité comme élément de distinction	203
B) L'appréciation du lien de causalité dans le contentieux des discriminations ...	206
1) Une appréciation souple au service de l'efficacité répressive.....	206
2) Une appréciation extensive.....	210
Section 3 - La justification de la discrimination	213
§ 1 - La relativité de la notion de discrimination et la discrimination justifiée	213
A) Relativité et proportionnalité de l'atteinte en question.....	214
B) Proportionnalité et justification des discriminations en droit pénal.....	217
1) La justification des discriminations : une portée restreinte	217
2) L'élargissement progressif de la justification des discriminations.....	220
§ 2 - La relativité de la notion de discrimination et la discrimination légitimée	225
A) La discrimination légitimée sous l'empire de l'article 416 de l'ancien Code pénal	225

1) Le motif légitime d'un point de vue textuel	225
2) Le motif légitime dans la jurisprudence des tribunaux répressifs	227
B) La survivance indirecte de la discrimination légitimée	228
1) L'influence du motif légitime dans l'appréciation de l'élément intentionnel	228
2) L'admissibilité de la prise en compte du motif légitime	231
Chapitre second : La redéfinition du champ de la politique criminelle de lutte contre les discriminations.....	235
Section 1 - La protection directe du groupe d'appartenance	236
§ 1 - Les rapports entre l'individu et son groupe	236
A) Les différentes formes d'appréhension du groupe en droit pénal.....	236
1) Le groupe en tant que catégorie pénale	236
2) Le groupe en tant que sujet du droit pénal.....	238
B) La problématique de la discrimination dans la protection du groupe.....	242
1) L'exigence de motifs discriminatoires	242
2) L'existence d'un mobile discriminatoire ?	245
§ 2 - Diversité des atteintes discriminatoires commises à l'encontre du groupe	250
A) L'apartheid.....	250
B) La persécution.....	254
C) Le génocide.....	257
Section 2 - La protection de l'individu en tant que représentant du groupe	261
§ 1 - L'élargissement de la politique criminelle de lutte contre les discriminations en droit français	262
A) L'antériorité de la question du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie	262
B) Les conséquences : une diversification de la protection de l'individu	268
1) Le passage de la question des discriminations à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie... ..	268
2)...à la lutte contre l'homophobie	271
§ 2 - L'élargissement des mesures répressives en faveur de la lutte contre les discriminations.....	273
A) La politique de lutte contre les discriminations dans le domaine de la presse .	274
1) La prévention des formes d'incitation et la sanction des propos manifestant une intolérance excessive.....	274
2) Une répression parfois délicate à mettre en oeuvre	278

B) L'instauration de circonstances aggravantes pour la répression des crimes de haine	282
1) Le crime de haine	282
2) Les critères discriminatoires de sélection	285
PARTIE SECONDE. LA PROTECTION DE LA VALEUR SOCIALE.....	291
TITRE PREMIER : Le droit pénal et le traitement des discriminations.....	294
Chapitre premier : L'utilisation des voies d'action dans le traitement des discriminations	295
Section 1 - Evaluation de la répartition des voies d'action.....	295
§ 1 - La multiplicité des voies d'action existantes	296
A) La coexistence de la voie pénale et de la voie civile	296
B) La voie institutionnelle et la compétence du Défenseur des Droits.....	298
1) La légitimité de l'instauration d'une institution chargée de la promotion de l'égalité	298
2) Un champ d'intervention très large	302
§ 2 - Mesures de l'utilisation des différentes voies d'action	305
A) Analyse de la fréquence du contentieux	305
1) Fréquence du contentieux judiciaire.....	307
2) Fréquence des réclamations du Défenseur des droits	310
B) Analyse de la nature du contentieux	313
1) Les juridictions judiciaires.....	313
2) Les réclamations traitées par le Défenseur des Droits.....	316
Section 2 - Facteurs d'influence dans l'utilisation des voies d'action.....	319
§ 1 - L'accès au droit de la victime de discrimination.....	319
A) Connaissance de la victime et discrimination.....	319
B) Contraintes pesant sur la victime et choix de la voie de recours	324
1) Contraintes inhérentes à la victime.....	325
2) Contraintes inhérentes à l'action	327
§ 2 - L'accompagnement de la victime.....	330
A) Difficultés de coordination des structures institutionnelles dans la prise en charge des victimes	331
B) Une intervention insuffisante des autres acteurs de défense des victimes.....	335
1) L'intervention fractionnée des institutions représentatives du personnel	335
2) La présence résiduelle de l'inspecteur du travail.....	338

Chapitre second: La coordination des voies d'action dans le traitement

des discriminations.....	343
Section 1 - D'une coordination des voies d'action trop fractionnée.....	343
§ 1 - Le rôle incertain des acteurs de traitement	344
A) L'absence de démarcation existante entre les pouvoirs dévolus à chaque autorité	344
1) D'une autorité de régulation	344
2) A une autorité de sanction	348
B) Le parquet, un acteur fantôme de la lutte contre les discriminations ?.....	353
1) Le Défenseur des droits est juge de l'opportunité de recourir à la voie pénale	354
2) Le Défenseur des droits est juge de l'opportunité de se substituer à la voie pénale	358
§ 2 - Des conséquences incertaines en matière de traitement des discriminations	363
A) Le chevauchement procédural : trop d'acteurs pour un même cas.....	363
1) L'intervention du Défenseur des droits avant le jugement.....	364
2) La saisine du Défenseur des droits après jugement.....	367
B) Le respect du droit à un procès équitable : des garanties insuffisantes	371
1) La procédure du Défenseur des droits face à la question de la contradiction	371
2) L'intervention du Défenseur des droits et la question de l'égalité des armes	378
Section 2 - A une coordination plus complémentaire.....	382
§ 1 - L'apparition de la notion de réseau d'acteurs.....	382
A) Les enjeux actuels de la coordination des acteurs	383
B) Les expériences menées.....	388
1) Les pôles anti-discriminations	388
2) La surenchère d'initiatives locales de création d'un réseau d'acteurs.....	392
§ 2 - La définition d'une chaîne de traitement.....	394
A) La complexe définition d'une chaîne de traitement	395
1) Un point de départ de la définition de la chaîne de traitement : les protocoles de coopération encadrant l'action du Défenseur des droits	395
2) Les difficultés propres à la généralisation d'une chaîne de traitement.....	400
B) Méthodes de déclinaison de la chaîne de traitement.....	403
1) Les étapes d'un traitement des discriminations	404
2) Les prérogatives des acteurs	407

TITRE SECOND : Le droit pénal et la sanction des discriminations	415
Chapitre premier: La preuve des discriminations	416
Section 1 - L'effectivité du droit face à la charge de la preuve	417
§ 1 - La preuve civile ou l'exigence du caractère vraisemblable de la discrimination.....	417
A) Le recul de la preuve comparative.....	417
1) L'analyse comparative comme élément commun entre la discrimination et la rupture d'égalité	418
2) La preuve comparative comme élément de distinction des notions de discrimination et d'égalité.....	422
B) L'allègement de la charge de la preuve: l'instauration du régime probatoire favorable au salarié	428
1) L'exigence légale : allègement ou renversement de la charge de la preuve ?	428
2) L'exigence jurisprudentielle : une tolérance certaine à l'égard du plaignant	433
§ 2 - La preuve pénale ou l'exigence d'une réalité discriminatoire.....	436
A) L'absence de légitimité d'une présomption légale relative à l'infraction de discrimination	437
1) L'inapplicabilité du critère de la probabilité	438
2) Le rejet du critère de l'équité.....	439
B) La preuve de l'intention discriminatoire, une difficulté contournable	443
1) Le recours aux présomptions de fait dans la recherche de l'intentionnalité..	444
2) Une obligation de justification à la charge du prévenu	446
Section 2 - L'effectivité du droit face à l'administration de la preuve	449
§ 1 - L'administration de la preuve, une question en suspend.....	449
A) Le plaignant face à la problématique de l'administration de la preuve	449
1) La distinction entre charge et administration de la preuve	450
2) Le plaignant occupe un rôle stratégique dans la recherche de la preuve.....	451
B) L'impact de l'administration de la preuve d'une discrimination sur le recours judiciaire	456
§ 2 - L'administration de la preuve, une remise en question progressive.....	458
A) Le recul de l'exigence de loyauté au service de l'administration de la preuve d'une discrimination	458
1) L'exigence de loyauté et son apport dans la preuve d'une discrimination....	459
2) L'exigence de loyauté et la validation du test de situation.....	461

B) L'invocabilité du droit à la preuve en matière civile	467
1) L'inapplicabilité de principe d'un droit à la preuve en matière de discrimination	468
2) L'existence d'exceptions favorisant l'application d'un droit à la preuve	472
Chapitre 2 : La responsabilité pénale en matière de discrimination	477
Section 1 - Les fonctions de la sanction pénale de discrimination	478
§ 1 - Les fonctions classiques de la sanction pénale	478
A) La fonction rétributive et la théorie de la justice absolue	479
B) La fonction préventive et la théorie pénale de l'utilitarisme	480
§ 2 - Le recours à la sanction pénale dans les cas de discrimination	484
A) Une évolution vers l'aggravation des sanctions pénales	484
1) Les peines encourues	484
2) Les peines prononcées	485
B) Une remise en question du recours à la sanction pénale	488
1) Les contradictions relatives aux fonctions assignées à chaque sanction	488
2) Une place prépondérante accordée à la sanction civile	491
Section 2 - Les facteurs d'amélioration de l'efficacité de la sanction	495
§ 1 - La répartition des responsabilités pénales	496
A) La détermination de la responsabilité pénale	496
1) L'exigence relative à une responsabilité du fait personnel	496
2) Limites inhérentes à la responsabilité du fait personnel	500
B) La question de l'engagement de la responsabilité des personnes morales dans la répartition des responsabilités pénales	502
1) Une infraction commise par un organe ou un représentant	504
2) Une infraction commise pour le compte de la personne morale	508
§ 2 - Le choix de la peine	510
A) La place de la sanction pénale dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations	510
1) Le choix d'une peine juste	511
2) Le choix d'une peine utile	513
B) L'équilibre de la sanction des discriminations	515
1) La sanction civile et la restauration de l'égalité	515
2) La sanction pénale et la prévention des atteintes à la dignité	519
CONCLUSION GENERALE	526

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES	531
INDEX.....	585
INDEX DE JURISPRUDENCE	591
ANNEXES	604
TABLE DES MATIERES.....	672

Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations

La norme pénale n'est plus l'unique règle de droit sanctionnant les discriminations, elle ne constitue qu'une disposition parmi toutes celles composant la politique criminelle de lutte contre les discriminations. Son incapacité à offrir une réponse suffisante a justifié cette évolution. Pourtant, il convient de démontrer que la norme pénale occupe encore une réelle fonction au sein de cette politique criminelle. En rattachant la discrimination au respect de la dignité humaine, la norme pénale a élaboré un concept éthique de non-discrimination. Le traitement des discriminations n'en reste pas moins éclectique. La multiplicité des mesures adoptées n'a pas permis de faire face à toutes les carences existantes. Le système actuel reste perfectible, sa complexité ne permet pas une définition suffisante des rôles de chaque voie de traitement ou de chaque acteur. La subsistance d'atteintes graves, qui ne sauraient se passer d'une sanction pénale, induit l'idée qu'un nouvel équilibre doit être instauré.

Mots-clés : discrimination – droit pénal – dignité humaine – égalité – politique criminelle – Défenseur des droits – HALDE – sanction pénale

Today, the penal norm is anymore the traditional sanction against discrimination policy. Its ineptitude to offer an adequate answer has justified this situation; it still has a real function within this policy. The first function of the penal norm is to promote the core values of a society. Discrimination is usually assimilated with breach of equality. In criminal law, discrimination is linked with a rupture of human dignity, but as we know the penal norm is not fully applied.

The treatment of discrimination is nowadays numerous (prevention program, criminal sanction, regulation policy) but on the other hand these measures are not able to deal with criminal deficiencies. The system, today, can be improved, as it is so hard to define a role to each other or alternative processing option. Anyway, it is obvious saying that, in some cases, other sanctions than criminal are necessarily insufficient. The criminal policy has to ensure the balance.

Key words : discrimination – criminal law – human dignity – equality – criminal policy – HALDE – criminal sanction