

01.3.

IMPACT DE L'APPROCHE DE LA PAUVRETÉ EN TERMES DE DROITS DE L'HOMME SUR LA LÉGISLATION

LA DIRECTIVE EUROPÉENNE ANTIDISCRIMINATION ET SA TRANSPOSITION DANS LA LÉGISLATION BELGE. LES CRITÈRES PROTÉGÉS DE « FORTUNE » ET « D'ORIGINE SOCIALE »*

INGRID AENDENBOOM

_ UNE HISTOIRE EUROPÉENNE

Placer la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (*M.B.* du 30 mai 2007) dans son contexte européen d'origine est plus qu'une simple question d'histoire.

Depuis l'instauration de l'article 13 du traité CE (Traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999), la Communauté européenne est compétente pour prendre des mesures en vue de lutter contre les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou la conviction, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Sur la base de cette compétence étendue, deux directives ont été promulguées dans les matières qui concernent le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme¹ : la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 « portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail » et 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

* Texte traduit du néerlandais.

1 La discrimination fondée sur le sexe n'est pas prise en considération dans ce texte. Le Centre n'est pas compétent en la matière, celle-ci étant suivie par l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes.

ethnique ». Ces deux directives sont néanmoins différentes, tant au niveau des critères protégés que du champ d'application. En gros, la directive « race » concerne non seulement le travail mais aussi les biens et les services (enseignement, logement...) tandis que la directive « cadre » se rapporte uniquement au travail et à l'emploi².

La Belgique devait veiller à transposer correctement ces directives. Il n'y avait en effet dans notre pays que des dispositions légales en matière de lutte contre le racisme – à savoir la loi du 30 juillet 1981.

Puisque les nouvelles dispositions légales belges découlent des directives européennes, les tribunaux doivent interpréter la législation belge conformément à ces directives. En cas de doute, des questions préjudicielles à ce propos peuvent être posées à la Cour de justice des Communautés européennes, sise à Luxembourg.

Toutefois, comme nous le verrons plus loin, la situation est un peu plus compliquée : les deux directives susmentionnées ne sont pas les seules lignes directrices du législateur. La Cour constitutionnelle et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) –et plus précisément son article 14 –entrent également en compte. Le non-respect de cette dernière peut faire l'objet d'une plainte devant la Cour européenne des Droits de l'Homme sise à Strasbourg.

– LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES EUROPÉENNES EN DROIT BELGE : PREMIÈRE TENTATIVE

La transposition a été réalisée par la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme. Cette nouvelle loi comprenait un double volet. D'une part, une série de dispositions et de procédures civiles applicables tant aux motifs de discriminations non raciales qu'aux motifs de discriminations énumérés dans la loi antiracisme de 1981. De l'autre, une série de dispositions pénales applicables aux motifs de discriminations non raciales. La loi prévoyait en outre une adaptation de plusieurs articles du Code Pénal, c'est-à-dire la reconnaissance d'une circonstance aggravante à l'encontre de l'auteur de certains faits lorsque son acte est notamment motivé par la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une catégorie de personne protégées par la loi. On parle alors de crimes ou de délits de haine (hate crime).

La liste des critères protégés (article 2, § 1) comprenait : le sexe, la prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, les convictions religieuses ou philosophiques, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique. Remarquez que cette liste est bien plus exhaustive que les motifs énumérés dans les directives européennes dont il est question ci-dessus. Ceci influencera le niveau de protection des victimes de discrimination, comme nous le verrons par la suite.

Bien sûr, les Régions et les Communautés devaient ensuite prendre les initiatives législatives

2 Il y a bel et bien une nouvelle directive en préparation qui étend le domaine d'application des motifs de discrimination non raciale aux biens et services.

indispensables que permettaient leurs compétences respectives (par exemple : enseignement, formation professionnelle, logement ...) afin de transposer elles aussi les directives européennes.

Deux demandes en annulation totale ou partielle de la loi fédérale ont été introduites devant la Cour constitutionnelle. Outre plusieurs remarques juridico-techniques, l'un des griefs formulés était l'absence des motifs « langue » et « conviction politique » dans la liste des critères protégés. La Cour a ainsi supprimé cette liste limitative (B.15) dans son arrêt 157/2004 du 6 octobre 2004. Plusieurs dispositions pénales n'ont également pas passé l'épreuve constitutionnelle. Par conséquent, n'importe quel motif pouvait être invoqué en vue de faire valoir une discrimination. Cette situation fut naturellement au détriment de la sécurité juridique et joua en défaveur des victimes de discriminations graves : la crédibilité de l'instrument législatif était ébranlée. Le législateur devait se remettre au travail. Au niveau européen, quelques remarques ont également été formulées. Celles-ci soulignent que la transposition des directives n'avait pas été réalisée correctement³.

_ LES LOIS DU 10 MAI 2007

Le législateur transposa les directives européennes en trois lois : la loi du 10 mai 2007 « tendant à lutter contre certaines formes de discrimination », la loi du 10 mai 2007 « tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes » et la loi du 10 mai 2007 « modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie ». Les Communautés et Régions ont réalisé le même exercice en 2008 et ont tenté ce faisant, selon leur propres compétences et besoins, d'harmoniser quelques règles empiriques sur les principes définis dans la législation fédérale. Il serait en effet déplorable qu'une discrimination telle par exemple, le refus d'un logement social pour un motif d'orientation sexuelle, soit interdite dans une Région mais pas dans les autres.

De plus, même si la « loi générale antidiscrimination » est une transposition de la Directive 2000/78/CE, plusieurs traits fondamentaux les distinguent. Ceux-ci se situent tant au niveau des critères protégés que du champ d'application. Le législateur belge a en effet choisi d'introduire davantage de motifs et de ne pas limiter le champ d'application au travail et à l'emploi. La Belgique est donc l'un des « bons élèves » de la classe européenne.

Avant d'approfondir deux motifs de discrimination belges, essayons d'en clarifier le contenu.

La Directive européenne 2000/78/CE lutte contre toute discrimination basée sur les motifs de la religion ou les convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle dans les domaines du travail et de l'emploi.

La « loi générale antidiscrimination » lutte contre toute discrimination fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale (article 3) dans les domaines suivants (liste non exhaustive) :

³ J.TOJEROW, *La réforme du 10 mai 2007 : motifs et orientations*, p. 13 in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination, la charte*, 2008.

les relations de travail, l'accès aux biens et services, la protection sociale, l'affiliation à un « syndicat », l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public (article 5).

En outre, la loi fait également la distinction entre la discrimination directe et indirecte. Cette dernière notion vise les dispositions en apparence neutre qui sont susceptibles néanmoins de défavoriser les personnes caractérisées par un critère protégé. On citera à titre d'exemple le cas du restaurateur qui refuse l'accès de tous les chiens dans son établissement pour des raisons d'hygiène. Ce faisant, il discrimine indirectement les personnes malvoyantes qui ne pourront se rendre au restaurant sans leur chien. Selon la loi, on parle alors de discrimination indirecte sur base du handicap.

En tenant compte des dispositions de la directive, la loi belge prévoit qu'il ne sera possible, dans le domaine du travail (à savoir le champ d'application de la directive 2000/78/CE), de justifier une discrimination directe fondée sur l'un des critères protégés énumérés dans la directive (religion ou conviction, handicap, âge ou orientation sexuelle) que si il s'agit d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante. On citera à titre d'exemple le cas d'une agence de publicité qui recrute des mannequins pour paraître en couverture d'un magazine destiné au plus de 60 ans. On pourra admettre que le fait de fixer dans l'offre d'emploi la condition « d'être âgé de plus de 55 ans » est justifié car cette condition d'âge est une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour le travail requis.

En ce qui concerne les autres domaines d'application (figurant dans la loi belge mais non dans la directive) et les autres motifs de discriminations (énumérés dans la loi belge mais non dans la directive), la discrimination tant directe qu'indirecte peut passer l'épreuve de la justification objective et raisonnable (la mesure devra se baser sur un objectif légitime et être mise en œuvre par des moyens adéquats et nécessaires)⁴.

_ LES MOTIFS DE DISCRIMINATION OU LES CRITÈRES PROTÉGÉS

Les documents parlementaires (DOC 51 2720/009, Rapport, p. 16-17) expliquent clairement la méthode qui a permis de dresser la nouvelle liste des motifs possibles de discrimination :

- Préserver les acquis : l'ancienne liste de la loi de 2003, avec la suppression des motifs qui figurent dans une autre loi ;
- Ajouter les motifs ayant abouti à un jugement de la Cour Constitutionnelle : la langue et les convictions politiques ;
- Adapter la législation belge aux motifs contenus dans l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle constitue la plus récente expression d'un consensus européen dans la lutte contre la discrimination . Il y a donc eu lieu d'ajouter « les

⁴ Signalons pour l'exhaustivité : l'action positive (article 10) et les clauses légales (article 11). Plusieurs dispositions spécifiques sont également prévues pour l'âge. Ceci est également valable pour les entreprises de tendances.

caractéristiques génétiques » et « l'origine sociale »⁵. Le critère de « l'origine sociale » ne figurait pas dans une première liste. Le Conseil d'Etat a formulé une remarque à ce propos et le législateur a adapté la liste⁶.

Le texte de loi lui-même ne donne aucune définition des motifs de discrimination.

Le motif de discrimination « fortune » (« vermogen » en néerlandais) figurait déjà dans la loi du 25 février 2003 (le terme utilisé à l'époque en néerlandais était « fortuné »).

De vives discussions eurent lieu pendant les débats parlementaires quant à l'utilité d'ajouter ou non ce critère.

Le texte d'origine faisait bien référence à la fortune (au sens de « vermogen », ç.-à-d. patrimoine) et le terme utilisé en définitive fut la fortune (traduction du français « fortuné »). Ce dernier semble renvoyer plutôt au « grand capital »⁷ qu'aux éventuelles situations dans lesquelles une personne peut être victime d'une discrimination en raison de son indigence. La théorie du droit a pris la notion au pied de la lettre tandis que le débat parlementaire laissait supposer qu'elle devait être interprétée au sens large⁸.

Voici un extrait des documents parlementaires à titre d'exemple⁹ : « Grâce à l'inclusion du critère de la fortune, nous pouvons sanctionner les cas où une personne est exclue parce qu'elle appartient à un groupe socioéconomique défavorisé, par exemple : une personne à qui l'on a refusé l'accès à un café parce qu'elle n'est pas assez bien habillée. » Cet exemple en dit long, mais pas vraiment juridiquement...

Que faut-il comprendre exactement par « fortune » ? Ce n'est en aucune manière une « coquetterie juridique ». En effet, la loi de 2003 prévoyait également des clauses pénales et le principe de légalité doit donc être examiné : le citoyen doit savoir quelle amende il encourt lorsqu'il adopte un comportement spécifique.

Il est intéressant de noter que, dans l'esprit de plusieurs parlementaires et dans l'avis du Conseil d'Etat, les critères de « fortune » et de « classe sociale » ne recouvrent pas les mêmes concepts juridiques.

En effet, le Conseil d'Etat critiquait l'absence du critère de « classe sociale » parce que la haine religieuse, la haine raciale et la haine entre les classes ont été à l'origine des principales violations des droits de l'homme. Un amendement a été déposé au Parlement en vue d'introduire le critère de « l'appartenance à un groupe socioéconomique défavorisé »¹⁰.

5 Pour une analyse approfondie : E. BRIBOSIA, *Une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée*, p. 31 sq. in Les nouvelles lois luttant contre la discrimination, la charte, 2008.

6 J. TOJEROW, *La réforme du 10 mai 2007 : motifs et orientations*, p. 19-20 in Les nouvelles lois luttant contre la discrimination, la charte, 2008.

7 J. VRIELINK, *De Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking*, p. 203 in *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Maklu, Antwerpen, 2003.

8 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX, D. DE PRINS, *Handboek Discriminatierecht*, p. 459, Kluwer 2005.

9 *Doc. Sénat 2001-02*, n°. 2-12/15, 104.

10 C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie, Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet, Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, n°1095-1103, Larcier 2004.

Nous pouvons donc partir du principe que, dans la loi actuelle et du point de vue juridique, les deux notions n'ont pas les mêmes significations. Est-ce réaliste ? Est-ce souhaitable, utile, voire même défendable sur le plan juridique ? Les textes européens qui ont inspiré les transpositions en droit belge fournissent-ils l'une ou l'autre explication ?

La théorie du droit publiée à ce jour fournit encore très peu d'explications sur les motifs de discrimination. La loi de 2003 a fait couler suffisamment d'encre à ce propos et peu de choses ont changé au bout du compte. Il n'y a pas eu de jurisprudence interne. Au niveau européen, la Directive 2000/78 ne prévoit pas ces motifs de discrimination.

Il reste donc seulement une éventuelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg, basée sur l'article 14 de la CEDH. Cet article n'est pas non plus « indépendant ». L'interdiction de la discrimination et la liste de critères donnée à titre d'exemples (dont l'origine sociale) est associée aux autres dispositions de la Convention et à leur violation.

La jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg soulève des critiques dans la théorie du droit pour différentes raisons. L'application de l'article 14, combiné à un autre article, est extrêmement rare, surtout lorsqu'il est question de traits distinctifs de groupes (en l'espèce, Kurdes ou Romanichels). La Cour rejette souvent l'examen de la violation de l'article 14 qu'elle considère inutile lorsque la violation de « l'article principal » est considérée établie, ou impose au plaignant une charge très lourde en matière de preuve en ce qui concerne la violation de l'article 14¹¹.

D'autres auteurs déplorent que des situations de misère extrême et d'exclusion sociale ne soient pas considérées comme une violation de l'article 3 (interdiction de la torture) étant donné qu'elles portent préjudice à la dignité humaine. Il semble toutefois qu'il existe une évolution ténue en jurisprudence en ce qui concerne la combinaison de conditions de vie précaires et de discrimination raciale ; par exemple pour les personnes aux origines tziganes obligées de vivre dans des caves, étables, clapiers¹².

La législation actuelle¹³ ne permet pas de réagir à l'encontre d'une discrimination reposant sur plusieurs critères (simultanés). Le choix du critère protégé est donc essentiel et peut être influencé également par la charge de la preuve, même lorsque celle-ci peut être renversée. Nous citerons un exemple pour illustrer notre propos . Parfois, un candidat locataire est refusé parce qu'il relève du Centre public d'aide sociale (CPAS) et que la garantie locative est fournie au propriétaire par le CPAS sous la forme d'un engagement écrit (et non par un dépôt d'argent liquide sur un compte spécial). De nos jours, les personnes contraintes de demander l'intervention du CPAS affichent des origines sociales variées : elles ne font pas toutes partie d'une famille qui vit dans la misère

11 D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, n°363 sq., Bruylant, Bruxelles, 2006.

12 F. SUDRE, JP. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENoire, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, p. 145, PUF, 2007.

13 Cf. article 4 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination. L'approche canadienne est différente puisqu'elle permet de tenir compte de la source des revenus, du type de contrat de travail ou du niveau d'instruction ; ce qui est défini comme « intersectional approach to discrimination »

depuis des générations ou n'ont pas été nécessairement placées dans une institution. Dans cette situation, il convient de préférer le critère de la fortune au critère de l'origine sociale en tant que preuve juridiquement utilisable.

Les personnes en proie à la misère et à l'exclusion vivent en majorité des existences combinant quantité de facteurs : l'état de santé qui interdit au partenaire de gagner sa vie en travaillant, le revenu de remplacement insaisissable, le fait de n'avoir jamais vécu dans une famille normale, les incidents de parcours scolaire... Bref, ces facteurs sont souvent bien trop nombreux pour les inclure dans un seul concept juridique. Tant de critères que la loi rassemble désormais et exprime sans nuance par la notion de « misère ». La victime de la discrimination est donc souvent en difficulté pour faire valoir ses droits.

En effet : plus les raisons du refus de l'accès par exemple sont floues – parce que les éléments qui y contribuent sont nombreux – plus il est difficile de démontrer la présomption de discrimination et de faire jouer le glissement de la charge de la preuve.

_ A CE JOUR...

La nouvelle loi n'a pas donné lieu à une surcharge des tribunaux et certainement pas sur la base des critères protégés de « l'origine sociale » et de la « fortune ». L'efficacité d'une législation ne doit cependant pas se mesurer au nombre de plaintes introduites. La législation actuelle est un bon instrument pour démarrer des négociations et parvenir à une solution. Bien sûr, même si les annonces des appartements à louer n'indiquent plus que les « personnes relevant du CPAS ne sont pas souhaitées », il n'y a aucune garantie que les candidats locataires ne soient pas refusés en pratique. La lutte contre les discriminations a encore de beaux jours devant elle.. Un pas important a toutefois été franchi : les droits des plus pauvres sont pris sérieusement en compte au niveau des politiques européennes et des instruments sont développés pour donner corps à ces droits.

LA CONCEPTION JUDICIAIRE DE LA PAUVRETÉ AU CANADA : CONDITION SOCIALE IMMUABLE OU SIMPLE QUESTION DE VOLONTÉ ?

DAVID ROBITAILLE

_ INTRODUCTION

Les personnes qui vivent quotidiennement dans la pauvreté font face à une double difficulté. Sur le plan économique, l'insuffisance des ressources dont elles disposent affecte tous les aspects de leur vie et les place dans un état d'insécurité et d'exclusion sociale dont il est difficile de sortir. Non seulement ces personnes sont-elles concrètement désavantagées, elles doivent aussi lutter contre les préjugés qu'entretient le discours néolibéral dominant selon lequel les pauvres méritent leur situation en raison d'un manque de volonté de travailler ou simplement par choix, tel que l'illustre Ricardo Petrella :

[...] la TUC [Théologie universelle capitaliste] se présente comme un système « scientifique » capable de donner des certitudes et des solutions. Même les pauvres et les exclus peuvent trouver l'explication de leur condition et de leurs problèmes dans le cadre de la narration dominante, dans la mesure et à condition, bien entendu, qu'ils aient la volonté et la capacité d'emprunter la bonne route.¹

Comme l'ont notamment démontré Gérard Timsit et Andrée Lajoie², les tribunaux chargés d'interpréter le droit, entre autres les normes constitutionnelles³, ne sont pas complètement à l'abri et sont au contraire perméables aux valeurs dominantes qui « surdéterminent » la décision judiciaire.

1 Petrella, Ricardo (2007). *Pour une nouvelle narration du monde*, Montréal, Écosociété, p. 14. Voir également Jackman, Martha (1994). « Constitutional Contact with the Disparities in the World : Poverty as a Prohibited Ground of Discrimination Under the Canadian Charter and Human Rights Law », *Revue d'études constitutionnelles*, vol. 2, no. 1, p. 90.

2 Lajoie, Andrée. *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 217 pages ; Lajoie, Andrée et al. (1998). *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 266 pages ; Lajoie, Andrée (1997). *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 217 pages ; Timsit, Gérard (1991). *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 199 pages.

3 Comme le note Jackman, *loc. cit.*, note 1, p. 91, ces valeurs dominantes sont présentes dans le système juridique canadien.

C'est notamment dans ce contexte idéologique, valorisant le libre-marché, la compétitivité⁴, le travail et, conséquemment, la « responsabilisation » des pauvres, que les tribunaux ont traditionnellement refusé de reconnaître la dimension économique ou positive du droit à la sécurité et, dans une certaine mesure, du droit à l'égalité, respectivement reconnus aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵ – laquelle ne reconnaît directement aucun droit socioéconomique. Les magistrats estiment en effet généralement qu'il n'est pas légitime pour un corps non élu de juger la sagesse des politiques sociales que le gouvernement et le législateur élus décident d'adopter par charité⁶. Là ne serait pas non plus leur fonction, laquelle consisterait plutôt à vérifier si les politiques de l'État respectent et n'interviennent pas arbitrairement dans la vie privée et les choix fondamentaux des citoyens⁷. En ce qui concerne la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec⁸, et essentiellement pour les mêmes raisons, la Cour suprême estime que les droits économiques et sociaux à des mesures susceptibles d'assurer un niveau de vie décent et à l'instruction publique gratuite ne sont pas justiciables et s'apparentent davantage à des déclarations politiques symboliques⁹.

Si les chartes ne consacrent aucun véritable droit économique et social, nous constaterons par ailleurs que certains tribunaux hésitent à sanctionner la discrimination en matière socioéconomique, c'est-à-dire les distinctions arbitraires fondées sur la pauvreté. On semble en effet craindre que cela ne serve indirectement à détourner l'objet des chartes, qui consiste à protéger une sphère d'autonomie individuelle contre les interventions injustifiées de l'État, et à en faire un instrument de répartition des richesses¹⁰. Nous analyserons ci-dessous la jurisprudence des tribunaux canadiens portant sur le concept de condition sociale, plus spécifiquement la pauvreté et ses différentes facettes, comme motif interdit de discrimination. Nous mettrons alors en lumière les conceptions divergentes qu'ont les magistrats canadiens quant à la nature de cette malheureuse situation affectant défavorablement la vie d'une personne.

— LES MOTIFS INTERDITS DE DISTINCTION SELON LES CHARTES CANADIENNE ET QUÉBÉCOISE

Selon le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*, toute personne a droit « au même bénéfice

4 Petrella, *op. cit.*, note 1, pp. 14-40.

5 Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c.11)] [ci-après « *Charte canadienne* »]. Pour un résumé de la jurisprudence canadienne sur ce point, voir notamment Robitaille, David (2008). « Non-universalité, illégitimité et surcomplexité des droits économiques et sociaux ? Des préoccupations légitimes mais hypertrophiées : regard sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine », *Revue de droit de McGill*, vol. 53, n°2, pp. 245-253.

6 Selon la lecture que nous en faisons, c'est le message qui ressort généralement de la jurisprudence canadienne. Pour un exemple, voir la décision *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [1992] R.J.Q. 1647, pp. 1675-1677 (C.S. Qué.) [ci-après « *Gosselin (Cour supérieure)* »].

7 La vie privée et la capacité de faire des choix fondamentaux sont en effet des valeurs qui sous-tendent la plupart des droits et libertés reconnus dans la *Charte canadienne*, notamment la liberté d'expression (art. 2), les droits à la liberté et à la sécurité (art. 7), la protection contre les fouilles abusives (art. 8) ainsi que le droit à l'égalité (art. 15).

8 L.R.Q., c. C-12 [ci-après « *Charte québécoise* »].

9 *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429. Pour une critique, voir Robitaille, David (2006). « Les droits économiques et sociaux dans les relations États-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ? », dans Nadeau, Alain-Robert et Comité de la Revue du Barreau (dir.). *La Charte québécoise : origine, enjeux et perspectives. Numéro thématique de la Revue du Barreau en marge du trentième anniversaire de l'entrée en vigueur de la Charte des droits et libertés de la personne*, Montréal, Yvon Blais, 2006, pp. 455-493.

10 *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, par. 45 : « Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne englobe les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie, et non des intérêts purement économiques ».

de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge et les déficiences mentales ou physiques ». Par l'utilisation du terme « notamment », le constituant a laissé aux tribunaux le soin de reconnaître d'autres motifs interdits de distinction qui doivent cependant être similaires ou analogues aux motifs déjà énumérés¹¹. Seront analogues les motifs qui reposent sur des caractéristiques immuables, c'est-à-dire que la personne ne peut tout simplement pas modifier puisque hors de son contrôle et de sa volonté (par exemple l'origine ethnique, la couleur, l'âge)¹². Il en va de même en ce qui concerne les aspects de la vie d'un individu qui sont la suite de choix fondamentaux et intrinsèquement privés¹³, par exemple la religion ou l'état matrimonial. Bien qu'il soit théoriquement et concrètement possible de changer ces caractéristiques, une telle opération ne saurait constituer la condition d'un traitement égalitaire par l'État. Il s'agirait d'un prix trop cher payé du point de vue de l'identité et de l'autonomie de la personne¹⁴. En outre, l'utilisation d'une telle caractéristique physique ou identitaire pour distinguer des personnes ou groupes déjà défavorisés ou stéréotypés dans la société constitue un facteur que les tribunaux doivent considérer dans la détermination de l'existence des motifs analogues¹⁵. Les notions de désavantages préexistants, d'autonomie décisionnelle et de mérite ou volonté individuels constituent ainsi les vecteurs de la reconnaissance de nouveaux motifs illicites de distinction¹⁶.

Si certains tribunaux s'appuient sur la première de ces valeurs, soit le désavantage, pour reconnaître la pauvreté (ou le fait d'appartenir à certains groupes plus susceptibles d'être pauvres) comme motif analogue, nous constaterons que d'autres insistent cependant sur les facteurs d'immuabilité et de mérite personnel pour refuser pareille conclusion, mettant ainsi de l'avant une conception plus autonomiste et formelle du droit à l'égalité qui, selon la Cour suprême, a pour objet de protéger la « dignité et la liberté humaines essentielles »¹⁷. Au cœur même de la notion d'égalité telle qu'interprétée par le plus haut tribunal canadien, se trouve ainsi une tension évidente entre la liberté et la justice sociale¹⁸, comme l'illustre ce passage :

[...] la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise

11 *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

12 *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13, 60, juges McLachlin et Bastarache (aux motifs desquels souscrivent le juge Lamer, alors juge en chef, et les juges Cory et Major) ; Brun, Henri, Tremblay, Guy et Brouillet, Eugénie (2008). *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, p. 1166 ; Goubau, Dominique, Otis, Ghislain et Robitaille, David (mars 2003). « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux » », *Les Cahiers de droit*, vol. 44, no. 1, p. 25, n. 68.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.* Par exemple, il serait injuste d'exiger que des conjoints de longue date qui ont choisi l'union libre comme forme d'engagement soient obligés de se marier pour avoir droit, comme les couples mariés, aux bénéfices d'une assurance-accident : *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 151, 153, juge McLachlin (aux motifs de laquelle souscrivent les juges Sopinka, Cory et Iacobucci).

15 *Corbiere*, précité, note 12, par. 60.

16 *Ibid.*, par. 13 : « Il nous semble que le point commun de ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle ».

17 *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 51, 88 [notre italique].

18 Il est d'ailleurs révélateur que des auteurs estiment que le paragraphe 15(1) consacre essentiellement l'égale liberté ou autonomie individuelles, alors que d'autres y voient également une garantie plus substantielle d'égalité en faveur des groupes désavantagés. Voir Lawrence, Sonia (Juin 2006). « Choice, Equality and Tales of Racial Discrimination : Reading the Supreme Court on Section 15 », dans McIntyre, Sheila et Rodgers, Sanda (dir.). *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham, Lexis Nexis, 2006, p. 117, n. 9.

*en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne.*¹⁹

L'autonomie, l'autodétermination, la prise en main personnelle et le mérite, d'une part, termes qui sont souvent l'apanage d'une idéologie conservatrice et néolibérale, s'opposent ainsi, au cœur même de la notion canadienne d'égalité, aux notions plus solidaires et progressistes que sont selon nous la réparation des injustices et les besoins des individus.

Enfin, en ce qui concerne la *Charte québécoise*, le débat ne se pose pas en ces termes puisque la « condition sociale » a été expressément énumérée par le législateur à titre de motif sur la base duquel il est interdit de distinguer²⁰. La question consiste plutôt à déterminer le sens de cette expression, laquelle réfère généralement à la place, au rang ou au statut qu'occupe une personne dans la société, que ce soit par suite de sa naissance ou en raison de ses revenus ou de son niveau d'instruction par exemple²¹.

— LA PAUVRETÉ SELON UNE CONCEPTION RÉELLE DE L'ÉGALITÉ : UNE CONDITION SOCIALE IMMUABLE OU DIFFICILE À CHANGER

Dans l'affaire *Falkiner*, dont la Cour suprême est actuellement saisie, la Cour supérieure et la Cour d'appel de l'Ontario ont eu à se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative en vertu de laquelle le versement mensuel d'aide sociale d'un bénéficiaire cessait dès le début de sa cohabitation avec une personne de sexe opposé²². La législation présumait alors la formation d'un couple, lequel était considéré comme la source première de solidarité sociale²³. Les revenus du « conjoint de fait » présumé étaient toutefois considérés afin de déterminer si la « famille » ainsi formée avait droit à des prestations dites « familiales ».

Dans le cadre d'une analyse approfondie et contextuelle, les deux tribunaux ont tenu compte du fait que les femmes, en particulier les femmes monoparentales assistées sociales, sont disproportionnellement désavantagées et victimes de la pauvreté au Canada²⁴. À l'époque des faits

19 *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, note 17, par. 53.

20 L'article 10 de la *Charte québécoise* énonce : « Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit ». Il en est de même de la majorité des lois provinciales sur les droits de la personne qui interdisent la discrimination dans certains secteurs d'activités plus ou moins étendus (par exemple en matière d'accès à un logement ou à un emploi) fondée notamment sur la condition sociale, la source du revenu, ou le statut d'assisté social.

21 *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 1164, par. 69 (C.A. Qué.) ; *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1994] C.A. 61, pp. 69-70 ; Brun, Tremblay et Brouillet, *op. cit.*, note 12, pp. 1185-1186 ; Brun, Henri et Binette, André (1981). « L'interprétation judiciaire de la condition sociale, motif de discrimination prohibé par la Charte des droits du Québec », *Les Cahiers de droits*, vol. 22, p. 685.

22 *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)*, [2002] 59 O.R. (3d) 481, [2002] O.J. No. 1771 (C.A. Ont.) (Quicklaw) [ci-après « *Falkiner (C.A.)* »] ; *Falkiner v. Ontario (Director, Income Maintenance Branch and Social Services)*, (1999) 188 D.L.R. (4th) 52 (C.S. Ont.) [ci-après « *Falkiner (C.S.)* »].

23 *Falkiner (C.S.)*, *ibid.*, par. 22 des motifs dissidents du juge Belleghem.

24 *Falkiner (C.A.)*, précité, note 22, par. 71-81 ; *Falkiner (C.S.)*, *ibid.*, par. 73-114.

litigieux, la preuve démontrait en effet que 79 % des personnes victimes de la règle contestée étaient des assistés sociaux monoparentaux dont 96 % étaient des femmes²⁵. La loi contestée exacerbait cet état de vulnérabilité en plaçant ces femmes devant le dilemme déchirant consistant à choisir entre, d'une part, le célibat et leur indépendance financière découlant des prestations d'aide sociale, ou, d'autre part, le maintien de leur cohabitation avec un homme dont elles dépendraient toutefois économiquement une fois leurs prestations interrompues. Pourtant, ces personnes n'étaient pas toujours, du moins pas encore, des conjoints, leurs liens étant plutôt ceux d'un couple en devenir ou à l'essai. Les plaignantes dans cette affaire avaient par ailleurs toutes antérieurement vécues avec des hommes abuseurs, alcooliques ou dans des relations conjugales difficiles et souhaitaient en effet tester leurs éventuelles relations respectives et demeurer indépendantes financièrement avant de s'engager plus amplement avec leurs colocataires.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ontariennes jugèrent ainsi, à tour de rôle, que la disposition contestée discriminait notamment sur la base du sexe puisqu'elle affectait principalement les femmes assistées sociales, ainsi que sur la base de la condition plus générale d'assisté social dans la mesure où elle faisait subir aux bénéficiaires un fardeau ou un choix qui n'était pas imposé aux individus mieux nantis non prestataires de l'aide publique²⁶. En effet, les personnes vivant hors du cadre formel du mariage n'étaient considérées comme conjoints et n'avaient d'obligations maritales similaires à celles des couples mariés qu'après un délai de cohabitation de trois ans, contrairement aux assistés sociaux dont le début de la cohabitation avec une personne de sexe opposé entraînait la cessation des versements d'aide sociale, les forçant à choisir entre leur relation potentielle et leur indépendance financière.

En admettant l'effet plus important de la loi sur les femmes et en reconnaissant le statut d'assisté social comme motif illicite de distinction, la Cour d'appel insistait sur l'importance pour les tribunaux d'adopter une démarche analytique contextuelle axée sur l'impact d'une norme juridique apparemment neutre mais attentatoire dans ses effets à l'égalité réelle de personnes déjà marginalisées et vulnérables²⁷. Les valeurs « phares » servant de déterminants à la reconnaissance de nouveaux motifs de distinction en vertu du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* ont par ailleurs influé l'analyse de la Cour, laquelle a tenu compte de la situation désavantageuse dans laquelle vivent les assistées sociales²⁸ ainsi que du caractère indûment intrusif du choix auquel les forçait la loi en ce qui concerne leur autonomie et vie privée fondamentales. La Cour prenait ainsi acte du fait qu'il est difficile pour une personne de s'affranchir de l'aide sociale, et donc de changer son statut d'assistée sociale, reconnaissant par la même occasion la relative immuabilité de ce motif²⁹.

25 *Falkiner (C.S.)*, *ibid.*, par. 74. Les femmes chefs de familles monoparentales sont encore aujourd'hui disproportionnellement victimes de la pauvreté comparativement aux hommes dans la même situation familiale. À titre indicatif, voir par exemple Institut de la statistique du Québec et Ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale (janvier 2006). *Recueil statistique sur la pauvreté et les inégalités socioéconomiques au Québec*, Québec, pp. 28-31. Campaign 2000 (2007), 2007 Report Card on Child and Family Poverty in Ontario, en ligne : http://www.campaign2000.ca/rc/rc07/2007_ON_Report_Card%20_Engl_Mar2008.pdf?x=115291 (consulté le 18 novembre 2008).

26 *Falkiner (C.A.)*, précité, note 22, par. 74-75 ; *Falkiner (C.S.)*, *ibid.*, par. 68-75.

27 *Falkiner (C.A.)*, *ibid.*, par. 69-81.

28 *Ibid.*, par. 85-87.

29 *Ibid.*, par. 89.

Il aurait pourtant été facile, compte tenu de la complexité de la question³⁰, de faire une analyse superficielle de la situation de ces femmes, comme le font d'autres tribunaux qui refusent de considérer la pauvreté ou certaines de ses facettes comme motifs prohibés de distinction. On aurait pu, en effet, rejeter leur plainte aux motifs que la loi traitait formellement tous les assistés sociaux de la même façon, indépendamment de leur sexe, et que les plaignantes avaient librement choisi de vivre avec un homme en toute connaissance de cause – nul n'est censé ignorer la loi – de la cessation des prestations qui s'en suivrait. On aurait toutefois, ce faisant, ignoré la réalité sociale des plaignantes et l'absence de neutralité de la disposition législative contestée qui affectait de manière disproportionnée les femmes assistées sociales. C'est également dans le cadre d'analyses contextuelles similaires, fondées sur une conception réelle de l'égalité, que la Cour supérieure et la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse reconnaissaient respectivement dans les années 1990 la pauvreté³¹ et le statut de locataire de logement subventionné par l'État³² comme des motifs analogues de distinction.

La jurisprudence brièvement analysée ci-dessus témoigne donc de la conception que se font certains tribunaux de la pauvreté ou de ses facteurs, qui ne sont pas nécessairement le fruit d'un choix librement et rationnellement effectué ni ne résultent de la mauvaise volonté d'une personne moralement non-méritoire. Il s'agit plutôt d'un état de vulnérabilité, dont les causes sont complexes et structurelles³³, affectant la vie économique ou matérielle, politique et culturelle de la personne et qui rend souvent illusoire le bénéfice réel et égalitaire de l'ensemble des droits et libertés³⁴. C'est d'ailleurs ce qu'a reconnu la Cour d'appel du Québec dans le contexte de la *Charte québécoise* :

*Cette notion [la condition sociale] a été appliquée à des personnes démunies ou vulnérables qui subissent leur condition sociale plutôt que d'en jouir. Elle résulte le plus souvent d'une situation dont la personne ne peut pas s'affranchir facilement et qui n'est pas la conséquence d'un choix délibéré.*³⁵

Considérant cette relative immuabilité, la Cour d'appel reconnut ainsi notamment que le statut d'assisté social et la pauvreté constituent des composantes de la condition sociale et donc des motifs interdits de distinction³⁶.

Puisque la condition sociale ne figure pas parmi les motifs expressément énumérés au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*, contrairement à ce qui prévaut dans la *Charte québécoise* ou d'autres lois provinciales sur les droits de la personne, les tribunaux disposent toutefois d'une discrétion

30 *Ibid.*, par. 84 : « Recognizing receipt of social assistance as an analogous ground of discrimination is controversial primarily because of concerns about singling out the economically disadvantaged for Charter protection, about immutability and about lack of homogeneity » [notre italique].

31 *R. v. Rehberg*, (1994) 111 D.L.R. (4th) 336 (C.S. N.-É.).

32 *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks*, (1993) 101 D.L.R. (4th) 224 (C.A. N.-É.).

33 Tessier, Hélène (juin 1996). « Lutte contre la pauvreté : question de droits de la personne et mesure de prévention contre une violence à l'égard des enfants », *Les Cahiers de droits*, vol. 37, no. 2, p. 498.

34 Jackman, *loc. cit.*, note 1, pp. 77, 83-95, 121 ; Tessier, *ibid.*, pp. 488 et suiv.

35 *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c. Québec (Procureur général)*, précité, note 21, par. 69.

36 *Québec (Procureur général) c. Lambert*, [2002] R.J.Q. 599 (C.A. Qué.) ; *Whittom c. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1823 (C.A. Qué.).

ou liberté interprétative plus grande quant à la possibilité de méconnaître cette caractéristique comme fondement illicite de distinction. Nous constaterons à cet égard que l'indétermination et la flexibilité des concepts ou valeurs sur lesquelles il faut se baser pour déterminer l'existence de motifs analogues permettent de défendre une conception différente de la pauvreté et de mener à des résultats jurisprudentiels inverses de ceux explicités ci-dessus.

— LA PAUVRETÉ SELON UNE CONCEPTION SUPERFICIELLE OU FORMELLE DE L'ÉGALITÉ : UNE SIMPLE QUESTION DE VOLONTÉ

Certaines décisions récentes témoignent en effet de la malléabilité des concepts de désavantage, de mérite et d'autonomie individuels. Parmi celles-ci, l'affaire *Guzman*³⁷ illustre très bien comment ces notions peuvent être utilisées dans le cadre d'analyses superficielles et restrictives afin de justifier et renforcer les valeurs dominantes évoquées en introduction. Ainsi, compte tenu qu'il ne s'agit pas d'un « style de vie » ou d'un « objectif individuel fondamental »³⁸, ni d'une caractéristique inhérente à la personne humaine puisque par définition l'aide sociale est temporaire et donc non immuable³⁹, la Cour fédérale estimait que le statut d'assisté social ne constitue pas un motif analogue de distinction. La Cour notait au surplus que l'aide sociale vise, dans ses fondements mêmes, à rendre plus autonomes ses prestataires⁴⁰, soulignant ainsi implicitement qu'une distinction fondée sur cette situation ne saurait constituer de la discrimination puisqu'elle favorise l'autonomie ou l'indépendance individuelle, valeur qui sous-tend le droit à l'égalité.

La Cour a cependant eu le souci de nuancer la portée de sa décision en soulignant avec insistance que la condition d'assisté social pourrait, dans d'autres circonstances, constituer un motif analogue de distinction⁴¹. Ce serait notamment le cas en ce qui concerne une personne se trouvant dans un état de dépendance relativement permanent ou d'une certaine durée à l'aide sociale⁴². Ce raisonnement, tant sur le plan sociologique que juridique, semble cependant manquer de rigueur. D'abord, la Cour ne nous explique pas pourquoi et à partir de combien de mois ou d'années une courte dépendance à l'aide sociale deviendrait, avec le temps, une caractéristique personnelle individuelle. D'un point de vue juridique, en écartant la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Falkiner* (selon laquelle le statut d'assisté social constitue un motif analogue) en raison des faits particuliers de l'affaire dont elle était saisie dans *Guzman*, la Cour fédérale contredisait par ailleurs directement la jurisprudence bien établie de la Cour suprême sur la nature permanente des motifs analogues selon le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*. En effet, la détermination du caractère analogue d'une caractéristique personnelle ne varie pas selon les circonstances particulières des affaires dont les tribunaux sont saisis⁴³. Une

37 *Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 3 R.C.F. 411, [2006] A.C.F. no. 1443 (C.F.) [Quicklaw].

38 *Ibid.*, par. 20.

39 *Ibid.*, par. 19.

40 *Ibid.*, par. 20.

41 *Ibid.*, par. 15, 20-21, 27.

42 *Ibid.*, par. 20, 27.

43 *Corbiere*, précité, note 12, par. 7-11. La Cour supérieure de l'Ontario fait la même erreur dans l'affaire *Polewsky v. Home Hardware Stores Ltd.*, [2003] 66 O.R. (3d) 600, [2003] O.J. No. 2908 (C.S. Ont.) [Quicklaw], par. 24 : « [...] the facts of this case do not justify a finding that poverty is an analogous ground under s. 15 of the Charter ».

fois reconnu analogue, en raison de son immuabilité concrète ou relative, un motif le demeure toujours, invariablement⁴⁴. Au surplus, le raisonnement de la Cour fédérale semble établir une distinction arbitraire entre les assistés sociaux de courte durée et les assistés sociaux de longue durée, les premiers n'ayant pas droit, contrairement aux seconds, à un traitement égalitaire par l'État.

Il est clair toutefois que les motifs de la Cour ont été influencés par le contexte particulier de l'affaire. Il s'agissait en effet d'une assistée sociale qui souhaitait, à même ses prestations d'aide, parrainer son conjoint immigrant, ce qui était contraire à la loi que la plaignante contestait. Le fait que le juge ait considéré le jeune âge de la demanderesse, sa volonté apparente de travailler et la durée potentiellement courte qu'aurait selon lui sa dépendance à l'aide sociale⁴⁵, témoigne peut-être de son désaccord idéologique ou moral avec cette demande de contrôle judiciaire soumise par une personne de jeune âge et apte à travailler. Si l'on peut comprendre l'hésitation du magistrat – sans nécessairement la partager –, les considérations qui sont à sa base auraient cependant plus rigoureusement dû être prises en compte dans le cadre de l'analyse finale consistant à vérifier la nature discriminatoire et la raisonnable, dans les circonstances, de la distinction établie par la loi plutôt qu'à l'étape de la détermination du caractère analogue ou non du statut d'assisté social. Cela aurait été plus respectueux de la démarche suivie par la Cour suprême, laquelle distingue clairement les deux étapes consistant d'abord à identifier un motif de distinction et ensuite à vérifier le caractère discriminatoire de la distinction eu égard au contexte⁴⁶.

L'importance que le discours dominant accorde à la volonté individuelle et à la liberté dont tous les pauvres disposent théoriquement pour améliorer leur sort a aussi été une valeur déterminante dans l'affaire *Federated Anti-Poverty Groups*⁴⁷. La Cour supérieure de la Colombie-Britannique y estimait en effet, confirmant en cela la constitutionnalité d'une interdiction législative de mendier en gênant les autres citoyens sur la place publique, que tous les pauvres ne choisissent pas nécessairement ce moyen de subsistance⁴⁸. Puisque, selon la Cour, le fait de demander la charité constitue un choix librement effectué⁴⁹, qu'il s'agit d'une activité et non d'une caractéristique personnelle⁵⁰ et que les pauvres disposent d'un certain contrôle, mais limité⁵¹, sur leurs conditions de vie, la Cour refuse de reconnaître le statut de mendiant, de même que la pauvreté plus généralement, comme motifs interdits de discrimination. S'il est vrai que tous les pauvres ne mendient pas, la Cour a toutefois manqué l'occasion de procéder à une analyse contextuelle et de reconnaître que le fait de mendier est une situation affectant principalement, sinon seulement, les plus démunis et non tous les citoyens, ces derniers ne faisant pas l'objet d'une exclusion des endroits publics légitimée par le droit. La conception que le juge se fait de la nature de la pauvreté ressort en outre on ne peut plus clairement de ce passage :

44 *Corbiere, ibid.*

45 *Guzman, précité, note 37, par. 19-20.*

46 *Corbiere, précité, note 12, par. 8-11.*

47 *Federated Anti-Poverty Groups of B.C. v. Vancouver (City)*, [2002] 40 Admin. L.R. (3d) 159, [2002] B.C.J. No. 493 (C.S. C.-B.) [Quicklaw].

48 *Ibid.*, par. 273-274, 276.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.*, par. 272.

51 *Ibid.*, par. 273-274, 276.

Given the material that suggests that there is a socially unacceptable number of citizens who rely upon the charity of the state as manifested by its social assistance provisions, the number of permanent as opposed to transient panhandlers is relatively small [...]. As held in Corbiere, [...] in order to amount to an analogous ground, a characteristic must, like those enumerated in s. 15, be either immutable or only changeable at a very high personal cost, and it must be something that the state has no legitimate interest in changing. With respect to those who hold opposite views, I do not accept that either can be said about poverty. While it may be difficult to dislodge this unwanted handmaiden called poverty, it is not an immutable condition. Likewise, it is incorrect to say that the state has no legitimate interest in the removal of its citizens from this state of being.⁵²

Comme on peut le constater, la valeur d'autonomie et de liberté individuelles qui se situe au cœur de la notion canadienne d'égalité ne reflète pas nécessairement adéquatement, du moins dans la façon dont elle est appliquée par certains magistrats, la situation dans laquelle survivent les pauvres. Ainsi, dans la mesure où un tribunal considère qu'avec une certaine volonté l'individu en difficulté pourrait améliorer son sort⁵³, il en viendra plus facilement à la conclusion que la pauvreté ne constitue pas une caractéristique personnelle réputée immuable et conséquemment ni un motif interdit de distinction. À l'appui de cette conclusion, un magistrat pourra évidemment, comme c'était notamment le cas dans l'affaire *Federated Anti-Poverty Groups*⁵⁴, rappeler un important critère suivi par la Cour suprême pour déterminer l'existence des motifs analogues, c'est-à-dire l'importance de l'intérêt ou du choix individuel et fondamentalement privé que l'État demande à l'individu de changer pour avoir droit à l'égalité⁵⁵. Or, il est évident que l'État a intérêt à ce que les pauvres ne le soient plus et aient de quoi mieux vivre afin de participer pleinement à la société. Le critère consistant à reconnaître comme immuables les caractéristiques qui résultent d'un choix individuel et identitaire fondamental ne reflète donc pas nécessairement adéquatement la situation des pauvres⁵⁶. Il importe, pour que la pauvreté soit reconnue comme caractéristique immuable ou difficile à changer et comme motif analogue, que les tribunaux considèrent aussi et de façon prépondérante la situation désavantageuse et vulnérable de ces personnes, laquelle constitue d'ailleurs un facteur pertinent dans la détermination de nouveaux motifs de distinction selon le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*. Autrement dit, l'immuabilité relative de la pauvreté ne découle pas du fait qu'il s'agit d'un choix fondamental que l'État ne peut demander à l'individu de changer pour avoir un traitement égalitaire, mais provient plutôt de la difficulté, pour la personne et les groupes qui vivent dans cette situation, d'améliorer leur sort économique compte tenu de l'impact considérable de la pauvreté dans tous les aspects de leur vie⁵⁷ et de l'obstacle qu'elle représente dans l'accès à la santé, à une nourriture, à un logement et à une éducation suffisants ainsi que dans l'exercice plus général de tous les droits et libertés⁵⁸.

52 *Ibid.*, par. 283. Voir également un raisonnement similaire dans l'arrêt *R. v. Banks*, [2007] 84 O.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), par. 99-101.

53 C'est aussi la conception qui ressort des motifs de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Gosselin (Cour supérieure)*, précitée, note 6, pp. 1675-1676.

54 Voir aussi *R. v. Banks*, précité, note 52, par. 99-101.

55 *Supra* notes 13-14 et texte qui s'y rapporte.

56 C'est aussi l'opinion de Lawrence, *loc. cit.*, note 18, p. 117.

57 Lawrence, *ibid.*, p. 118, est également de cet avis. Voir aussi Brun et Binette, *loc. cit.*, note 21, pp. 685-686.

58 Forum régional sur le développement social de l'île de Montréal, (septembre 2004). *Rapport sur la pauvreté à Montréal : Document de recherche et de réflexion*, pp. 33-48 ; Jackman, *loc. cit.*, note 1, pp. 83-95 ; Tessier, *loc. cit.*, note 33, pp. 489 et suiv. ; Tessier, Hélène (1998). « Pauvreté et droit à l'égalité : égalité de principe ou égalité de fait ? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Yvon Blais, pp. 46-48, 60-67.

_ CONCLUSION

Au Canada, il est difficile de considérer résolue une question sociale et juridique dont la Cour suprême n'a pas encore été saisie. Il va sans dire que cette affirmation ne préjuge en rien de la valeur des jugements rendus par les tribunaux d'appel et de première instance des provinces qui se sont déjà prononcés sur la même question, mais repose plutôt sur la difficulté de trouver une réponse claire et de dégager une norme juridique précise lorsque ces derniers rendent des jugements opposés sur des problématiques plutôt similaires. La Cour suprême aura cette année l'occasion de confirmer ou d'infirmer l'arrêt *Falkiner* dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu le statut d'assisté social comme motif analogue de distinction, dans le cadre d'une analyse contextuelle centrée sur les effets parfois disproportionnés d'une règle sur les personnes les plus vulnérables. Il est difficile de prévoir ce que la Cour estimera juste dans les circonstances, mais il est à souhaiter qu'elle saura résister à la tentation de perpétuer certains stéréotypes véhiculés par le discours dominant à l'égard des plus défavorisés et qu'elle ne se limitera pas à une analyse superficielle fondée sur une conception formelle et « pauvre » du droit à l'égalité.

PAUVRETÉ ET DISCRIMINATION*

LUDO HOREMANS

_ TOUT COMMENCE PAR...

Je souhaite entamer ma contribution sur la discrimination par une référence à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948.

L'article 2 stipule :

«Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté».

A l'article 7, on peut lire que :

«Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination».

L'Union européenne (UE) a aussi approuvé la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne le 7 décembre 2000. Dans l'article 21, elle affirme que :

«Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle».

_ «DES DROITS SANS FRONTIÈRES ? »

Les intentions de ces articles sont claires. Néanmoins, on observe de nombreuses lacunes dans la mise en œuvre de ces Droits de l'Homme. Alors que la Déclaration Universelle parle des droits «d'une personne», dans l'Union européenne, il semble que certains de ces droits sont limités à *«tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre»*. Notre travail de terrain avec des personnes victimes de discrimination nous amène à penser que les institutions publiques et les ambitions de l'UE limitent, voire refusent l'accès

* Texte traduit de l'anglais.

à des droits fondamentaux essentiels. Or pour EAPN (réseau européen de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale), il est fondamental de reconnaître qu'une personne a des droits, non seulement en fonction de sa citoyenneté mais aussi de sa nature d'être humain.

_ LA PAUVRETÉ, UNE VIOLATION DES DROITS DE L'HOMME

EAPN estime que la pauvreté est une violation des Droits de l'Homme. Cette idée est de plus en plus défendue par la Communauté des Droits de l'Homme et comprise par le grand public. Il s'agit d'une forte avancée enregistrée par la Communauté des Droits de l'Homme. Cela devrait de plus en plus inciter les pouvoirs publics à accroître leurs efforts pour éliminer la pauvreté. A cet égard, nous devons considérer la pauvreté comme une forme de discrimination, et la lutte contre la pauvreté comme une partie de la lutte contre la discrimination. Nous devons aussi comprendre que ce ne sont pas seulement des individus qui connaissent la pauvreté mais des communautés entières, vivant souvent dans des quartiers urbains défavorisés ou dans des zones rurales isolées. Au nombre des discriminations, on compte : le manque de logements de qualité à prix abordable, les difficultés à trouver un emploi décent, des services de mauvaise qualité (transport, soins de santé qui sont peu abordables et inaccessibles) et des difficultés à bénéficier des services d'utilité publique comme l'électricité, le chauffage et l'eau. Nous devons dès lors aussi nous attaquer aux discriminations vécues par des communautés et pas seulement à celles qui touchent des individus. Nous devons avoir de plus en plus recours aux outils existant en matière de Droits de l'Homme et de lutte contre la discrimination pour combattre la pauvreté et l'exclusion sociale touchant des individus et des communautés entières. Des recours réussis à la procédure de réclamation collective prévue par la Charte sociale du Conseil de l'Europe devraient encourager les ONG luttant contre la pauvreté à chercher à mieux connaître de tels instruments et à les utiliser plus efficacement.

_ LA DISCRIMINATION, CAUSE FRÉQUENTE DE PAUVRETÉ

Il est évident que la pauvreté n'est pas limitée à certaines catégories de personnes. Comme les fondements de notre société sont plus instables, de plus en plus de personnes courent le risque de tomber dans la pauvreté. Néanmoins, parmi les victimes de la pauvreté, on trouve beaucoup de personnes et de communautés qui sont aussi discriminées. Ce phénomène ne se limite pas à des communautés géographiques : des communautés d'intérêt comme les personnes souffrant d'un handicap, les communautés gays et lesbiennes, les minorités ethniques et religieuses sont aussi concernées. Il est vrai également que les femmes, en particulier celles issues de communautés touchées par la pauvreté, sont proportionnellement plus frappées par la pauvreté.

_ LA DISCRIMINATION DES IMMIGRÉS

Comme certaines communautés immigrées sont fortement touchées par la pauvreté et qu'EAPN a été actif dans ce domaine, je souhaite particulièrement attirer l'attention sur la discrimination engendrant la pauvreté parmi les immigrés. Je désire aussi souligner cette réalité parce que malheureusement, certaines évolutions récentes, tant à l'échelle de l'Union européenne que de certains Etats membres, constituent la négation de certains droits fondamentaux des immigrés, des demandeurs d'asile et des

réfugiés politiques ou économiques. Malheureusement, lors de la recherche de solutions appropriées pour intégrer les immigrés, on semble oublier les engagements de respect des droits de l'homme pris par la communauté internationale. Le nombre d'immigrés qui vivent dans la pauvreté au sein des Etats membres de l'UE augmentera dès lors encore. Dans le cadre de son travail, EAPN a identifié les schémas de discrimination ci-dessous qui favorisent l'émergence de la pauvreté.

La discrimination sur le marché de l'emploi

Pour certaines catégories d'immigrés, la distinction faite entre le permis de séjour et de travail constitue un obstacle à l'accès au marché de l'emploi : la plupart des pays appliquent des règles spécifiques qui deviennent de plus en plus strictes. En outre, bon nombre d'immigrés parviennent seulement à trouver des emplois atypiques (travail intérimaire, à temps partiel), mal rémunérés, avec le risque d'être exploités. Ce constat vaut non seulement pour les personnes n'ayant pas la formation et les compétences 'appropriées' mais aussi pour des immigrés hautement qualifiés, en raison de la non-reconnaissance des diplômes. Souvent, la situation est particulièrement difficile pour les femmes : vu leur sexe, leur statut d'immigration, mais aussi la répartition des responsabilités familiales, elles sont souvent condamnées aux emplois les moins bien rémunérés, bien que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme stipule dans son article 23 que : «*Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal*».

Le manque de logements appropriés

Un grand nombre de demandeurs d'asile, de réfugiés et d'immigrés se heurtent à des obstacles juridiques et à la discrimination lors de la recherche d'un logement adéquat et abordable. Ils sont dès lors obligés de se loger dans de mauvaises conditions, ce qui nuit à leur santé. Ils doivent fréquemment se contenter d'un logement de mauvaise qualité sur le marché locatif privé. Habiter dans un quartier défavorisé aggrave aussi l'exclusion sociale et limite les chances de sortir de la pauvreté. Les réfugiés, en particulier, sont confrontés à des problèmes spécifiques, les conditions de vie dans les centres d'accueil pour réfugiés étant mauvaises dans de nombreux pays. Pourtant, s'ils sont obligés de quitter le centre, ils rencontrent davantage de problèmes encore.

Beaucoup d'immigrés vivent dans des logements liés à leur travail. Souvent cette situation est synonyme d'insécurité, de logement de qualité médiocre, de loyer exorbitant, de manque de vie privée et d'une dépendance qui dissuade les intéressés de se plaindre, soit de leur emploi soit de leur logement. A cause de ces problèmes, dans la plupart des pays européens, le risque d'être sans abri est disproportionné chez les personnes immigrées. Leur statut légal peut aussi les empêcher d'avoir accès aux services pour sans abri, ce qui ne fait qu'aggraver le problème.

La difficulté d'accéder aux soins de santé

Vu la relation étroite existant entre la pauvreté et une mauvaise santé, il n'est pas étonnant que les immigrés, les réfugiés et les demandeurs d'asile risquent davantage de souffrir de problèmes de santé. Ceux-ci sont souvent dus à des conditions de travail proches de l'exploitation, à une alimentation de mauvaise qualité, à un logement inapproprié ainsi qu'aux difficultés rencontrées pour recourir à d'autres services. Le statut légal, que la personne immigrée ait des papiers ou non, peut aussi constituer un obstacle formel à l'accès aux soins de santé, même à l'aide médicale urgente. En

Belgique nous connaissons la réglementation de « l'aide médicale urgente pour les étrangers qui séjournent illégalement dans le pays ». Mais dans le cas des sans papiers, à cause de la peur d'être connus des autorités, ce problème devient encore plus grave. A cet égard, si le respect des droits se basait sur le fait d'être une personne et non pas un citoyen (Déclaration Universelle versus Charte de l'Union européenne), cela ferait une grande différence. Par ailleurs, chez beaucoup d'immigrés, les troubles physiques et psychiques résultent au moins en partie des pressions quotidiennes qu'ils subissent : aux yeux de certaines composantes de la société, ils sont 'indésirables', ils sont souvent l'objet d'exploitation et souffrent souvent d'isolement social. En outre, le manque d'information sur les services de santé disponibles et la méconnaissance, par les prestataires de soins de santé, des besoins spécifiques des immigrés, des réfugiés et des demandeurs d'asile et leur manque d'expérience à cet égard, peuvent aggraver davantage encore la situation.

La discrimination liée à (la difficulté d'accéder à) l'éducation

De nombreuses études ont montré l'existence d'un lien entre l'origine sociale, le fait d'émigrer et la réussite scolaire. Les inégalités en matière de parcours scolaire s'observent habituellement dès le début de la scolarité. Elles subsistent sous la forme de difficultés d'accès aux programmes de formation professionnelle. En effet, souvent ceux-ci ne tiennent compte ni des besoins linguistiques ni des connaissances et qualifications antérieures des demandeurs d'asile, des réfugiés et des immigrés. Dans certains pays, on refuse l'accès aux écoles aux enfants sans papiers. Heureusement qu'en Belgique ce droit est assuré. Ces enfants sont souvent défavorisés par des systèmes éducatifs qui ne conviennent ni à leurs compétences ni à leurs besoins. Ceci est à l'origine d'inégalités de résultats et du caractère intergénérationnel de la pauvreté et de l'exclusion. Dans beaucoup de cas par exemple, les structures éducatives sont mal préparées à répondre aux besoins d'enfants dont la langue maternelle n'est pas celle de la population majoritaire.

La difficulté d'accéder aux services sociaux

En général, les immigrés, les demandeurs d'asile et les réfugiés rencontrent davantage de difficultés que les autres catégories sociales pour accéder aux services, et dès lors, faire valoir leurs droits. Il leur est difficile d'avoir accès au logement, à l'enseignement, aux soins de santé mais aussi aux services d'un avocat, à l'aide juridique, aux structures d'accueil des enfants etc. Les causes de ce phénomène vont d'une négation pure et simple des droits à un manque d'informations ou à une méconnaissance de l'existence et du fonctionnement des services sociaux. Ces difficultés peuvent être aggravées par des problèmes de langue et par l'inadéquation des services aux besoins des immigrés, des demandeurs d'asile et des réfugiés. Il faudrait dès lors former le personnel des services sociaux dans ce sens et leur faire prendre conscience des besoins de ces catégories de personnes. En outre, dans beaucoup de pays, les personnes sans papiers n'ont pas du tout accès aux services sociaux ou elles ont peur de se faire connaître des prestataires de services. Vu les législations sur la sécurité intérieure en vigueur dans certains pays, les prestataires de services sont même obligés d'enfreindre la loi pour porter secours aux personnes sans papiers.

_ L'INTERACTION ENTRE PAUVRETÉ ET DISCRIMINATION SUR LE TERRAIN

Les personnes en situation de pauvreté vivent souvent dans des quartiers défavorisés, qui se

caractérisent par des logements de mauvaise qualité, un taux de chômage élevé, une pénurie de services, peu d'infrastructures, l'isolement. Tout ceci rend les conditions de vie difficiles et engendre beaucoup de stress qui s'ajoute à la pauvreté, déjà très stressante en soi.

Dans un contexte si difficile, des immigrants supplémentaires (on observe déjà souvent une grande diversité ethnique dans de telles communautés) viennent s'installer et essaient de trouver leur place. Les personnes en situation de pauvreté qui vivent déjà dans ces communautés et les nouveaux venus sont confrontés à la nécessité :

- de trouver la sécurité dans un environnement changeant,
- d'interagir avec d'autres cultures, d'autres habitudes et d'autres valeurs,
- de trouver des ressources dans un contexte de privation, de manque d'infrastructures et de services.

Il n'est dès lors pas étonnant que cela engendre des tensions au sein des communautés et renforce l'isolement des dites communautés. Dans de tels cas, il est difficile mais pourtant nécessaire de s'attaquer au véritable «ennemi». Ce sont l'absence de politiques sociales universelles et de qualité ainsi que l'échec des politiques d'intégration qui provoquent les tensions. Il convient dès lors de résoudre ces problèmes au lieu de blâmer les communautés et leurs membres ou les nouveaux arrivants. Mais ceci est toutefois plus facile à dire qu'à faire. Cela prouve combien il est nécessaire d'investir dans le renforcement des infrastructures communautaires pour mener à bien cette tâche essentielle. Il est nécessaire de faire naître un sentiment de solidarité entre, d'une part, toutes les personnes en situation de pauvreté au sein de telles communautés et, d'autre part, ces communautés et la société au sens large. Des politiques sociales universelles de qualité et des politiques fortes et efficaces de lutte contre les discriminations et d'inclusion sont nécessaires. De telles politiques permettent en effet d'améliorer les conditions de vie pour tous. En outre, c'est ainsi que la société peut effectivement faire preuve de solidarité.

LA NÉCESSAIRE INTÉGRATION DES POLITIQUES DE LUTTE CONTRE LA PAUVRETÉ ET DE LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION

La situation décrite ci-dessus indique clairement qu'il est nécessaire de renforcer le lien entre les politiques destinées à combattre les discriminations et celles destinées à lutter contre la pauvreté. L'analyse d'EAPN montre toutefois que la stratégie d'inclusion de l'Union européenne (la méthode ouverte de coordination) ne fait pas suffisamment le lien entre les deux. Les plans d'action nationaux d'inclusion sociale conçus dans le cadre de ces stratégies ne s'intéressent comparativement pas assez à la prévention de la pauvreté et la lutte contre celle-ci parmi les catégories de personnes touchées par les discriminations, immigrants y compris. Ceci est particulièrement clair dans le cas des sans papiers et des demandeurs d'asile: la plupart des plans nationaux ne prévoient pas de stratégies ni de mesures adéquates. En outre, certains pays ont même réduit les prestations d'aide sociale pour les immigrants.

Toutefois il est vrai que par ailleurs, des pas ont été faits au sein de la stratégie d'inclusion, vers la reconnaissance de la nécessité d'intégrer les stratégies de lutte contre les discriminations et contre la pauvreté. Le rapport conjoint sur l'inclusion sociale de 2004 qui évaluait les PANs inclusion sociale de l'Union européenne concluait que la situation spécifique des immigrants (et des minorités ethniques)

en situation de pauvreté et l'exclusion exigeaient «davantage d'efforts et une analyse plus poussée». Bien que certains progrès aient été enregistrés, la Commission européenne soulignait, dans son rapport sur la mise en œuvre des PANs inclusion en 2005, le manque d'objectifs spécifiques dans la majorité des PANs. Elle faisait remarquer qu'alors que l'accent était davantage mis sur l'intégration des immigrés, les pays ne consentaient pas assez d'efforts pour s'attaquer «aux comportements, aux attitudes et aux pratiques potentiellement discriminatoires de la part de la population majoritaire, qui hypothèquent les possibilités de bénéficier d'un traitement équitable». Il est important de progresser dans cette voie au cours de la prochaine phase de la stratégie d'inclusion.

En ce qui concerne l'intégration de la lutte contre la pauvreté dans les stratégies antidiscrimination, il est probablement vrai que le défi est plus grand encore : il est difficile de trouver ne serait-ce qu'une référence à cette exigence dans les textes institutionnels traitant de la lutte contre les discriminations. Cela se remarque aussi aux difficultés rencontrées pour faire reconnaître «l'origine sociale» comme un motif de discrimination à reconnaître et à combattre. Les difficultés vécues par les associations de lutte contre la pauvreté pour obtenir que la lutte contre la pauvreté soit clairement abordée dans des rapports sur les droits de l'homme et soit par exemple au cœur du travail d'une agence de l'UE sur les droits de l'homme en attestent aussi. Du chemin reste à faire pour passer d'une reconnaissance de principe de la pauvreté en tant que violation des droits de l'homme à une inclusion de la lutte contre la pauvreté dans les agendas relatifs à la lutte contre la discrimination et les droits de l'homme. Pour ce faire, nous devons nous pencher davantage sur les discriminations subies par les personnes en situation de pauvreté en raison de leur pauvreté même.

– L'INITIATIVE PRISE PAR L'UNION EUROPÉENNE POUR LUTTER CONTRE LES DISCRIMINATIONS

Vu ces réalités et la nécessité de veiller à l'application de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, EAPN, d'autres ONG du secteur social ainsi que des syndicats et d'autres mouvements progressistes applaudissent à l'intention de la Commission européenne de renforcer sa législation en matière de discrimination comme cela a été annoncé dans le récent «paquet social». Dans l'esprit des bonnes pratiques internationales en matière de combat en faveur des droits de l'homme, une telle directive devrait impliquer toutes les catégories victimes de discrimination. EAPN recommande à la Commission européenne de ne pas établir de hiérarchie entre les groupes ou les critères à protéger. EAPN reconnaît qu'il faut promouvoir la protection des critères identifiés à l'article 21 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE (sexe, race ou origine ethnique, conviction religieuse ou philosophique, handicap, âge ou orientation sexuelle). Il appelle néanmoins aussi à des évolutions : il faudrait continuer à étudier comment un critère tel que «l'origine sociale» peut être mieux protégé via le recours à une législation antidiscrimination.

EAPN s'est engagé à essayer de mieux articuler la lutte contre les discriminations et celle contre la pauvreté. A cet égard, il espère pouvoir s'inspirer des actions de ses collègues membres d'ONG de lutte contre les discriminations et du travail fait sur le terrain des droits de l'homme. Plus important encore, il espère arriver à éliminer les discriminations et à défendre les droits de l'homme via une meilleure coordination des mesures locales, régionales, nationales, européennes et internationales de lutte contre la pauvreté.

LE DROIT AU LOGEMENT OPPOSABLE : UNE RÉFORME PORTEUSE DE FORTES IMPLICATIONS POUR L'ACTION PUBLIQUE

BERNARD LACHARME

_ UN DROIT AU LOGEMENT PROCLAMÉ DE LONGUE DATE, MAIS DésORMAIS GARANTI PAR DES VOIES DE RECOURS

La loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable n'a pas introduit en France un droit nouveau. Le droit au logement figurait déjà de façon implicite dans la Constitution, qui affirme que tout citoyen a droit à des conditions normales d'existence. Il était explicitement mentionné dans des traités internationaux signés par la France tels que le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1966. Il avait été affirmé par le législateur à plusieurs reprises depuis 1982, et en particulier dans la loi « Besson¹ » du 31 mai 1990 qui a organisé dans chaque département l'action en faveur du logement des personnes défavorisées. L'article 1^{er} de la loi dite « DALO » (droit au logement opposable) a d'ailleurs repris la définition de la loi Besson, qui fait du droit au logement un droit pour toute personne en difficulté : ce n'est pas un droit lié à des conditions particulières de ressources ou de statut, c'est un droit pour tous, mais qui nécessite des mesures adaptées pour que les plus pauvres puissent y accéder.

Ce qui est nouveau, c'est que le droit au logement est désormais opposable. Cela signifie que sa mise en œuvre effective est garantie au citoyen en difficulté. La loi a désigné un responsable vers qui il peut se tourner, l'Etat, et elle a prévu qu'en cas de défaillance de ce dernier, le citoyen pourra s'adresser à la justice. La loi a fixé trois échéances pour l'ouverture de ces voies de recours.

Dès le 1^{er} janvier 2008, un recours amiable devait se mettre en place dans chacun des 100 départements de France. Cela nécessitait l'installation d'une commission de médiation composée de représentants de l'Etat, des collectivités locales, des bailleurs et des associations. La commission de médiation peut être saisie par 3 catégories de demandeurs :

- ceux qui ont fait une demande de logement social depuis un délai considéré comme anormalement long au regard du contexte local ;
- ceux dont la demande est plus récente mais qui se trouvent dépourvus de logement, hébergés, menacés d'expulsion, vivant dans des locaux insalubres ou impropres à l'habitation, ou, si le

¹ Du nom de Louis Besson alors ministre du logement.

ménage comporte un enfant mineur ou une personne handicapée, logés dans des logements sur-occupés ou indécents ;

- ceux qui demandent à être accueillis dans un centre d'hébergement ou une autre structure adaptée.

La commission apprécie la bonne foi du demandeur : il ne s'agit pas de donner un droit au logement à des personnes qui délibérément refuseraient de payer un loyer, ou n'auraient pas effectué préalablement les démarches de base pour obtenir un logement. Mais dès lors que la commission constate que la personne est de bonne foi et entre dans l'une des conditions prévue par la loi, elle la désigne comme prioritaire et demande au préfet de la reloger en urgence en usant de ses droits de réservation auprès des bailleurs sociaux. Des délais maximum ont été fixés : en règle générale 3 mois pour la décision de la commission puis 3 mois pour sa mise en œuvre, ces délais étant doublés dans les départements les plus peuplés. Les délais sont cependant de 6 semaines partout pour les demandeurs d'hébergement.

La deuxième échéance du calendrier du « DALO » est fixée au 1^{er} décembre 2008. A cette date, un recours contentieux sera ouvert pour les demandeurs qui sont dans les situations les plus critiques, c'est-à-dire les demandeurs de logement qui sont autorisés à faire recours amiable sans condition de délai et les demandeurs d'hébergement. Le recours contentieux leur permettra, s'ils ont été désignés comme prioritaires par la commission de médiation et n'ont pas obtenu d'offre de relogement adaptée à leur situation dans le délai réglementaire, de saisir le juge. Celui-ci, s'il constate les faits, fera injonction au préfet de loger. Il pourra assortir sa décision d'une astreinte, versée par l'Etat à un fonds contribuant au financement du logement social.

La troisième échéance, fixée au 1^{er} janvier 2012, sera celle de l'ouverture du recours contentieux aux demandeurs dont le recours est uniquement basé sur l'ancienneté de leur demande de logement social. Pour que cette dernière étape ait du sens, il faudra qu'on ait suffisamment produit de logement abordable pour que le délai « anormalement long » puisse être fixé à un niveau raisonnable². L'enjeu de cette étape est de veiller à ce que la priorité accordée aux personnes qui vivent les conditions les plus dramatiques de logement ne s'exerce pas au détriment des autres demandeurs légitimes de logements sociaux : le DALO doit avoir un impact bénéfique pour tous ceux qui, à des degrés divers, rencontrent des difficultés de logement.

_ POURQUOI IL FALLAIT RENDRE LE DROIT AU LOGEMENT OPPOSABLE

Le droit au logement opposable était proposé avec constance par le Haut comité pour le logement des personnes défavorisées depuis son 8^e rapport, remis au Président de la République en décembre 2002. A l'origine de la proposition, il y avait bien sur le fait qu'il n'est pas acceptable qu'un droit aussi fondamental ne soit pas respecté. A quoi servent les proclamations officielles et les lois si elles ne se traduisent pas par des effets concrets pour le citoyen. Mais il y avait aussi

² Il varie aujourd'hui selon les départements de 6 mois (Aube) à 10 ans (Paris).

une analyse des raisons de cet échec du droit au logement qui nous conduisait à penser que l'on ne parviendrait pas à l'appliquer sans le rendre opposable.

La loi Besson avait institué des plans départementaux d'action pour le logement des personnes défavorisées, arrêtés conjointement par l'Etat et le Département. Pour l'essentiel, les outils de ces plans sont des dispositifs sociaux ciblés sur les publics éprouvant des difficultés sociales particulières : aides financières exceptionnelles, accompagnement social ; la production de logements sociaux n'y figure pas, sauf lorsqu'il s'agit de logements répondant à des besoins spécifiques. Ces dispositifs sont indispensables, ils fonctionnent, mais ils sont impuissants face à la montée des loyers de marché et à la faiblesse de la production de logements locatifs sociaux. Ce n'est pas uniquement dans les politiques sociales et à travers des outils spécifiques que le droit au logement doit être pris en considération, c'est aussi dans des politiques d'urbanisme, d'aménagement, d'action foncière. Or celles-ci ne sont pilotées ni par l'Etat ni par les départements, elles relèvent des communes et de leurs groupements.

L'organisation institutionnelle française est complexe. La puissance publique s'y décline en 5 niveaux de responsabilité : Etat, régions, départements, intercommunalités et communes. Les compétences respectives de chacun sont supposées définies par la loi mais dans la pratique, on constate par exemple qu'on ne parvient pas à construire du logement social sans que s'ajoutent au financement de l'Etat des aides volontaires de la commune concernée, du département et souvent aussi de la région. Nous avons 36 000 communes et chacune d'entre elles décide de ce que l'on pourra ou non construire sur son territoire. Certaines pratiquent ce que le Haut comité a appelé le « protectionnisme communal », attitude consistant à protéger son territoire de l'arrivée de logements sociaux, dont l'utilité n'est pas contestée mais que l'on préfère sur le territoire de la commune voisine.

Le droit au logement tel qu'il était défini avant la loi DALO constituait « un objectif pour l'ensemble de la société ». Impliquant tout le monde, il n'obligeait personne. Objectif proclamé, il entrait en concurrence avec d'autres objectifs des politiques publiques, qu'il s'agisse de politiques urbaines locales (ne pas étendre la ville, ne pas la densifier...) ou de la politique budgétaire nationale (diminuer la dépense publique).

A titre d'exemple de la situation d'impuissance collective, le schéma directeur arrêté en Ile de France en 1990 prévoyait la construction de 53 000 logements par an. Il ne s'en est construit que 43 000 et l'on continue à constater que les réalisations ne suivent pas l'objectif affiché. La puissance publique s'est donné les moyens de fixer des objectifs, mais pas d'imposer les arbitrages nécessaires pour les atteindre. Les conséquences concernent tout le monde : la part des dépenses de logement dans le budget des ménages est passée de 14% au début des années quatre-vingts à 22%. Mais ce sont les ménages les plus fragiles qui sont le plus durement touchés.

Rendre le droit au logement opposable, c'est reprendre la question dans le bon ordre : ce n'est plus le droit au logement qui est la conséquence espérée des décisions de la puissance publique,

ce sont les décisions de la puissance publique qui doivent découler du droit au logement. Si le législateur affirme un droit à un logement décent, c'est qu'il considère à la fois que la cohésion sociale l'exige et que la richesse du pays permet de l'assurer. Les choix qui en résultent doivent être opérés : la reconnaissance d'un droit entraîne une obligation de résultat.

UNE RÉFORME DIFFICILE À OBTENIR EN RAISON DE SON EXIGENCE POUR LA PUISSANCE PUBLIQUE

Il est utile de revenir sur la façon dont la proposition d'un droit au logement opposable a fait son chemin, car les résistances rencontrées avant la décision et les conditions dans lesquelles celle-ci a été prise éclairent les difficultés que rencontre aujourd'hui son application.

L'opposabilité du droit au logement n'est pas une réforme anodine. Elle a des implications importantes pour la puissance publique dans deux domaines :

- L'organisation de la responsabilité entre l'Etat et les différentes collectivités territoriales.
La dernière loi de décentralisation³ a malheureusement confirmé la tendance du Parlement, composé en majorité d'élus locaux, à distribuer les compétences abandonnées par l'Etat sans toujours favoriser la construction de la cohérence de l'action territoriale.
- Les moyens budgétaires.
La réalisation des logements sociaux qui manquent, l'amélioration de la solvabilité des locataires, la lutte contre l'habitat indigne, la prévention des expulsions, l'adaptation qualitative et quantitative du dispositif d'hébergement social, demandent un renforcement des moyens. Sans doute serait-il logique que l'Etat l'assume, au nom de la solidarité nationale, mais il a au contraire réduit son effort au cours des dernières années.

L'objectif d'un droit au logement opposable n'a guère été contesté. Dès le début de l'année 2004, il était reconnu comme une perspective de l'action gouvernementale. Cependant le Gouvernement considérait qu'il fallait d'abord construire les logements qui manquaient et que ce ne serait que lorsque l'offre serait suffisante que l'on pourrait rendre le droit au logement opposable. Le Haut comité argumentait au contraire qu'il fallait inscrire l'obligation de résultat dans la loi pour que les arbitrages favorables à la production des logements nécessaires soient rendus. Nous ne proposons pas que le citoyen puisse faire recours de façon immédiate, mais nous demandons que la responsabilité soit définie et que l'ouverture du recours se fasse d'une façon programmée, dans un calendrier fixé.

L'idée a été régulièrement approfondie et réaffirmée par le Haut comité au fil de ses rapports et de ses avis. Elle a très vite été relayée par les associations, lassées de s'épuiser à déployer toujours plus d'énergie pour se heurter à des difficultés toujours plus grandes. Elles constituèrent dès

3 LOI n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

2003 une « plateforme pour un droit au logement opposable » qui se livra à un lobbying efficace, s'appuyant sur les travaux du Haut comité.

C'est leur action militante qui finit par emporter la décision, annoncée par le Président de la République, Jacques Chirac, lors de ses derniers vœux aux français dans la soirée du 31 décembre 2006. Dans un contexte de campagne électorale présidentielle, le mouvement associatif uni derrière l'installation de tentes rouges par l'association des Enfants de Don Quichotte le long du canal Saint Martin pour abriter les sans-abri avait obtenu que le droit au logement opposable soit enfin mis à l'ordre du jour du Parlement.

La loi instituant le droit au logement opposable a été élaborée, débattue et adoptée dans l'urgence : annoncée le 3 janvier par le Premier Ministre alors que le texte n'était pas encore rédigé, présentée en Conseil des ministres le 17 janvier, définitivement votée le 22 février, dernier jour de la législature, et promulguée le 5 mars. On était loin du schéma proposé dans les rapports du Haut comité, qui prévoyait une phase de concertation nationale entre l'Etat, les collectivités territoriales et les principaux acteurs avant l'élaboration de la loi, puis une concertation locale sur les moyens à mettre en œuvre, territoire par territoire.

Dans un précédent rapport, le Haut comité avait affirmé que rendre le droit au logement opposable nécessitait de réunir 3 conditions :

- désigner une autorité responsable,
- ouvrir des voies de recours, amiables et contentieuses, au citoyen,
- doter l'autorité responsable des moyens d'agir.

La loi DALO répondait clairement aux deux premières conditions : l'Etat était désigné comme responsable et un calendrier encadrait l'ouverture des voies de recours. Restait la 3^e condition : le but étant d'obtenir que les personnes en difficulté soient logées, et non de faire condamner l'Etat, comment celui-ci pourra-t-il faire appliquer un droit dont la mise en œuvre passe par l'exercice de compétences détenues par des collectivités territoriales ? A côté de la responsabilité de l'Etat, ne convient-il pas d'organiser une responsabilité de deuxième ligne pour ces collectivités ? Et quels moyens budgétaires va-t-on se donner ?

Malgré ses limites, la loi constituait incontestablement une avancée historique pour le logement des personnes défavorisées. Elle créait une obligation de résultat sur laquelle on ne pourrait pas revenir. C'est pourquoi le Haut comité, dans son avis rendu en janvier 2007, approuva le projet de loi DALO, tout en déclarant qu'une deuxième loi serait nécessaire, après concertation. Il obtint la création d'un comité de suivi, rassemblant les représentants de tous les acteurs (collectivités locales, bailleurs sociaux et privés, associations..) autour du Haut comité pour le logement des personnes défavorisées et de son Président. Ce comité a remis dès le 1^{er} octobre 2007 au nouveau Président de la République des propositions, et il vient de rendre, en octobre 2008, son deuxième rapport.

_ ENCORE SOUS-UTILISÉ, LE RECOURS DALO AGIT COMME UN RÉVÉLATEUR

Les commissions de médiation ont effectivement été mises en place à l'heure dite, en janvier 2008. Elles avaient été saisies de 40 000 demandes au 31 août. On s'aperçoit cependant qu'il ne suffit pas de créer une procédure de recours pour que celle-ci soit effectivement accessible à tous ceux qui en ont besoin. Il faut qu'ils soient informés : la loi donne à l'Etat obligation d'organiser l'information dans chaque département, mais celui-ci marque peu d'empressement à mener des actions qui conduiront à accroître le nombre des recours... Il faut que les demandeurs puissent être conseillés et accompagnés dans leur démarche car un recours DALO n'est pas une demande de logement social : le requérant doit expliciter ses difficultés, montrer qu'il a fait les démarches normales, le cas échéant justifier de sa bonne foi. Les travailleurs sociaux sont encore peu informés du DALO et ils ne sont pas formés à ce travail d'accompagnement. Les associations ont commencé à s'y investir mais n'ont pas toujours les moyens d'aller au-devant de tous ceux qui auraient besoin de faire recours.

Beaucoup reste donc à faire. Pour autant il convient de souligner qu'on est entré véritablement dans le droit : au lieu de rester sans réponse à sa demande de logement pendant parfois des années, une personne non logée ou mal-logée peut aujourd'hui obtenir une décision. Si la décision est favorable et n'est pas appliquée, elle pourra à partir du 1^{er} décembre se tourner vers la justice. Mais si la décision n'est pas favorable, elle peut dès aujourd'hui la contester devant le juge. Il y a là un changement culturel porteur de remises en cause, y compris pour le secteur associatif qui voit parfois les commissions désigner des personnes pour être accueillies prioritairement dans ses structures d'hébergement. On s'était habitué à sélectionner les priorités à l'entrée de certains centres d'hébergement comme à celle des logements sociaux, et parfois à hiérarchiser des urgences dont aucune ne devrait, décemment, être différée. On s'était habitué à trouver normal de faire patienter des années sur des listes d'attente des personnes vivant dans des conditions totalement indignes d'insalubrité, de danger, de sur-occupation, de promiscuité, etc..

Ce que révèle également l'ouverture des recours, c'est la grande inégalité entre les territoires. Les 2/3 des recours concernent l'Île de France. La Côte d'azur se trouve également en situation critique, avec de très nombreux recours et une offre disponible très insuffisante. On sait que les départements d'outre-mer vont se trouver également en grande difficulté compte-tenu du manque de logements et du poids de l'habitat insalubre. Viennent ensuite une dizaine de départements comportant de grandes agglomérations (Lyon, Nantes, Lille, Bordeaux, Toulouse...) où la situation est tendue. A contrario, dans trois départements sur quatre, on a enregistré moins de 25 recours par mois. Dans ces départements « détendus », le DALO intervient comme une garantie ultime de la mise en œuvre du droit au logement. Il doit conduire à une optimisation des outils mais l'Etat est en situation d'honorer sans difficulté son obligation. Il n'en va pas de même pour les départements en tension et, a fortiori, pour ceux qui sont en situation critique et le comité de suivi pointe la nécessité de définir les moyens budgétaires et politiques qui permettront, sur ces territoires, d'éviter à l'Etat la condamnation.

On ne découvre évidemment pas ces différences territoriales, mais le DALO fait qu'aujourd'hui

on ne peut plus ne pas les prendre en compte. La France, très attachée au principe de l'égalité républicaine, a tendance à traiter avec les mêmes règles, les mêmes outils et les mêmes aides l'ensemble de son territoire. Aujourd'hui il est attesté que si l'on veut appliquer un droit qui soit le même pour tous, depuis les plus petites communes de Lozère jusqu'à Paris en passant par les départements d'outre-mer, il faudra prendre en compte la diversité de ces territoires. Les objectifs nationaux de construction de logements sociaux n'ont de sens que s'ils sont l'addition d'objectifs définis localement, à partir des besoins identifiés dans chaque département.

UNE LOI DONT TOUTES LES CONSÉQUENCES N'ONT PAS ENCORE ÉTÉ TIRÉES

Le comité de suivi de la mise en œuvre du droit au logement opposable vient de rendre son 2^e rapport dans un contexte marqué par l'examen au Parlement d'un nouveau projet de loi sur le logement, qui ne répond que très partiellement aux questions soulevées en matière de gouvernance⁴, et par un projet de budget 2009 qui opère une diminution des financements destinés au logement social et à l'hébergement. A l'évidence, les conséquences du DALO n'ont pas encore été pleinement tirées par le Gouvernement.

Les acteurs du logement et de l'insertion ont le sentiment que les décisions sont prises sans anticipation des échéances fixées par la loi DALO. Dès octobre 2007 le comité de suivi demandait que l'on mobilise des moyens supplémentaires, notamment en matière de traitement de l'habitat indigne, de prévention des expulsions ou de conventionnement de logements privés, pour pouvoir respecter l'échéance du 1^{er} décembre 2008 sur l'ensemble du territoire. Le comité préconisait des mesures d'urgence pour accroître fortement la production de logements sociaux afin de tenir l'échéance de 2012 : entre la décision de lancer un programme de logements et sa livraison, il s'écoule au moins 3 ans. Le 2^e rapport du comité de suivi réaffirme la nécessité de telles mesures et son titre – « Assumer l'obligation de résultat sur l'ensemble du territoire » –, exprime une interpellation forte de l'Etat.

La loi du 5 mars 2007 n'est pas un aboutissement, elle est le point de départ d'une réforme que nous aurions souhaitée plus rapidement assumée, mais qui le sera nécessairement. On n'imagine pas un retour en arrière sur ce qui a été inscrit dans la loi, et qui n'est rien d'autre que le principe de responsabilité dans la mise en œuvre d'un droit fondamental. On n'imagine pas non plus l'Etat se résigner à être régulièrement condamné par les tribunaux, et finalement contraint par le juge à verser sous forme d'astreinte les sommes qu'il n'a pas voulu inscrire à son budget. En posant la responsabilité juridique de l'Etat, le législateur a aussi posé une responsabilité politique : celle du Gouvernement.

C'est pourquoi même si, dans certains départements, l'accouchement du droit au logement opposable se fait dans la douleur, nous n'avons pas d'inquiétude sur la vitalité du bébé. Le DALO produit et va continuer à produire ses effets. Associations et travailleurs sociaux comprennent

4 Dans la version soumise par le Gouvernement, mais nous espérons que le débat parlementaire apporte des avancées intéressantes.

que la procédure du recours est à la fois le moyen de débloquent des situations individuelles et un levier pour amener la puissance publique à placer le droit au logement au cœur de ses décisions. Ils feront en sorte que la procédure soit utilisée chaque fois que nécessaire.

Et quand le droit au logement sera pleinement assumé, on s'apercevra qu'il ne produit pas seulement des effets positifs pour les plus pauvres ou les plus fragiles, mais pour l'ensemble de la population de nos villes car il va conduire la puissance publique à organiser la cohérence de son action, à définir et mettre en œuvre, au plus près des bassins d'habitat, des politiques basées sur la réalité des besoins, de tous les besoins.