

Mickael Balandier -Docteur en droit

## L'accueil du jeune enfant handicapé dans la dynamique juridique contemporaine

Intervention à la Journée d'études organisée par l'I.R.T.S. de Franche-Comté  
le 12 mars 2011 sur le thème *L'accueil du jeune enfant en situation de handicap*

I – L'application pleine du principe d'égalité

§1 – *Le choix de l'égalité contre la tentation de l'équité*

§2 – *Égalité, handicap et petite enfance*

II - L'obligation d'accueil du jeune enfant handicapé

§1 – *La discrimination fondée sur le handicap*

§2 – *Les responsabilités en jeu*

Je désire débiter mon propos par un constat, celui que le sujet qui nous réunit aujourd'hui n'aurait sans doute pas reçu le même contenu il y a seulement une génération. En effet, si la question de l'accueil des enfants handicapés en structure n'est pas neuve, ce sont les modalités de cet accueil qui trouvent de nos jours une réponse, quasiment instinctuelle mais en réalité éminemment culturelle, nouvelle : il s'agit désormais dans nos esprits d'homo sapiens sapiens du XXI<sup>ème</sup> siècle de déterminer les possibilités d'un accueil en structure classique, quand le XX<sup>ème</sup> siècle avait surtout pensé l'accueil en structures spécialisées, dont la litanie des sigles nous est familière : I.M.E. <sup>1</sup>, I.E.M. <sup>2</sup>, I.P.E.A.P. <sup>3</sup>, I.T.E.P. <sup>4</sup>, etc.

Quelle évolution s'est alors produite pour que les termes de nos questionnements soient renouvelés ?

Elle est en premier lieu individuelle, dans l'image que nous percevons de cette réalité du handicap qui affecte certains d'entre nous et dans les évocations intimes qu'elle provoque : peur, soulagement (de ne pas être – ou ne pas se savoir – handicapé), malaise et mal à l'aise...

Elle est également sociale et peut être appréhendée à l'aune du sort réservé aux personnes handicapées : sans remonter trop loin dans l'histoire, il est possible de relever que la création, en 1656, des hôpitaux généraux (la Salpêtrière à Paris) répondait « *au double impératif équivoque de réprimer et d'assister. (...) D'une certaine valorisation mystique de la pauvreté et des infirmes en général, au Moyen-Âge, on passe à la répression de ces derniers* » <sup>5</sup>, les peurs, y compris de nature économique, ayant pris le dessus. Le courant aliéniste prédominera jusqu'à l'avènement de la République, dans la décennie 1880.

Mais même lorsque l'on se replonge à la charnière du XIX<sup>ème</sup> et du XX<sup>ème</sup> siècle, ce sont des dénominations qui seraient aujourd'hui inconvenantes qui servent à désigner les personnes handicapées : « *arriérés* », « *faibles d'esprit* », « *idiots* » ou encore « *incurables* » et « *inéducatibles* » <sup>6</sup>, sans du reste que la distinction entre handicap mental et handicap physique ressorte nettement de l'usage de ces termes. L'anormal, au sens statistique du terme, celui qui n'est pas aux catégories principales, devient un anormal moral, voire un a-moral, jugé, abaissé, stigmatisé.

Concernant les enfants, la loi même sur l'obligation scolaire, en 1882, n'aborde, en creux, que la question des enfants normaux, dans un sens double : ceux qui sont dans la norme statistique et ceux qu'ils convient de normaliser, dans une République naissante qu'il faut protéger contre le risque de restauration de la royauté. Normaliser : voilà bien l'un des rôles de l'Instituteur, Hussard noir de la République, qui doit créer à cette époque les conditions de la pérennisation de la nouvelle forme de régime en arrachant la conscience des enfants à la mainmise du curé... L'on retrouve ici la polysémie cohérente du mot "instituer" : mettre sur pied, former et instruire. Le temps n'est pas à l'intégration des enfants handicapés et leur sort demeure finalement appréhendé en des termes classiques d'assistance et d'assignation à des places qui ne font pas danger, faute de pouvoir les éduquer à la norme républicaine. Cette remarque ne doit cependant pas jeter l'opprobre sur l'École de la République, en la jugeant à l'aune de notre morale et nos valeurs actuelles : ce serait là un anachronisme qui ferait trop simplement l'économie des problématiques propres à l'époque considérée.

Sans oublier les apports de la philanthropie religieuse et laïque non plus que les efforts des familles et amis d'enfants inadaptés, apports que d'autres seraient mieux placés que moi pour retracer, c'est peut-être la deuxième guerre mondiale qui a forcé la conscience sociale à modifier son regard sur les personnes handicapées. En effet, le nazisme a interrogé les sociétés belligérantes par sa tentative de définition de ce qu'était l'Homme, en tant qu'opposé à de prétendus sous-hommes : les juifs bien sûr, mais aussi les tsiganes, les homosexuels... et les personnes handicapées ! La victoire des Alliés mit un terme à cette réalité funeste et lors de la reconstruction juridique tant des États vaincus que de la France, un principe a été proclamé qui nous intéresse particulièrement : celui de la dignité de la personne humaine.

Ainsi la Constitution italienne dispose-t-elle en son article 3 que « *Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales* ». La Loi fondamentale allemande de 1949 dispose quant à elle dès son article premier que « (1) *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. – (2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde (...)* ». Enfin la Déclaration universelle des droits de l'Homme <sup>7</sup> affirme en 1948 que « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* »<sup>8</sup>.

En France, l'affirmation par le Conseil constitutionnel que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* », donc l'affirmation de sa valeur juridique au plus haut rang normatif, remonte à l'examen par la Haute juridiction des premières lois dites lois bioéthiques <sup>9</sup>. Le fondement textuel de cette affirmation est la première phrase du Préambule de la Constitution de 1946, qui a conservé valeur constitutionnelle sous l'empire de notre actuelle Constitution, la Constitution de 1958. Aux termes de cette première phrase, « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ». Le Conseil constitutionnel n'opère en définitive qu'une lecture inversée des mots « *asservir* », au sens de servage, et « *dégrader* », pour en tirer les implications positives. Le principe de la dignité de la personne humaine était bien en gestation dans le contrat social depuis 1946 au moins, et les sages de l'aile Montpensier du Palais-Royal ne font, en 1994, que l'"accoucher", pour reprendre au doyen VEDEL <sup>10</sup> une image qui indique bien qu'ils n'en sont pas les inventeurs.

Il serait possible de discuter la tardiveté de cette affirmation française ou bien encore les effets juridiques pervers que telle ou telle utilisation du principe de dignité ont pu faire craindre, mais ce n'est pas le débat d'aujourd'hui. Au crédit de cette inscription dans le corpus constitutionnel, il faut reconnaître l'obligation qui a été faite de revisiter les législations qui s'intéressent de près à la personne humaine à l'aune de la dignité. Il y a un avant 1994 et un après, ou peut-être plus exactement l'année 1994 constitue-t-elle le moment de bascule dans une évolution sociale et juridique qui avait déjà été jalonnée par deux lois de 1975 : la loi n° 75-535 du 30 juin 1975

relative aux institutions sociales et médico-sociales et la loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées. Ces lois s'inséraient d'ailleurs dans un mouvement plus général qui avait conduit en particulier à l'émancipation civile des femmes ! En 1975, le paradigme concernant les personnes handicapées – l'expression apparaît dans la norme juridique à cette occasion – change et c'est désormais d'une obligation d'intégration dans la société qu'il est question.

Eh bien, il semble qu'à une génération de distance, la première décennie du troisième millénaire ait rejoué une évolution comparable par son importance, avec la loi n° 2002-2 rénovant l'action sociale et médico-sociale – à côté de laquelle il convient de mentionner la loi n° 2002-303 sur les droits des malades et la qualité du système de santé – et la désormais bien connue loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Je fais ici une remarque incidente : l'intitulé même de la loi me conduit à utiliser les termes de "personnes handicapées", "adultes handicapés" ou encore "enfants handicapés", à l'exclusion de toute autre expression <sup>11</sup>. Mais revenons à ces lois, dont il faut relever qu'elles s'insèrent, comme dans la décennie soixante-dix, dans un mouvement législatif plus ample qui a par exemple modifié le statut de l'enfant dans les procédures juridictionnelles, affirmant son droit à être assisté et entendu.

Après l'assistance et l'intégration, un nouveau fondement de l'action à l'égard des personnes handicapées, enfants et adultes, fait son apparition en droit : celui de la compensation, qui entend œuvrer dans le sens de l'égalité des droits et des chances. Je vous propose ainsi dans une première partie de tenter de cerner les contours du principe juridique d'égalité (I), avant d'aborder réciproquement, dans une deuxième partie, les législations interdisant les discriminations (II).

## I – L'application pleine du principe d'égalité

Le principe d'égalité est un principe de valeur constitutionnelle qui découle tant de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen que du Préambule de la Constitution de 1946 ou du texte même de la Constitution de 1958. Aux termes de l'article II de la Déclaration des droits de l'Homme, « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». Relevons d'abord que la norme constitutionnelle n'établit pas un égalitarisme de fait, qui nous conduirait dans un système politique et social tout autre que la République. Il est alors possible de tenter de confronter le principe d'égalité et l'esprit de la loi n° 2005-102 (§1) avant d'analyser les implications que ladite loi en a tirées jusque dans le secteur de la petite enfance (§2).

### ***§1 – Le choix de l'égalité contre la tentation de l'équité***

Selon des jurisprudences constantes et convergentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que les pouvoirs publics règlent de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'ils dérogent à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit. Cette formulation négative (ne s'oppose ni à ce que..) traduit la réticence historique du juge français à prononcer des injonctions à l'égard des pouvoirs publics, tant il ne se reconnaît pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature qu'eux, dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs. On peut néanmoins regretter que l'impératif de traiter de façon différente des situations différentes, dès lors que la différence de situation est en rapport direct et fondamental avec l'objet de la norme en cause, n'ait pas trouvé une formulation plus solennelle, par exemple sous la forme d'un objectif de valeur constitutionnelle : ce serait admettre que parfois, l'inégalité la plus flagrante est de traiter de manière identique des situations différentes <sup>12</sup>.

Ainsi et suivant Niklas LUHMANN, le principe juridique d'égalité n'exprime donc « *pas une réalité de la "nature" (tous les humains sont égaux) ni une valeur à réaliser (tous les humains doivent être traités également), mais un principe d'indifférence et de spécification des fondements : toutes les différences peuvent et doivent être ignorées à l'exception de celles qui, dans une relation spécifique à une fonction, peuvent se justifier et faire sens* » <sup>13</sup>.

Le principe d'égalité n'est d'une part pas un principe d'identité et par ailleurs il n'est pas absolu et est susceptible de connaître des aménagements, des limitations, des dérogations, pour des raisons d'intérêt général : conciliation avec d'autres principes (la liberté, la propriété, *etc.*), avec les impératifs de l'ordre public ou encore au regard de considérations d'équité.

La loi n° 2005-102 inscrit clairement ses dispositions innovantes dans le champ de la réalisation du principe d'égalité, sans entendre y déroger, en instituant une prestation de compensation du handicap, qui peut désormais être perçue au profit d'un enfant handicapé<sup>14</sup>. Cette prestation de compensation est fondée sur une différenciation de situation entre personnes non-handicapées et personnes handicapées quant à l'accès à des droits fondamentaux : liberté d'aller et venir, accès aux services publics, *etc.* C'est un regard neuf qui est ainsi porté sur le handicap, qui justifie non une dérogation au principe d'égalité pour des motifs moraux, tout légitimes et bienveillants soient-ils, mais une compensation pour des motifs juridiques de réalisation pleine et entière du principe d'égalité. Cette compensation vise à "rééquilibrer la balance", – c'est l'origine étymologique du mot –, de manière à ce que les chances soient également saisissables.

Ces différenciations de situations, c'est aux Maisons départementales des personnes handicapées et en leur sein à l'équipe pluridisciplinaire et à la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées qu'il revient de les mener à bien au cas par cas.

Il est vrai qu'aux côtés de ce nouvel angle perdure la méthode des quotas, quotas d'emploi de personnes handicapées, qui s'analyse, elle, en une dérogation au principe d'égalité fondée sur des motifs d'intérêt général et entend constituer une affirmative action, cette discrimination dite positive. Il est bien entendu aisé de convoquer les motifs qui peuvent justifier une telle discrimination, en premier lieu l'insertion dans la société. Mais peut-être faut-il surtout saluer l'évolution générale de l'esprit de la loi, qui passe d'une certaine conception charitable à la volonté de réaliser une réelle égalité en droit.

Pourquoi saluer cette évolution ? Je désire souligner deux raisons.

En premier lieu, il faut relever le sentiment même des personnes qui peuvent bénéficier de régimes de discrimination dite positive, qui souvent essaient de n'y avoir pas recours, afin de ne pas être considérées comme moins méritantes ou compétentes.

En second lieu, l'équité, puisqu'il s'agit bien de cela dans la méthode des quotas, est peut-être trop référée à des conceptions qui, morales, sont mouvantes, au gré par exemple de majorités politiques qui, au niveau national comme au niveau territorial, sont susceptibles – et c'est heureux – d'alternance. En effet, l'équité, emprunt savant au latin *aequitas*, désigne la juste appréciation de ce qui est dû à chacun, selon un principe de justice naturelle, parfois divine. Mais cette justice naturelle n'a jamais pu se passer d'interprètes ! Dans cette définition, le mot peut être employé en opposition à droit positif, norme juridique. Le mot égalité quant à lui, issu du latin *aequalis*, est d'abord employé dans le sens de au niveau de puis pour désigner le fait d'avoir les mêmes droits, d'être de conditions égales. Or, la question de l'égalité des conditions est trop importante, en France surtout, de laquelle TOCQUEVILLE estimait qu'elle est le principe premier, pour ne pas être inscrite dans une stabilité juridique et interprétative suffisante. Autrement dit, l'équité est peut-être trop inscrite dans des conceptions subjectives, tandis que l'égalité présente l'avantage de l'objectivation, tant dans les implications imposant l'identité de traitement que dans celles qui conduisent à une différenciation.

Dans cette acception, le principe d'égalité rejoint précisément le concept de handicap.

## **§2 - Égalité, handicap et petite enfance**

Nous le savons, le mot français handicap est emprunté au mot anglais handicap, probablement contraction de *hand in cap*, littéralement la main dans le chapeau, et est introduit dans le monde hippique avec l'idée d'égaliser les chances des concurrents en imposant aux meilleurs de porter un poids plus important ou de parcourir une distance plus longue. Dès l'origine donc, le handicap a partie intimement liée avec l'égalité, mais dans un sens finalement inversé par rapport à la valeur sociale qui lui sera ensuite attribuée d'infériorité : le handicap pèse en effet, dans le monde sportif, hier comme aujourd'hui, sur les plus avantagés.

Puisqu'il n'était pas souhaitable, voire inconcevable, s'agissant d'êtres humains, d'amoinrir les capacités de ceux qui n'étaient pas atteints d'une « *limitation d'activité ou [d'une] restriction de participation à la vie en société subie dans [leur] environnement (...) en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant* », pour reprendre les termes de la définition du handicap au sens de la loi n° 2005-102<sup>15</sup>, fut adoptée l'idée d'une nécessaire compensation, inversée, au profit des personnes handicapées.

Ainsi l'article L. 114-1-1 du Code de l'action sociale et des familles, inséré en 2005, dispose-t-il que « *La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie. – Cette compensation consiste à répondre à ses besoins, qu'il s'agisse de l'accueil de la petite enfance, de la scolarité, de l'enseignement, de l'éducation, de l'insertion professionnelle, des aménagements du domicile ou du cadre de travail nécessaires au plein exercice de sa citoyenneté et de sa capacité d'autonomie, du développement ou de l'aménagement de l'offre de service, permettant notamment à l'entourage de la personne handicapée de bénéficier de temps de répit, du développement de groupes d'entraide mutuelle ou de places en établissements spécialisés, des aides de toute nature à la personne ou aux institutions pour vivre en milieu ordinaire ou adapté* ».

Logiquement, l'article L. 114-1 du même code rappelle que « *Toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté* ». Je parle bien ici de rappel, car à aucun moment les normes applicables, de valeur constitutionnelle notamment, n'ont exclu les personnes handicapées de leur champ d'application, si bien que c'est seulement la lecture sociale qui en avait pu être faite qui avait conduit, *de facto* et non *de jure*, à une application partielle.

Enfin, le second alinéa de l'article L. 114-2 indique depuis 2005 que « *l'action poursuivie [en direction des personnes handicapées] vise à assurer l'accès de l'enfant, de l'adolescent ou de l'adulte handicapé aux institutions ouvertes à l'ensemble de la population et son maintien dans un cadre ordinaire de scolarité, de travail et de vie. Elle garantit l'accompagnement et le soutien des familles et des proches des personnes handicapées* ».

Pardonnez-moi la citation quelque peu fastidieuse de ces textes, mais ils permettent de saisir, mieux que toute périphrase, la substance de ce que la loi n° 2005-102 a entendu réaliser : compensation et accès de principe aux structures et services classiques.

De ces textes découle une obligation d'accueil des jeunes enfants handicapés, dans des conditions identiques aux autres enfants.

## **II - L'obligation d'accueil du jeune enfant handicapé**

Suivant l'article R. 2324-17 du Code de la santé publique, « *Les établissements et les services d'accueil non permanent d'enfants veillent à la santé, à la sécurité, au bien-être et au développement des enfants qui leur sont confiés. Dans le respect de l'autorité parentale, ils contribuent à leur éducation. Ils concourent à l'intégration des enfants présentant un handicap ou atteints d'une maladie chronique qu'ils accueillent* ». Il ne doit donc exister aucun obstacle juridique de principe à l'accueil d'un enfant handicapé, au risque qu'une telle position soit constitutive d'une discrimination (§1), susceptible de mettre en jeu les responsabilités des professionnels comme des institutions (§2).

### **§1 - La discrimination fondée sur le handicap**

Tant les instruments du droit international des droits de l'Homme, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou la Convention européenne des droits de l'Homme, que les normes de droit interne français protègent le respect effectif du principe d'égalité en interdisant les discriminations. C'est même d'une protection pénale dont il est question concernant certaines d'entre elles, que le Code pénal aborde dans un chapitre consacré aux « *Atteintes à la*

*dignité de la personne* », qui débute par l'article 225-1 suivant : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* »<sup>16</sup>. Sont ainsi énumérés dix-huit critères de discrimination<sup>17</sup> qui justifient une réponse pénale, dont deux sont particulièrement propres à nous intéresser : l'état de santé et le handicap, auxquels on pourrait peut-être ajouter l'apparence physique. Ce qui est affirmé ici est l'interdiction de tenir compte d'un certain nombre de différences de situation, pourtant réelles et objectivables, qui auraient donc pu être utilisées pour justifier des différences de traitement entre catégories de population. Un voile juridique d'ignorance est donc jeté sur la réalité matérielle.

Si ni le Conseil d'État ni la Cour de cassation n'ont eu à ce jour à se prononcer sur des espèces où auraient été alléguées des discriminations dans l'accès aux structures d'accueil de jeunes enfants en raison du handicap, des juridictions inférieures et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (H.A.L.D.E.) ont quant à elles eu l'occasion de rendre plusieurs décisions et délibérations que je vous propose d'analyser maintenant.

Par délibération n° 2006-227 en date du 23 octobre 2006 puis par délibération n° 2008-67 en date du 7 avril 2008, la H.A.L.D.E. devait se prononcer sur les dispositions du règlement intérieur des crèches d'une commune, voté par le Conseil municipal, qui disposait qu'« *en crèche collective, compte tenu des modalités de confection des repas en collectivité et des exigences en matières [sic] de sécurité alimentaire, les régimes alimentaires particuliers ne peuvent être assurés* ». Le Collège de la H.A.L.D.E. a considéré que « *La clause du Règlement Intérieur adoptée par la Ville, qui exclut d'office tout enfant atteint d'une allergie alimentaire d'un accueil en crèche sur le temps des repas, caractérise une discrimination fondée sur l'état de santé* ». La H.A.L.D.E. précisera ensuite que « *que les enfants souffrant d'allergie alimentaire peuvent être accueillis en collectivité, le cas échéant, avec un panier repas et, d'autre part, que des repas sécurisés peuvent être mis en place par la collectivité* »<sup>18</sup>.

Dans une autre délibération<sup>19</sup>, toujours rendue à propos de ce régime alimentaire rendu nécessaire pour un enfant en raison de l'allergie dont il souffrait, la Haute autorité avait déjà précisé que dès lors qu'un service public est créé, et même s'il s'agit d'un service public facultatif, c'est-à-dire dont la création n'est pas rendue obligatoire par la Constitution ou la loi pour l'État ou les collectivités territoriales, telles les cantines scolaires, les activités périscolaires, les centres aérés, les haltes-garderies ou les crèches gérées par les communes, ce service public doit respecter les grands principes du service public, souvent qualifiés de lois de ROLLAND, du nom du Professeur de droit qui les conceptualisa dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, ainsi que les droits des usagers qui se situent dans le prolongement de ces principes. Tout service public est ainsi notamment astreint à respecter les principes de neutralité, de laïcité et d'égalité, en particulier l'égal traitement des usagers ou aspirants usagers du service public, ce qui implique leur égal accès audit service<sup>20</sup>. A cet égard, les dispositions de la loi n° 2005-102 concernant le cadre bâti<sup>21</sup>, qui complètent l'affirmation du principe d'accessibilité déjà présent dans la loi du 30 juin 1975 en introduisant des obligations nouvelles et en limitant les dérogations possibles se situent dans le prolongement du principe d'égalité. La loi renforce les obligations des constructeurs et propriétaires d'immeubles quels qu'ils soient, et bien sûr des établissements recevant du public, en matière d'accessibilité aux personnes handicapées. Le Code de la construction et de l'habitation pose désormais le principe 22 de l'accessibilité pour tous : « *Est considéré comme accessible aux personnes handicapées tout bâtiment d'habitation collectif ou tout aménagement lié à un bâtiment permettant à un habitant ou à un visiteur handicapé, avec la plus grande autonomie possible, de circuler, d'accéder aux locaux et équipements, d'utiliser les équipements, de se repérer et de communiquer. Les conditions d'accès des personnes handicapées doivent être les mêmes que celles des autres publics ou, à défaut, présenter une qualité d'usage équivalente* »<sup>23</sup>.

Si l'on revient aux délibérations de la H.A.L.D.E., qui identifient des discriminations fondées sur l'état de santé, elles peuvent sans difficulté être transposées à toute forme de handicap, au sens

de la loi n° 2005-102. Ainsi les personnes handicapées doivent-elles être considérées, quant à l'accès aux services publics quels qu'ils soient, donc aux structures d'accueil de la petite enfance, dans une situation identique à celle des autres usagers : les seules restrictions d'accès ne peuvent donc être liées qu'aux critères généraux, par exemple aux capacités d'accueil de la structure ou à l'éligibilité des parents au bénéfice dudit service public – étant entendu que les distinctions entre familles doivent elles-mêmes respecter le principe d'égalité...

Il faut, pour terminer, revenir un instant sur la délibération n° 2008-67 précitée : elle précise que doit être considérée comme caractérisant une discrimination fondée sur l'état de santé l'exclusion d'office de tout enfant atteint d'une allergie alimentaire d'un accueil en crèche sur le temps des repas, car cette exclusion est « *disproportionnée* »<sup>24</sup>. Cette précision doit être rapprochée de la décision de la Cour administrative de Marseille dans cette même affaire : les juges ont en effet décidé que « *Les dispositions du règlement intérieur des crèches de la ville de Marseille, qui aboutissent à l'exclusion de manière systématique d'un accueil en crèche durant la période des repas, sans prise en compte du degré ou de la complexité de l'intolérance dont il est affecté, tout enfant atteint d'une allergie alimentaire, méconnaît le principe d'égalité de traitement, en établissant une discrimination fondée sur l'état de santé des enfants ; qu'ainsi, ce seul motif justifie l'annulation par les premiers juges de la décision contestée du 28 août 2006* »<sup>25</sup>. Il apparaît ainsi et *a contrario* que des refus peuvent être justifiés si pour assurer l'accueil, le service public est obligé de se désorganiser à un point tel que ce sont les conditions d'un fonctionnement normal, au profit de tous, qui s'en trouvent affectées : il y aurait là disproportion des moyens à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif d'égalité. Ici l'application simple de la règle de droit conduit à envisager l'accueil en structure spécialisée ou cède la main à l'action politique, qui peut imaginer de nouveaux modes d'accueil : Monsieur CROVELLA nous en présentera une réalisation particulièrement intéressante tout à l'heure.

Pour revenir aux décisions de refus d'admission, c'est sous le contrôle du juge qu'elles peuvent être arrêtées et afin d'assurer leur sécurité juridique, l'on ne peut que recommander le respect scrupuleux du principe de l'examen particulier des circonstances de chaque espèce, donc d'un examen au cas par cas ! Le juge administratif est en effet particulièrement suspicieux à l'endroit des limitations du principe de liberté qui revêtent un caractère trop général et absolu.

*Quid* alors des conséquences juridiques d'une éventuelle discrimination à l'accès d'un enfant handicapé dans une structure d'accueil de la petite enfance ?

## **§2 - Les responsabilités en jeu**

Elles sont de trois ordres : pénale, indemnitaire et disciplinaire.

Passons rapidement sur la responsabilité indemnitaire, qui répond aux conditions habituelles de sa mise en jeu : discriminer est constitutif d'une faute et oblige à réparer le dommage qui peut en être issu. Il y aura donc lieu à versement de dommages et intérêts pour réparer les préjudices de tous ordres, matériels, moraux et psychologiques. Notons que pour les agents publics, la discrimination est sans doute constitutive d'une faute personnelle, ce qui peut donc les amener à réparer les dommages sur leurs deniers propres, y compris pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions.

Discriminer est également une faute disciplinaire, dont la gravité peut justifier un licenciement.

La responsabilité pénale en dernier lieu : il apparaît important de rappeler la spécificité de la responsabilité pénale même, responsabilité de sanction des personnes physiques et, depuis 1994, des personnes morales, au nom de la société, représentée au procès par le Ministère public, le Procureur. Les deux parties au procès pénal sont en effet la ou les personnes mise(s) en cause d'une part, le Parquet d'autre part, et le procès se résout en une éventuelle peine, principalement d'amende (perçue au profit du Trésor public) ou d'emprisonnement. Le procès pénal est sans conteste la manifestation la plus nette du phénomène de monopolisation de la violence légitime qu'a décrit Max WEBER comme constitutif de l'État. Outre par la sanction, le droit pénal se singularise également par le sens dont il est porteur : il entend réprimer des comportements qu'une société détermine, à un moment donné, comme inacceptables et/ou dangereux pour son fonctionnement.

C'est le cas des discriminations : le Code pénal prévoit en son article 225-2 que « *La discrimination définie à l'article 225-1 [les dix-huit critères que l'on a cités, au nombre desquels l'état de santé et le handicap], commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : – 1<sup>o</sup> À refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; (...) – 4<sup>o</sup> À subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; (...) – Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1<sup>o</sup> est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende* ».

Discriminer est donc constitutif d'un délit, passible du tribunal correctionnel.

L'article 432-7 du Code pénal ajoute même que « *La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : – 1<sup>o</sup> À refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi (...)* »<sup>26</sup>.

Les personnes physiques encourent en outre des peines complémentaires consistant par exemple en l'interdiction de leurs droits civiques, l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique.

L'article 225-4 du Code pénal dispose enfin que les personnes morales déclarées responsables pénalement des infractions définies à l'article 225-2 encourent deux catégories de sanctions : une amende d'un montant maximum égal au quintuple de l'amende encourue par les personnes physiques, soit 375 000 euros pour une amende de 75 000 euros, et une ou plusieurs des peines complémentaires prévues à l'article 131-39 du Code pénal, par exemple la fermeture ou encore l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci.

Malheureusement, ainsi que le relève M<sup>e</sup> COHEN sur son site internet, « *Si ces peines paraiss[ent] sévères, elles n'échappent pas pour autant à la pratique française qui consiste (...) à prévoir des sanctions très lourdes mais à ne jamais les prononcer. La majorité des amendes prononcées à l'égard des personnes physiques se situe entre 2 000 et 3 000 €. La condamnation à la peine de prison est rare et elle est toujours assortie d'un sursis. Quant aux peines complémentaires quant à elle ne sont jamais prononcées. La responsabilité des personnes morales pour l'ensemble des infractions prévues au code pénal est encore trop récente pour pouvoir juger de son impact sur la lutte contre la discrimination* ». J'ajouterai que, malheureusement également, des plaintes sont trop peu souvent déposées par les victimes de discrimination.

Au terme de cette présentation, j'ai envie de formuler un désir, celui qu'un jour ces règles de droit soient tellement intégrées, reçues en chacun de nous, que leur rappel soit superfétatoire. Alors pour ce faire, je propose à votre méditation les quelques lignes qui suivent. Un sage demanda un jour à ses disciples la différence entre l'ombre et la lumière. L'un d'eux répondit : c'est quand il devient possible de différencier un chien d'un loup. Un autre : quand on peut différencier un olivier et un amandier. Non, répondit le sage : la différence entre l'ombre et la lumière, c'est quand, voyant venir de loin un étranger, on reconnaît un semblable...

## **Notes**

<sup>1</sup> Institut médico-éducatif.

<sup>2</sup> Institut d'éducation motrice.

<sup>3</sup> Institut pour enfant ou adolescent polyhandicapé.

<sup>4</sup> Institut thérapeutique, éducatif et pédagogique.

<sup>5</sup> Valentine HOFFBECK, *L'enfance arriérée au début du XX<sup>ème</sup> siècle: entre assistance et exclusion - L'exemple de l'institut Saint-André de Cernay (1891-1939)*, Paris, CAF, Dossier d'études n°118, 2009, p. 7.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 7 et 9.

<sup>7</sup> Que nous devons au juriste français René CASSIN et qui lui valut le Prix Nobel de la paix en 1968.

<sup>8</sup> Première phrase du Préambule de la Déclaration. Dépourvue de valeur juridique, cette déclaration a été retranscrite en 1966 en deux pactes internationaux qui, eux, en sont pourvus; le Pacte international sur les droits civils et politiques débute de la manière suivante: « *Considérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, - Reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine (...)* ».

<sup>9</sup> Voir C.C., 27 juillet 1994, 343/344 D.C., Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *R.*, p. 100.

<sup>10</sup> Voir Georges VEDEL, «Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?», *in E.D.C.E.*, 1979-1980, pp. 31 et s.

<sup>11</sup> L'expression principalement concurrente actuellement de "personne en situation de handicap" présente certes l'intérêt de lier le handicap à l'environnement: dans un autre environnement le handicap ne serait peut-être pas vécu de la même façon ou avec les mêmes difficultés. Mais l'effet euphémisant de l'expression tend à masquer le positionnement particulier inhérent au fait de ne pas être dans l'écart-type à une moyenne.

<sup>12</sup> La Cour européenne des droits de l'Homme a quant à elle développé une jurisprudence plus directive, qui impose de traiter de façon différente les situations différentes.

<sup>13</sup> Niklas LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, Paris, Les éditions du Cerf et Presses universitaires de Laval, 2001, p. XXXVII.

<sup>14</sup> Les enfants et adolescents handicapés peuvent bénéficier de la prestation de compensation du handicap (P.C.H.) dès lors qu'ils répondent aux critères d'attribution de l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé (A.E.E.H.) et de son complément, dans le cadre du droit d'option entre le complément d'A.E.E.H. et la P.C.H.. L'A.E.E.H. est destinée à soutenir les personnes qui assument la charge d'un enfant en situation de handicap et n'est pas soumise à condition de ressources. Si le handicap nécessite des dépenses coûteuses ou le recours à une tierce personne, un complément d'allocation peut être accordé. L'attribution de l'A.E.E.H. et de son éventuel complément est décidée par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées selon l'état de l'enfant.

<sup>15</sup> Voir Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, article 2, insérant un article L. 114 dans le Code de l'action sociale et des familles.

<sup>16</sup> Cet alinéa est complété par un alinéa deux qui dispose que « Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du

handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales ».

<sup>17</sup> Le débat porte actuellement sur l'opportunité de consacrer un dix-neuvième critère de discrimination, tenant au lieu de résidence.

<sup>18</sup> Délibération n°2009-23 du 26 janvier 2009.

<sup>19</sup> Délibération n°2006-231 du 11 décembre 2006.

<sup>20</sup> Voir C.E., 1956, Société des concerts du conservatoire, *req* n° 92004.

<sup>21</sup> Voir la Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 au Titre IV, Chapitre 3 : Cadre bâti, transports et nouvelles technologies.

<sup>22</sup> Voir les articles L117-7 à L117-7-4 du Code de la construction et de l'habitation.

<sup>23</sup> *Ibid.*, article R 111-18-2.

<sup>24</sup> *Op. cit.*

<sup>25</sup> C.A.A. Marseille, 9 mars 2009, n° 08MA03041.

<sup>26</sup> Ainsi la Cour d'Appel de Paris a-t-elle jugé, concernant le refus d'un maire d'inscrire des enfants étrangers dans une école maternelle que celui-ci « *ne peut prétendre pour justifier cette décision que l'enseignement des enfants de moins de six ans n'est pas obligatoire, dans la mesure où cette décision ne concerne que des enfants étrangers et non tous les enfants indistinctement* » (Cour d'Appel de Paris, 12 mars 1992).