

## Introduction

Thomas Dumortier, Jean-Marc Thouvenin et Tatiana Gründler

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2042>

DOI : 10.4000/revdh.2042

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Thomas Dumortier, Jean-Marc Thouvenin et Tatiana Gründler, « Introduction », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 15 mars 2016, consulté le 09 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2042> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2042>

---

Ce document a été généré automatiquement le 9 octobre 2020.

Tous droits réservés

---

# Introduction

Thomas Dumortier, Jean-Marc Thouvenin et Tatiana Gründler

---

- 1 La lutte contre les discriminations inscrite à l'agenda politique depuis les années 1990 emprunte deux voies : d'un côté, les politiques publiques à destination de catégories considérées comme vulnérables, de l'autre la sanction par le droit des actes et comportements discriminatoires. Depuis une quinzaine d'années, cette seconde voie s'est considérablement développée en France, notamment sous l'impulsion et l'influence du droit de l'Union européenne qui s'inscrit lui-même dans un contexte international soucieux de combattre les discriminations<sup>1</sup>. Les textes juridiques relatifs aux discriminations sont extrêmement nombreux, intégrant les différents codes, bien au-delà des plus emblématiques que sont le Code pénal ou le Code du travail. Des innovations procédurales sont mises en place, tandis que le législateur s'efforce de mieux cerner les situations discriminatoires en consacrant de nouveaux motifs de discrimination, dont le tout dernier, la perte d'autonomie<sup>2</sup>.
- 2 L'élan est réel, du moins à lire les textes ; toutefois, l'efficacité de la lutte juridique contre les discriminations se heurte à des résistances, à des freins, de diverses natures. Les contributions qui composent ce dossier s'efforcent d'identifier un certain nombre de ces freins et obstacles à la lutte contre les discriminations. Alors que certains semblent d'ordre conceptuel et trouver leurs sources dans des fondements théoriques distincts mais aussi dans des choix politiques structurants différents (1<sup>ère</sup> partie), d'autres concernent le dispositif juridique antidiscriminatoire lui-même, qu'il porte sur les règles de fond (2<sup>e</sup> partie) ou de procédure (3<sup>e</sup> partie). Enfin, sur le plan de la mise en œuvre des textes, des obstacles de nature juridictionnelle sont à relever, dont certains peuvent à nouveau s'expliquer par le modèle conceptuel dans lequel les juges français évoluent traditionnellement (4<sup>e</sup> partie).

## I Des freins conceptuels

- 3 S'inscrivant dans un ordre juridique marqué depuis la Révolution française par une approche abstraite de l'égalité – certains diront d'égalité « formelle », le droit français se montre rétif à l'intégration dans le champ des discriminations de certains concepts

opératoires forgés dans d'autres contextes. C'est particulièrement remarquable à l'examen des observations formulées par les comités onusiens en charge du suivi de l'application des conventions internationales. Ces derniers insistent sur la promotion de la diversité, la nécessaire adoption de mesures positives pour les catégories de personnes habituellement discriminées et mettent en avant une égalité transformatrice impliquant une lutte active contre les stéréotypes (*Sophie Grosbon, Regard critique des Comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française*). Cette approche onusienne de la lutte contre les discriminations semble révéler une différence de modèle avec la France encore marquée par une conception formelle de l'égalité et un attachement à l'universalité de la norme. À cet égard il est symptomatique que dans son dernier rapport le Défenseur des droits ait affirmé que « ce paradigme de la diversité ne saurait se substituer à celui de la lutte contre les discriminations », soulignant que « diversité visible et diversité réelle ne se recoupent pas nécessairement » et, quand le postulant, la promotion de la diversité peut renforcer « l'essentialisation des personnes »<sup>3</sup>. Mais, s'il était besoin de nuancer les insuffisances de la France pointées par les Comités, il conviendrait de rappeler que son combat contre les inégalités passe depuis la fin des années quarante par des politiques sociales de redistribution. Il serait par conséquent tentant de mettre les résistances du système juridique français à l'égard du droit des discriminations sur le compte d'une difficile articulation de deux registres antagonistes, respectivement libéral et social (*Véronique Champeil-Desplats, Le droit de la lutte contre les discriminations face à l'univers conceptuel de l'ordre juridique français*).

## II Des freins normatifs

- 4 Plus de quarante ans après la pénalisation de la discrimination raciale par la loi Pleven de 1972 et quinze ans après l'adoption de la première loi de transposition des directives de l'Union européenne relatives à l'égalité de traitement (2001), force est de reconnaître à la fois la richesse du dispositif institutionnel et juridique de lutte contre les discriminations et le manque de lisibilité, voire de cohérence, de celui-ci. La complexité tient sans doute pour une part à la multitude des sources – internationales, européennes et nationales – du droit de la non-discrimination et des relations systémiques entre les différents ordres juridiques. Mais l'examen des seuls textes de droit interne consacrés à la lutte contre les discriminations permet de rendre compte de la diversité des régimes applicables aux différents champs des discriminations, selon les domaines concernés et en fonction des motifs. La profusion des motifs de discrimination prohibés et des régimes de protection qui leur sont associés altère la cohérence du dispositif antidiscriminatoire et soulève des interrogations sur la raison d'être de cette disparité (*Serge Slama, La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ?*). Le législateur paraît entraîné sur une pente glissante qui le conduit à multiplier les motifs de discrimination illégaux tout en excluant la reconnaissance de certains, tels que la précarité sociale, sans que les raisons et la logique de ces choix d'inclusion ou d'exclusion ne soient apparentes (*Ioannis Rodopoulos, L'absence de la précarité sociale parmi les motifs de discrimination*).

### III Des freins procéduraux

- 5 Des règles de procédure spécifiques ont été mises en place pour faciliter la reconnaissance juridique des discriminations. Elles ne sont pas pour autant toujours pleinement satisfaisantes. Ainsi l'allègement de la charge de la preuve pour les justiciables qui invoquent une discrimination n'est pas admis devant les juridictions pénales (*Anne Danis-Fatôme, Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ?*). Sans constituer un frein global à la lutte contre les discriminations, cette variété de régimes probatoires peut en revanche orienter le choix des victimes de discrimination vers un type de contentieux plutôt qu'un autre et aboutir *de facto* à privilégier un type de sanction de la réalité discriminatoire. Par ailleurs, la mise en œuvre de cette règle demeure malaisée pour les victimes, sans compter que les juges conservent une grande marge d'appréciation sur les preuves rapportées par les demandeurs (*Nicolas Hoffschir et Vincent Orif, La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail*). Si la possibilité d'introduire en justice une action de groupe pourrait sortir de l'isolement certaines victimes et favoriser la lutte contre des discriminations pratiquées à large échelle, l'analyse du projet de loi actuellement en discussion au Parlement ne peut que laisser sceptique le juriste (*Frédéric Guiomard, L'action de groupe peut-elle contribuer à lever les freins à l'action contentieuse ?*).

### IV Des freins juridictionnels

- 6 Il n'en reste pas moins que, malgré ses imperfections, le droit des discriminations renouvelle l'approche traditionnelle du principe d'égalité, en mettant l'accent sur des motifs *a priori* illégitimes, et en favorisant une analyse plus fine des phénomènes d'inégalité. La question se pose alors de la réception qu'en fait le juge. Quelle place accorde-t-il à des concepts parfois forgés au sein d'autres ordres juridiques ? Force est de reconnaître que le juge peut sur ce point rencontrer certaines difficultés (*Elsa Fondimare, La difficile approche juridictionnelle des discriminations indirectes*) et manquer d'audace dans l'incorporation de notions dont usent ses homologues étrangers (*Hilème Kombila, Les entraves à l'application de l'approche « intersectionnelle » canadienne de la discrimination*). L'analyse de la jurisprudence témoigne également de la forte imprégnation de l'approche universaliste de la norme, et de la réticence manifestée par les juges à assumer la complexité de l'analyse des situations éventuellement discriminatoires. L'étude de cas tirés de la jurisprudence constitutionnelle (*Patricia Rrapi, Les méthodes de raisonnement du juge constitutionnel comme obstacle à la reconnaissance des discriminations*) et judiciaire (*Eva Menduina, Les obstacles à la reconnaissance par le juge judiciaire de la discrimination dans l'accès au logement et Lauren Leblond, L'impératif de sécurité sanitaire comme justificatif d'une discrimination. L'exclusion des hommes homosexuels du don de sang*) permet de pointer quelques-unes des difficultés sur lesquelles les juges français semblent buter dans la mise en œuvre de la lutte contre les discriminations.
- 7 Ces différentes contributions s'inscrivent dans le cadre d'une recherche collective plus large consacrée à *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, menée par la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit (FIND) et le Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), et financée par la Mission de recherche Droit et

Justice. L'étude a débuté en octobre 2014 et prendra fin en juin prochain. Elle donnera lieu à un rapport public.

- 8 Dossier réalisé sous la direction scientifique de Thomas Dumortier, Tatiana Gründler et Jean-Marc Thouvenin
- 

## NOTES

1. Voir, entre autres, la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 ; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 ; la Convention relative aux droits des personnes handicapées 30 mars 2007.
  2. Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement (article 23).
  3. Rapport d'activité annuel 2015. <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/mots-cles/rapport-annuel-dactivite>
- 

## AUTEURS

### THOMAS DUMORTIER

Thomas Dumortier est docteur en droit public et membre du Crédof, Tatiana Gründler est maîtresse de conférences en droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, membre du Crédof, Jean-Marc Thouvenin est professeur de droit public et directeur du CEDIN à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense