La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme : une source d'imprévisibilité

Claire Langlais

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5202>

DOI : 10.4000/revdh.5202

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Claire Langlais, « La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme : une source d'imprévisibilité », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15 | 2019, mis en ligne le 11 décembre 2018, consulté le 09 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5202> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.5202>

Ce document a été généré automatiquement le 9 juillet 2020.

Tous droits réservés

La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme : une source d'imprévisibilité

Claire Langlais

- 1 Un système juridique est *a priori* « crédible »¹ lorsque le droit applicable est stable, intelligible, clair, et que les destinataires des normes ont confiance en son application. On se place alors du point de vue des destinataires de la norme. Malgré les modifications des législations applicables et les revirements de jurisprudence qui peuvent survenir, le droit doit – dans la mesure du possible – être intelligible et prévisible. Si l'on se concentre sur les décisions jurisprudentielles, cela implique que les raisonnements des juges soient suffisamment constants pour que les requérants aient confiance dans l'application efficace et juste du système juridique. La lisibilité du droit applicable et sa prévisibilité pour les requérants participent ainsi de l'efficacité du droit² en améliorant son accessibilité.
- 2 Or, l'intelligibilité du droit et la prévisibilité des raisonnements juridiques applicables ne semblent pas toujours être des principes directeurs dans les raisonnements des juges. Il en est ainsi devant la Cour européenne des droits de l'homme, dont la jurisprudence est parfois qualifiée de « chaotique »³. On peut prendre pour illustrer ce problème l'application du principe de non-discrimination découlant de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme. Il garantit la jouissance des droits reconnus dans la Convention ou dans les lois des États parties « sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Cette clarté du principe de non-discrimination, en tant que droit général à ne pas être discriminé, se révèle à la lecture des arrêts n'être qu'apparente.

- 3 Tandis qu'à l'origine, le principe de non-discrimination visait à assurer une – simple – égalité de traitement entre les individus⁴, ou égalité *de jure*⁵, la Cour s'est peu à peu érigée en défenseuse d'une égalité concrète⁶, ou *de facto*⁷, en acceptant la création de nouveaux droits sur le fondement de l'article 14⁸, ou encore en insérant de nouveaux mécanismes du droit de la non-discrimination⁹. Ainsi le principe de non-discrimination conventionnel protège les individus contre les discriminations directes, indirectes, systémiques, multiples, et par association, mais également contre les stéréotypes. Cette multiplication d'outils et d'utilisation de ces outils dans les raisonnements de la Cour semble conduire à une fragmentation du principe de non-discrimination dans le sens où, d'un principe uniforme, on serait aujourd'hui passé à une jurisprudence morcelée selon la nature de la discrimination en cause, l'objectif visé par la Cour dans son raisonnement, ou encore en fonction du pouvoir discrétionnaire d'interprétation de la Cour qui se dégage parfois des principes d'interprétation qu'elle a elle-même posés.
- 4 Si l'abondance de la jurisprudence antidiscriminatoire et les efforts de la Cour pour établir des standards communs toujours plus élevés en matière de protection des droits fondamentaux peuvent être salués, il apparaît néanmoins que la multiplication de mécanismes et le manque de rigueur dans l'application des raisonnements préalablement dégagés a pour conséquence une imprévisibilité et une illisibilité du principe de non-discrimination tel qu'il est conçu et appliqué par la Cour, tant pour les juristes que pour les destinataires de l'article 14, à savoir les justiciables européens.
- 5 Ce manque de lisibilité du droit de la non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme provient, semble-t-il, de deux dynamiques qui se complètent et se renforcent. D'une part, le droit de la non-discrimination s'est complexifié du fait d'un enrichissement constant lié à l'augmentation des protections offertes aux individus. L'éclatement du droit de la non-discrimination conventionnel, qui passe par la multiplication des outils et des régimes applicables, laisse en ce sens entrevoir une fragmentation du principe de non-discrimination conventionnel en différentes conceptions (1°). D'autre part, l'application du principe de non-discrimination par les juges strasbourgeois ne poursuit pas nécessairement un objectif de cohérence, qui améliorerait pourtant la clarté du droit applicable et sa prévisibilité (2°).

1°/ – Fragmentation et conceptions du principe de non-discrimination

- 6 L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme pose une clause de non-discrimination dans la jouissance des droits garantis par ladite Convention, clause qui a peu à peu été érigée en principe autonome interdisant la discrimination¹⁰. Alors qu'*a priori*, ce principe semblait unifié¹¹, on constate à la lecture des arrêts qu'il est en réalité morcelé. Cela est dû à deux phénomènes : d'une part, à la multiplication des notions destinées à l'appréhension des mesures ou comportements qualifiés de discriminatoires, à chaque forme étant associée peu à peu un régime ou un raisonnement jurisprudentiel particulier (A) et, d'autre part, à la hiérarchisation et sectorisation des critères ou motifs de discrimination prohibés (B).

A/ - La pluralisation du principe par la multiplication des formes de discrimination prohibées

- 7 Le principe de non-discrimination est-il en réalité composé de plusieurs sous-principes ? On est en droit de se poser la question face à la multiplication récente des typologies en droit de la non-discrimination. À l'origine, le principe de non-discrimination interdisait la discrimination comprise comme une différence de traitement injustifiée dans la jouissance des droits garantis par la Convention. La conception des discriminations prohibées devant la Cour était alors « unitaire » au sens où le terme « discrimination » visait des situations strictement identifiées : les distinctions juridiques, fondées sur un motif illégitime, dans les domaines visés par les droits garantis par la Convention, et ne reposant pas sur une « justification objective et raisonnable »¹². Or, cette définition de la discrimination s'est vite retrouvée dépassée, ou à tout le moins insuffisante pour couvrir l'ensemble des distinctions et comportements prohibés par l'article 14. En effet, la Cour a ajouté de nouvelles formes de discriminations, justifiées par la poursuite de nouveaux objectifs, et engendrant des raisonnements, et parfois des régimes, différents.
- 8 L'apparition, au milieu des années 2000, de la notion de discrimination indirecte illustre particulièrement bien cette multiplication des formes de discrimination et leurs effets sur la cohérence du droit antidiscriminatoire. La discrimination visée ne repose alors plus exclusivement sur l'existence d'un traitement défavorable fondé sur une distinction illégitime, mais englobe également l'absence de distinction liée à l'application d'une mesure générale d'apparence neutre qui engendre néanmoins un effet défavorable pour un groupe de personnes. Pour la Cour, « si une politique ou une mesure générale ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, l'on ne saurait exclure qu'elles soient considérées comme discriminatoires, nonobstant le fait qu'elles ne visent pas ce groupe en particulier »¹³. Elle s'ajoute donc à l'ancienne définition unitaire de la discrimination, devenue discrimination directe, relative à la mise en cause d'une mesure prévoyant une distinction illégitime ; la notion de discrimination indirecte semblant combattre les effets discriminatoires de mesures d'apparence neutre. L'apparition de cette dissociation, aujourd'hui fondamentale en droit antidiscriminatoire, entre discrimination directe et discrimination indirecte, a eu pour conséquence de diviser la jurisprudence de la Cour. En effet, on constate à la lecture des arrêts que la juridiction strasbourgeoise a opéré une subdivision au sein même du principe de non-discrimination, générant inévitablement un questionnement sur l'opportunité d'une coexistence de ces deux conceptions.
- 9 Le régime probatoire applicable constitue une illustration de cette coexistence des conceptions. Celui-ci est différent selon que la discrimination visée est qualifiée de directe ou d'indirecte. Alors que le raisonnement en matière de discrimination directe repose sur la preuve de l'analogie des situations et de l'existence d'un traitement moins favorable, la Cour a développé un tout autre raisonnement s'agissant des discriminations indirectes. Ainsi, dans l'arrêt *Zarb Adami*¹⁴, la Cour rompt avec sa jurisprudence antérieure¹⁵ qui rejetait les statistiques comme mode de preuve admis devant elle, et autorise donc les requérants à prouver l'existence d'une discrimination indirecte par l'usage de statistiques fiables. Apparaissent alors deux régimes de preuve différents selon que la discrimination en cause est une discrimination directe ou indirecte. Par ailleurs, la Cour a posé un principe classique selon lequel la preuve d'une

allégation de discrimination doit être établie « au-delà de tout doute raisonnable » par le requérant. Pourtant, en matière de discrimination indirecte, elle accepte le renversement de la charge de la preuve, dès lors que le requérant apporte un commencement de preuve de discrimination¹⁶. Ainsi, tant les modes de preuve que les seuils de répartition de la charge de la preuve sont différents selon la forme de discrimination en cause.

- 10 À cette division du principe de non-discrimination, s'ajoute une multiplication des outils du droit antidiscriminatoire. En effet, d'autres situations ont été visées par les raisonnements sur les discriminations indirectes telles les « discriminations systémiques ». Celles-ci sont caractérisées, devant la Cour, par un comportement généralisé de passivité de l'administration d'un État à l'égard d'un groupe de personnes particulier, ou encore par une certaine complaisance envers les auteurs de discriminations individuelles¹⁷. Le terme est notamment apparu à la suite d'arrêts relatifs aux violences domestiques subies par les femmes dans certains États parties à la Convention, tels que la Moldavie ou la Turquie¹⁸. Les requérants doivent alors démontrer que l'absence généralisée de réactions de la part de l'administration est un comportement discriminatoire. Cette nouvelle terminologie s'inscrit dans le cadre du double régime du droit antidiscriminatoire puisque, et il convient ici de rejoindre les propos tenus par Gwénaëlle Calvès¹⁹, il ne s'agit en réalité que d'une autre forme de discrimination indirecte, la Cour visant un effet discriminatoire et non pas une norme formelle opérant une distinction illégitime. Pourtant, la Cour n'utilise pas la qualification de discrimination indirecte, ce qui accentue l'impression d'une multiplication des mécanismes en droit de la non-discrimination, non nécessairement liés les uns aux autres – ou mis en cohérence les uns par rapport aux autres.
- 11 Cette multiplication des outils du droit de la non-discrimination et des formes de discrimination (discriminations directes, indirectes, systémiques, mais également discriminations multiples²⁰ et discriminations par association²¹, qu'elles soient par ailleurs directes ou indirectes) met en lumière le morcellement du droit de la non-discrimination, au sens où pour chaque forme de discrimination, la Cour va prévoir un régime spécifique.
- 12 La multiplication des formes de discrimination, des régimes et raisonnements qui y sont liés, a pour conséquence de fragmenter le principe de non-discrimination en au moins deux conceptions : celle applicable aux discriminations directes et celle applicable aux discriminations indirectes. Surtout, elle témoigne d'une complexification du droit antidiscriminatoire, à laquelle s'ajoute un deuxième phénomène qui tient à la hiérarchisation et au cloisonnement des motifs de discrimination.

B/ - La désarticulation du principe par la hiérarchisation des motifs de discrimination

- 13 Il convient tout d'abord de rappeler que la liste des motifs ou critères de discrimination prohibés dans le droit de la Convention est caractérisée par sa non-exhaustivité. La liste étant ouverte, la Cour peut donc ajouter de nouveaux motifs de discriminations illégitimes²², notamment par le biais de l'expression « toute autre situation » contenue à l'article 14 de la Convention. Cette expression a été précisée dans l'arrêt *Clift c. Royaume-Uni*²³ dans lequel la Cour rappelle que l'article 14 n'interdit pas toutes les

différences de traitement mais seulement celles fondées sur une caractéristique identifiable, objective ou personnelle permettant de distinguer des groupes de personnes entre eux²⁴, la dimension « personnelle » pouvant être interprétée largement.

- 14 Si l'on met de côté les discriminations visées par l'expression « toute autre situation » la liste des motifs de discrimination telle qu'elle est rédigée dans la Convention laisse penser que les discriminations fondées sur l'un ou l'autre de ces motifs seront traitées de la même manière par la Cour. Or, on constate à la lecture de la jurisprudence de la Cour que les critères de discrimination sont hiérarchisés dans le système conventionnel de protection des droits humains. L'intensité du contrôle de la Cour varie selon les motifs mis en cause²⁵ : la Cour va exiger des justifications plus fortes²⁶, et va donc opérer un contrôle plus strict en matière de discrimination relative à la nationalité, la race, l'origine ethnique ou encore le sexe. Elle a ainsi estimé que traiter les discriminations racistes sur « un pied d'égalité avec les affaires sans connotation raciste équivaldrait à fermer les yeux sur la nature spécifique d'actes particulièrement destructeurs des droits fondamentaux »²⁷. De la même manière, la Cour exige des « raisons impérieuses » pour justifier une différence de traitement fondée sur le sexe depuis l'arrêt *Van Raalte contre Pays-Bas*²⁸. Cette hiérarchisation suppose donc *a contrario* que le contrôle de la Cour est moins poussé face à d'autres motifs de discrimination pourtant prohibés. Cela participe à la fragmentation du droit antidiscriminatoire, et à sa complexification, en créant un régime à deux vitesses selon le type de motifs visés par les mesures ou les comportements discriminatoires.
- 15 À cette hiérarchisation s'ajoute un deuxième phénomène qui, en s'y combinant, contribue à la fragmentation de la conception du principe de non-discrimination. Les motifs de discrimination prohibés devant la Cour européenne des droits de l'homme sont pensés majoritairement de manière cloisonnée. Les requêtes portées devant la Cour portent en effet sur un critère de discrimination identifié et identifiable, et la Cour raisonne souvent sur ces motifs de manière catégorielle ou sectorielle. Cette conception sectorielle est remise en cause par la reconnaissance progressive des discriminations multiples. Ainsi, dans l'affaire *B.S. contre Espagne* de 2012²⁹, la Cour accepte une violation de l'article 14 en considérant que les tribunaux espagnols « n'ont pas pris en compte la vulnérabilité spécifique de la requérante inhérente à sa qualité de femme africaine exerçant la prostitution ». En faisant explicitement référence à la situation spécifique de la requérante, sans préciser si la discrimination en présence était fondée uniquement sur le critère du sexe, de l'origine nationale ou ethnique ou de la profession, la Cour reconnaît alors que l'addition de ces trois critères puisse être à l'origine de la discrimination subie³⁰. Néanmoins, en se plaçant sur le terrain de critères additifs – que l'on peut rattacher à la notion de discriminations multiples – et non sur celui des synergies entre critères – que l'on rattache à la notion de discriminations intersectionnelles³¹ –, la Cour ne parvient pas totalement à remettre en cause l'approche sectorielle des motifs de discrimination. En effet, elle accepte leur combinaison mais ne semble pas encline à élargir la notion de discrimination prohibée aux cas des synergies entre motifs³², à l'image du refus de constater une discrimination dans les affaires sur le port du foulard islamique³³.
- 16 On observe ainsi une fragmentation du principe de non-discrimination conventionnel sous l'effet combiné de ces deux phénomènes que sont la multiplication des catégories de discrimination et la hiérarchisation-sectorisation des motifs de discrimination. Ce

morcellement du droit applicable rend compte d'une complexification du droit qui peut être préjudiciable à son intelligibilité pour les justiciables – requérants réels ou potentiels devant la Cour. Par ailleurs, le manque de cohérence dans les raisonnements jurisprudentiels alimente encore ce phénomène de fragmentation du principe de non-discrimination et contribue à son inintelligibilité.

2°/ – Fragmentation et mise en œuvre du principe de non-discrimination

- 17 La complexification de l'application du principe de non-discrimination ne poserait, semble-t-il, pas tant de problèmes quant à l'efficacité dudit principe si elle n'était pas associée à un défaut de cohérence des raisonnements jurisprudentiels. En effet, l'intelligibilité du droit n'est pas dépendante de sa simplicité mais de sa clarté, laquelle doit être évaluée du point de vue de ses destinataires. Or, tel n'est pas nécessairement le cas devant la Cour européenne des droits de l'homme en matière de non-discrimination si l'on considère non seulement que la Cour n'applique pas ses propres raisonnements de manière stable (A), mais en outre, qu'elle introduit un élément supplémentaire d'imprévisibilité en appliquant de manière peu lisible la théorie de la marge nationale d'appréciation (B).

A/ - L'incohérence de l'analyse jurisprudentielle du fait de l'instabilité de la méthode employée

- 18 Le raisonnement de la Cour en matière de non-discrimination repose sur deux étapes clés : la Cour compare dans un premier temps la situation du ou des requérants avec la situation des personnes qui ne sont pas victimes de discrimination, puis, une fois la différence de traitement observée, elle recherche si une justification à cette différence existe, si elle est raisonnable et proportionnée. Ce n'est que lorsque ces deux étapes sont remplies qu'une différence de traitement peut être qualifiée de discriminatoire.
- 19 Ce raisonnement, que la Cour a commencé à dégager dès 1968³⁴ avant de le reproduire dans l'ensemble du contentieux antidiscriminatoire, n'est pas aussi stable qu'il y paraît. Il se trouve pourtant au fondement même de la qualification d'une discrimination : n'est une discrimination qu'une distinction – qui ne peut être prouvée que par le test de la comparabilité des situations – injustifiée – d'où l'existence d'un test des justifications. L'application du principe de non-discrimination est conditionnée par ces deux étapes du raisonnement jurisprudentiel. Or, ce raisonnement est parfois inapplicable, parfois inappliqué.
- 20 Si l'on se concentre uniquement sur le raisonnement comparatif, il est parfois impossible de trouver un comparateur satisfaisant. Dans certains arrêts, la faiblesse du raisonnement de la Cour tient ainsi au fait qu'il n'existe pas de comparateur convaincant pour attester d'une violation de l'article 14. Quel comparateur choisir, par exemple, face à une femme musulmane discriminée du fait du port du foulard islamique, comme dans l'affaire *Leyla şahin contre Turquie*³⁵ ? Les hommes musulmans ne sont pas placés dans une situation analogue, ne portant que dans de très rares exceptions des signes religieux extérieurs visibles³⁶. Les femmes pratiquant une autre religion ne sont pas non plus placées dans une situation analogue, ne portant pas de

signes religieux extérieurs aussi visibles que le voile ou le foulard islamique. La recherche du « bon » comparateur peut ainsi mener à des débats insolubles et fragiliser la décision qui sera prise. Parfois, le comparateur est tout simplement inexistant ce qui limite l'application du principe de non-discrimination.

- 21 Quand bien même un comparateur existe, le raisonnement de la Cour présente à nouveau une grande variabilité. Dans certains arrêts, la Cour examine de manière précise l'existence d'une différence de traitement et l'existence d'une situation analogue. Mais dans d'autres cas, la qualification d'une différence de traitement entre des situations analogues (ou d'une égalité de traitement entre des situations différentes) n'est qu'évoquée de manière accessoire aux termes de l'examen des justifications³⁷. Dans d'autres cas ensuite, la Cour semble partir du principe qu'une différence de traitement entre des situations analogues existe, sans l'examiner de manière approfondie ni la relever particulièrement³⁸. Dans d'autres cas encore, la Cour ne recherche tout simplement pas de comparateur pour ne se concentrer que sur l'examen des éléments apportés par l'État défendeur afin de justifier l'existence d'une telle différence³⁹.
- 22 De la même manière, le test des justifications est loin d'être aussi cohérent qu'il n'y paraît. En théorie, « La Cour, suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'États démocratiques, retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques »⁴⁰. Or, l'intensité du contrôle variant selon les motifs de discrimination en cause⁴¹, la Cour n'exige pas des justifications de la même importance pour toutes les différences de traitement qui se présentent à elle.
- 23 Ainsi, alors qu'*a priori* le raisonnement jurisprudentiel est prévisible, se fondant sur un test de la comparabilité des situations puis sur un examen des justifications à l'existence d'une différence de traitement, on observe en pratique une forte variabilité dans les raisonnements des juges strasbourgeois. Ces variations concourent à la fragmentation de l'application du droit de la non-discrimination et à son manque de cohérence. Par ailleurs, ce défaut de cohérence est accentué par l'application déconcertante que fait la Cour de la théorie de la marge nationale d'appréciation, rendant les solutions jurisprudentielles d'autant plus imprévisibles.

B/ - L'imprévisibilité de la décision du fait d'une marge nationale d'appréciation à géométrie variable

- 24 Au terme de son analyse des « justifications objectives et raisonnables » à l'existence d'une distinction entre individus ou groupes d'individus, la Cour est amenée à rechercher l'ampleur de la marge d'appréciation laissée aux États parties. Celle-ci varie en fonction des circonstances, des domaines concernés et du contexte de l'affaire⁴². Si elle permet d'adapter les garanties de la Convention aux situations nationales, et se justifie donc au regard du principe de subsidiarité⁴³, la théorie de la marge nationale d'appréciation constitue néanmoins un obstacle important à l'application du principe de non-discrimination qu'elle rend imprévisible.
- 25 Si par principe la marge d'appréciation accordée aux États est restreinte en matière de discrimination fondée sur le sexe, puisqu'il s'agit d'un motif de discrimination pour

lequel la Cour exige des « justifications fortes », dans certains arrêts la Cour va pourtant accorder une marge d'appréciation ample. C'est notamment le cas lorsque les faits tombent dans le champ des politiques économiques et sociales⁴⁴. Ainsi, dans l'arrêt *Stec et autres c. Royaume-Uni*⁴⁵, la Cour considère que si « seules des considérations très fortes peuvent [l'amener] à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe, [...] une ample latitude est d'ordinaire laissée aux États pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale », validant de ce fait le maintien de la distinction à raison du sexe mise en cause en l'espèce.

- 26 Par ailleurs, la marge nationale d'appréciation varie, alors même que l'affaire concerne un motif litigieux de discrimination pour lequel la Cour requiert des « justifications fortes ». Sur le motif du sexe là encore, au sein même des affaires portant application de l'article 14, on peut distinguer plusieurs niveaux d'ampleur de la marge nationale d'appréciation selon le type d'affaire⁴⁶ : d'une part, une marge d'appréciation ample sur les rôles familiaux des hommes et des femmes⁴⁷, sur les différences d'âge entre les hommes et les femmes pour bénéficier d'aides sociales⁴⁸ et sur les pensions accordées de manière différente en fonction du sexe ; d'autre part, une marge d'appréciation restreinte dans les affaires portant sur le choix du nom de famille des époux⁴⁹, dans les affaires de discriminations indirectes⁵⁰, et dans les affaires où des différences entre les sexes permettent de justifier des différences de traitement⁵¹. L'utilisation du principe de non-discrimination est alors rendue illisible par cette pratique, car morcelée. Ce fonctionnement est d'autant plus critiquable qu'à aucun moment la Cour ne justifie cette variation et ces différences quant à l'ampleur de la marge d'appréciation accordée.
- 27 Ce flou entretient une forte imprévisibilité des solutions, d'autant que l'existence d'un consensus dans les législations des États parties, qui en principe doit venir limiter la marge nationale d'appréciation, ne remplit parfois pas son office. Ainsi, dans l'arrêt de Grande Chambre *A., B. et C. contre Irlande* de 2010, la Cour estime que « le consensus observé ne réduit pas de manière décisive l'ample marge d'appréciation de l'État »⁵². Si le raisonnement de la Cour sur l'ampleur de la marge d'appréciation relève de l'examen du grief de violation de l'article 8, la Cour y fait référence dans son examen du grief de violation de l'article 14⁵³. Or, alors même que le motif du sexe était invoqué⁵⁴, la présence d'un consensus⁵⁵ est ignorée par la Cour qui refuse d'examiner la situation sous l'angle du droit anti-discriminatoire et rejette la violation du droit au respect de la vie privée.
- 28 Ces arrêts illustrent parfaitement un phénomène désormais connu : l'utilisation de la marge d'appréciation est indisciplinée, si ce n'est arbitraire⁵⁶. Par ailleurs, les États parties vont notamment arguer de la complexité des faits, du contexte social ou de spécificités nationales particulières pour maintenir des situations qui pourraient sinon tomber sous le coup d'une constatation de violation de la Convention. La jurisprudence sur la marge d'appréciation est considérée par certains auteurs comme étant « parfois déconcertante », soit car « elle semble incohérente et imprévisible », soit parce que « sa sophistication la rend peu "lisible" »⁵⁷.

*

- 29 La jurisprudence antidiscriminatoire de la Cour européenne des droits de l'homme apparaît en conséquence comme fragmentée, si ce n'est « chaotique »⁵⁸. Le principe de non-discrimination tel qu'il est aujourd'hui interprété par la Cour a subi un morcellement qui ne semble pas toujours utile à la résolution des cas d'espèce, la Cour ayant eu recours à de nouvelles qualifications quand les anciennes auraient sûrement permis de parvenir à la même solution. Par ailleurs, l'application de ce principe par la Cour rend compte d'une très grande imprévisibilité et illisibilité, sous l'impulsion notamment de la jurisprudence sur la marge nationale d'appréciation.
- 30 Néanmoins, le constat de cette fragmentation et ses conséquences en termes de lisibilité et de prévisibilité de la jurisprudence appellent deux observations. Premièrement, l'enrichissement du droit de la non-discrimination, de manière générale et plus spécifiquement dans le contentieux de la Cour de Strasbourg, est souhaitable et bienvenu. La critique formulée ne porte pas tant sur le développement du contenu et l'élargissement des protections que sur la cohérence d'ensemble des arrêts de la Cour. En effet, le manque de pédagogie et d'inscription de chaque décision dans le cadre préalablement établi que nous avons tenté de mettre en lumière conduit, semble-t-il, à augmenter l'imprévisibilité du droit et a ainsi des conséquences sur son accessibilité. Par ailleurs, il convient de relever que cette imprévisibilité est très certainement la conséquence inévitable d'un droit purement jurisprudentiel. En effet, face à une Cour qui interprète la Convention « à la lumière des conditions de vies actuelles »⁵⁹ et affirme le caractère évolutif de sa jurisprudence, il semble difficile, voire illogique, d'attendre de la Cour une lisibilité stricte et parfaite de sa jurisprudence.

NOTES

1. Muriel F ABRE-MAGNAN et François B RUNET, *Introduction générale au droit*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Thémis droit », p. 23.
2. V. par exemple sur la notion d'efficacité : Éric MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2006, pp. 53-54. On peut définir l'efficacité comme étant le fait pour une règle de droit de remplir l'objectif recherché. L'efficacité s'évalue alors par la présence d'un décalage ou de l'absence de décalage entre l'objectif poursuivi et le résultat obtenu (en termes d'effets sociaux).
3. Frédéric SUDRE, « Rapport introductif », in Frédéric Sudre et Hélène Surrel, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, coll. « Droit et justice », 2008, p. 24
4. Cour EDH [plén.], 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, Req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, Série A n° 6.
5. Jérôme Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination (1ère partie) », *Revue de droit du travail*, 20 mai 2011, no 5, p. 290.

6. *Ibid.* ; Jérôme PORTA, « Egalité, discrimination, égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *Revue de droit du travail*, 17 juin 2011, n° 6, p. 354
7. Notamment depuis l'arrêt Cour EDH [GC], 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, Req. n° 34369/97, Rec. CEDH 2000-IV, p. 263s. et 301s.
8. À l'image des arrêts rendus contre la Turquie et la Moldavie visant à la protection des femmes victimes de violences conjugales : Cour EDH, 3e Sect., 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, Req. n° 33401/02, Rec. CEDH 2009-III ; Cour EDH, 3e Sect., 28 mai 2013, *Eremia c. République de Moldavie*, Req. n° 3564/11 ; Cour EDH, 3e Sect., 16 juillet 2013, *Mudric c. République de Moldavie*, Req. n° 74839/10.
9. Par exemple, la notion de discrimination indirecte, ainsi que tout le régime de la preuve en découlant. V. sur ce point Frédéric Sudre et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7e édition mise à jour., Paris, Presses universitaires de France, coll. « Thémis Droit », 2015, pp. 109-110, ainsi que les arrêts Cour EDH, 3e Sect., 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, Req. n° 24746/94 (abandon du critère d'intentionnalité de la discrimination indirecte) ; Cour EDH [GC], 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, Req. n° 57325/00, Rec. CEDH 2007-IV, p. 241s. et 339s., et Cour EDH, 4e Sect., 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, Req. n° 17209/02, Rec. CEDH 2006-VIII, p. 305s. et 341s. (utilisation des statistiques « fiables et significatives » comme commencement de preuve suffisant) ; Cour EDH, 1e Sect., 5 juin 2008, *Sampanis et autres c. Grèce*, Req. n° 32526/05 (principe d'une présomption de discrimination que l'État doit renverser dès lors qu'un commencement de preuve d'une discrimination a été amené par le requérant).
10. On parle ici d'autonomie au sens de la portée autonome du principe, c'est-à-dire le fait que la violation de l'article 14 n'est pas subordonnée au constat de violation d'une autre disposition de la Convention, puisqu'il suffit depuis l'arrêt dit « *Affaire linguistique belge* » que les faits tombent dans le champ d'application d'une autre disposition pour que l'article 14 soit applicable. V. Cour EDH [plén.], 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, Req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, Série A n° 6.
11. Même si l'interdiction générale de la discrimination n'apparaît que dans le Protocole n° 12, l'article 14 a vocation à interdire la discrimination dans les domaines touchant aux droits de l'homme garantis par la Convention.
12. Cour EDH [plén.], 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, *op. cit.*
13. Cour EDH [GC], 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, *op. cit.* §46.
14. Cour EDH, 4e Sect., 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, *op. cit.*
15. Cour EDH, 3e Sect., 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, *op. cit.*
16. Cour EDH, 4e Sect., 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, *op. cit.*
17. Sur la définition de la notion de discrimination systémique, V. Marie MERCAT-BRUNS, « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, n° 11, 2015, p. 672 ; et Marie MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 14, 2018, mis en ligne le 14 juin 2018, consulté le 24 septembre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3972>, spéc. §§5-7
18. Cour EDH, 3e Sect., 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, *op. cit.* ; Cour EDH, 3e Sect., 28 mai 2013, *Eremia c. République de Moldavie*, *op. cit.* ; Cour EDH, 3e Sect., 16 juillet 2013, *Mudric c. République de Moldavie*, *op. cit.*
19. Gwénaëlle CALVÈS, « Les discriminations indirectes à raison du sexe ou de l'orientation sexuelle : évolution et hésitations du droit européen », communication lors du Colloque

international *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 10 au 12 mai 2017, Université d'Angers.

20. Cour EDH, 3e Sect., 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, Req. n° 47159/08.

21. V. Cour EDH, 2e Sect., 22 mars 2016, *Guberina c. Croatie*, Req. n° 23682/13 et Cour EDH, 2e Sect., 28 mars 2017, *Škorjanec c. Croatie*, Req. n° 25536/14.

22. Frédéric SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit.

23. Cour EDH, 4e Sect., 13 juillet 2010, *Clift c. Royaume-Uni*, Req. n° 7205/07.

24. *Ibid.* §55 à 59.

25. Hélène SURREL, « L'appréciation contingente des justifications », in Sudre Frédéric et Surrel Hélène, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 141-158.

26. Caroline PICHERAL, « L'incertaine détermination des différences de traitement », in *Ibid.*, p. 106s., notamment : « les motifs interfèrent surtout dans l'examen des justifications avancées par les États. (...) l'arrêt *Timichev c. Russie* a cependant confirmé que l'élection d'un critère de race doit être automatiquement condamnée, tandis que des raisons impérieuses ou particulièrement graves sont requises pour justifier des distinctions fondées sur le sexe, la naissance ou la nationalité ».

27. Cour EDH, 1e Sect., 31 mai 2007, *Šečić c. Croatie*, Req. n° 40116/02, § 67 à propos de crimes à motivation raciste.

28. Cour EDH, 21 février 1997, *Van Raalte c. Pays-Bas*, Req. n° 20060/92, § 42 : « [L]'article 14 exige que toute mesure de ce type s'applique en principe dans les mêmes conditions aux hommes et aux femmes, sauf à produire des raisons impérieuses justifiant une différence de traitement ».

29. Cour EDH, 3e Sect., 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, op. cit.

30. Keina Yoshida, « Towards Intersectionality in the European Court of Human Rights : The Case of *B.S. v Spain* », *Feminist Legal Studies*, juillet 2013, vol. 21, no 2, p. 195 à 204.

31. Iyiola Solanke, *Discrimination as Stigma: a theory of anti-discrimination law*, Hart Publishing., Oxford et Portland, Oregon, 2017, p. 132 et s.

32. *Ibid.*

33. Ivana Radacic, « Gender equality jurisprudence of the European Court of Human Rights », *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, no 4, p. 841 à 857. Pour Ivana RADACIC, l'application du principe de non-discrimination dans ces affaires est « paternaliste » et « simpliste », la Cour semblant ignorante des questions de discriminations intersectionnelles et de ses conséquences. Pour les arrêts illustrant l'absence de réflexion intersectionnelle autour des discriminations subies par les femmes musulmanes portant le foulard ou le voile islamique, V. Cour EDH, décision d'irrecevabilité, 2e Sect., 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse*, n°42393/98, Rec. CEDH 2001-V, p. 429s. et 447s. ; Cour EDH [GC], 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, Req. n°44774/98, Rec. CEDH 2005-XI, p. 115s. et 173s. ; ou encore Cour EDH [GC], 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c. France*, Req. n°43835/11, Rec. CEDH 2014-III, p. 291s. et 341s.

34. Cour EDH [plén.], 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, op. cit.

35. Cour EDH [GC], 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, op. cit.

36. Par exemple, la calotte.

37. V. par exemple : Cour EDH, 1e Sect. 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, Req. n° 40016/98, Rec. CEDH 2003-IX, p. 199s. et 219s.

38. V. par exemple : Cour EDH, 2^{ème} section, 22 juin 2004, *Aziz c. Chypre*, req. n° 69949/01, Rec. CEDH 2004-V, p. 201s. et 219s., notamment §36 : « [La Cour] relève que le requérant est un ressortissant chypriote résidant dans la partie de Chypre contrôlée par le Gouvernement et que c'est son appartenance à la communauté chypriote turque qui explique la différence de traitement constatée, laquelle trouve son origine dans les dispositions constitutionnelles – devenues inapplicables en pratique – régissant les droits électoraux respectifs des membres de la

communauté chypriote grecque et des membres de la communauté chypriote turque ». La Cour constate une différence de traitement sans l'explicitier davantage, comme elle le faisait auparavant en séparant formellement le test de la comparabilité du reste de son raisonnement.

39. V. par exemple : Cour EDH, 25 septembre 1996, *Buckley c. Royaume-Uni*, Req. n° 20348/92, Rec. CEDH 1996-IV, not. §88. Dans cet arrêt, la Cour conclut à l'absence de traitement défavorable sans même rechercher un comparateur à la situation de la requérante, au contraire du juge Pettiti dans son opinion dissidente qui relève plusieurs situations comparables. V. également : Cour EDH, 1^{re} Sect., 9 décembre 2010, *Savez Crkava "Riječ života" et autres c. Croatie*, Req. n° 7798/08. Dans une toute autre mesure, la création de l'obligation positive, à la charge des États, d'enquêter sur les motivations racistes d'actes de violence ne repose pas sur une comparaison *stricto sensu* entre les individus victimes de telles violences racistes et d'autres victimes d'actes de violences. V. Cour EDH [GC], 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, Req. n° 43577/98 et 43579/98, Rec. CEDH 2005-VII, p. 1s. et 49s.

40. Cour EDH [plén.], 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, *op. cit.*, §10.

41. V. *supra*.

42. Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, Req. n° 20458/92, Rec. CEDH 1998-II, V. notamment §38.

43. Ce principe, posé dans l'affaire linguistique belge, et confirmé par l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, est désormais consacré par l'article 1^{er} du Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 24 juin 2013.

Sur les arrêts, V. Cour EDH [plén.], 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, *op. cit.*, spéc. §10 ; Cour EDH [plén.], 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5498/72, Série A n° 24, spéc. §48

44. Sur l'affirmation du principe selon lequel les États sont jugés les mieux placés pour déterminer ce qui est d'utilité publique en matière de politiques économiques et sociales, justifiant une ample marge d'appréciation, V. Cour EDH, 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 8793/79, Série A n° 98, spéc. §46.

45. Cour EDH [GC], 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 65731/01 et 65900/01, Rec. CEDH 2006-VI, p. 131s. et 159s., spéc. §52

46. Ivana RADACIC, « Gender equality jurisprudence of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 844-849.

47. *Ibid.* V. par exemple, cité par l'auteure : Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, Série A n° 87.

48. *Ibid.* V. par exemple, cité par l'auteure : Cour EDH [GC], 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

49. *Ibid.* V. par exemple, cités par l'auteure : Cour EDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90, Série A n° 280-B ; Cour EDH, 4^{ème} section, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, req. n° 29865/96, Rec. CEDH 2004-X, p. 213s. et 237s.

50. *Ibid.* V. par exemple, cité par l'auteur : Cour EDH, 4^e Sect., 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, *op. cit.*

51. *Ibid.* V. par exemple, cités par l'auteur : Cour EDH [plén.], 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, Série A n° 94 ; Cour EDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, req. n° 14518/89, Série A n° 263 ; Cour EDH, 2^{ème} section, 4 juin 2002, *Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas*, req. n° 34462/97, Rec. CEDH 2002-IV, p. 239s. et 257s.

52. Cour EDH [GC], 16 décembre 2010, *A., B. et C. c. Irlande*, Req. n° 25579/05, Rec. CEDH 2010-VI, p. 185s. et 285s, §235.

53. *Ibid.*, spéc. § 270 : « [eu] égard aux observations formulées par les parties sur le terrain de l'article 8 et aux motifs ayant présidé à ses conclusions quant à cette disposition, la Cour ne juge

pas nécessaire d'examiner séparément les griefs des requérantes sous l'angle de l'article 14 de la Convention ».

54. *Ibid.*, spéc. § 269-270

55. La Cour relève elle-même l'existence « dans une majorité substantielle des États membres du Conseil de l'Europe [d'une] tendance en faveur de l'autorisation de l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais ». V. *Ibid.*, spéc. § 235.

56. Christos Rozakis, « Through the Looking Glas : An "Insider"'s view of the Margin of Appreciation », *op. cit.*, notamment p. 529 ; Steven Greer, « La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », Dossier sur les droits de l'Homme, juillet 2000, no 17, p. 61, notamment p. 8.

57. Frédéric SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, notamment p. 88.

58. Frédéric SUDRE, « Rapport introductif », in Frédéric SUDRE et Hélène SURREL, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 24.

59. Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, Req. n°5856/72, Série A n°26, spéc. §31.

RÉSUMÉS

La lisibilité du droit applicable et sa prévisibilité pour les requérants participent du caractère effectif des droits et libertés garantis, tant devant les juridictions internes qu'internationales. La fragmentation – au sens du morcellement – du droit applicable peut ainsi apparaître comme une menace pour l'effectivité. L'évolution du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme peut notamment être analysée sous cet angle. Assurément fragmenté en divers concepts et divers régimes, le principe de non-discrimination souffre en effet d'une application quelque peu chaotique, rendant la lisibilité et la prévisibilité du droit applicable incertaines.

The clarity of law and its predictability contribute to the efficiency of the rights, both in front of domestic and international courts. Nevertheless, this efficiency is endangered by the fragmentation of law, understood as the multiplication of subdivision in law. The evolution of the principle of antidiscrimination in front of the European Court of human rights illustrates well this phenomenon. It is indeed fragmented in several concepts and various regimes, and the application of article 14 by the European Court of human rights seems to be chaotic. This observation leads to the conclusion of the lack of intelligibility and clarity of antidiscrimination law in the conventional system.

INDEX

Mots-clés : discrimination, discrimination directe, discrimination indirecte, Cour européenne des droits de l'homme, prévisibilité du droit

Keywords : discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, European Court of human rights, predictability of the law

AUTEUR

CLAIRE LANGLAIS

Claire Langlais est doctorante contractuelle à l'Université Paris Nanterre – CTAD (équipe CREDOF)