



## **Fragmentation et défragmentation du droit antidiscriminatoire**

Robin Medard Inghilterra

### **► To cite this version:**

Robin Medard Inghilterra. Fragmentation et défragmentation du droit antidiscriminatoire. La Revue des droits de l'Homme, 2019, 15, <10.4000/revdh.5148>. <hal-03322556>

**HAL Id: hal-03322556**

**<https://hal.science/hal-03322556v1>**

Submitted on 13 Sep 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

---

## Fragmentation et défragmentation du droit antidiscriminatoire

Robin Medard Inghilterra

---



**Electronic version**

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/5148>

DOI: 10.4000/revdh.5148

ISSN: 2264-119X

**Publisher**

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

**Electronic reference**

Robin Medard Inghilterra, « Fragmentation et défragmentation du droit antidiscriminatoire », *La Revue des droits de l'homme* [Online], 15 | 2019, Online since 11 December 2018, connection on 09 July 2020.  
URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5148> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.5148>

---

This text was automatically generated on 9 July 2020.

Tous droits réservés

---

# Fragmentation et défragmentation du droit antidiscriminatoire

Robin Medard Inghilterra

---

## AUTHOR'S NOTE

Le présent article, intégré au sein des actes de la journée d'étude des doctorants du CREDOF du 8 février 2018 sur « Fragmentation et droits de l'Homme », a déjà fait l'objet d'une publication en version réduite (40 000 signes en lieu et place des 68 000 signes de la présente version augmentée) in Doytcheva, M. (dir.), dossier « Diversité et lutte contre les discriminations au travail. Catégorisations et usages du droit », *Cahiers de la LCD - Lutte contre les discriminations*, n° 6, 2017, pp. 37-55.

- 1 L'intelligibilité du droit constitue un précepte essentiel de la légistique formelle en raison de son rôle dans l'amélioration de la communication et de la compréhension des textes législatifs<sup>3</sup>. Cette préoccupation se manifesta en France dès l'ordonnance de Villers-Cotterêts du 6 septembre 1539 qui précisait : « afin qu'il n'y ait cause de douter sur l'intelligence des arrêts de nos cours souveraines, nous voulons et ordonnons qu'ils soient faits et écrits si clairement qu'il n'y ait ni puisse avoir aucune ambiguïté ou incertitude, ni lieu à demander interprétation »<sup>4</sup>. Quelques siècles plus tard, l'intelligibilité de la loi fut érigée par les sages en un objectif à valeur constitutionnelle<sup>5</sup>. Vinrent ensuite le principe de clarté<sup>6</sup> ainsi que l'exigence de non-complexité excessive de la loi<sup>7</sup>. Enfin, la décision n° 2006-540 DC précisa les fondements juridiques de l'objectif à valeur constitutionnelle « d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi »<sup>8</sup> (i.e. art. 4, 5, 6 et 16 de la DDHC) qui, selon le Conseil constitutionnel, impose au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »<sup>9</sup>, car « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et « la garantie des droits » requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et

si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée »<sup>10</sup>.

- 2 Se placer sur le terrain de l'intelligibilité et de l'accessibilité du droit implique en conséquence d'envisager un point de vue externe, celui du destinataire qui déchiffre et interprète l'énoncé. Par conséquent, le législateur doit interioriser ce point de vue afin de travestir le regard qu'il pose sur l'intelligibilité de son texte<sup>11</sup>. En somme, l'intelligibilité est à apprécier au regard des capacités du destinataire<sup>12</sup> et non de celles de l'autorité normative<sup>13</sup>. Ce processus entraîne alors un recadrage de l'intelligibilité autour des notions de lisibilité et de compréhensibilité du droit<sup>14</sup>. En ce sens, il est primordial de reconnaître avec Marie-Anne Frison-Roche et William Baranès qu'une loi « devra donc être considérée comme intelligible lorsqu'une personne ordinaire qui en prend connaissance comprend les droits et les libertés que la loi concrétise à son profit ou à son encontre, et mesure également les moyens d'effectivité de ceux-ci, notamment le mode contentieux de leur protection »<sup>15</sup>. *In fine*, de cette intelligibilité dépend l'effectivité du droit car « seule la loi claire, simple, limpide, transparente, compréhensible de tous peut être respectée, devenir efficace et assurer ce que l'on peut attendre du droit »<sup>16</sup>.
- 3 Précisément, en matière de lutte contre les discriminations, la difficulté principale réside dans la lutte contre le non-recours au droit, fréquemment imputé à une méconnaissance et une complexité excessive des règles antidiscriminatoires qui, ainsi affaiblies, se voient privées de leur plein potentiel. C'est du moins ce que suggère le discours du Défenseur des droits<sup>17</sup> et plusieurs études conduites par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. Une étude de 2010 situe notamment la méconnaissance des dispositifs juridiques et la complexité des recours respectivement aux troisième et cinquième rangs des principales causes de non-signalement. 36 % des personnes s'estimant discriminées mais ayant refusé de signaler cet agissement déclarent en effet s'abstenir en raison de la méconnaissance du cadre juridique<sup>18</sup>.
- 4 Force est de constater que le droit antidiscriminatoire est difficilement accessible, y compris pour le juriste, tant en ce qui concerne l'accessibilité intellectuelle que matérielle. Selon l'hypothèse que nous proposons de développer, cette inaccessibilité est soutenue par une double dynamique de fragmentation, matérielle et formelle, du droit antidiscriminatoire (I), de nature à fortement entraver sa lisibilité par les destinataires. Tirant les enseignements de ces carences, nous soulignons dans un second temps que la situation française pourrait fort bien trouver quelques perspectives intéressantes en s'inspirant d'expériences étrangères de consolidation du droit antidiscriminatoire (II).

## I/ - La double fragmentation du droit antidiscriminatoire

- 5 Pour mener cette analyse, la grille de lecture esquissée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 décembre 2005 pourrait nous servir de point de départ. Dans cette décision, les sages distinguent deux entraves essentielles à l'intelligibilité de la loi : la complexité et l'absence de connaissance suffisante des règles applicables. La complexité entrave l'accessibilité intellectuelle du droit, c'est-à-dire sa lisibilité, sa « compréhensibilité »<sup>19</sup>, notamment dans l'hypothèse d'une disparité des régimes

juridiques (B/). Quant à la méconnaissance, elle résulte fréquemment d'une inaccessibilité matérielle de la règle de droit, notamment en cas de dilution, de dispersion formelle des « textes-sources »<sup>20</sup> qui comprennent les dispositions pertinentes (A/).

## A/ - La fragmentation formelle et la dispersion des règles de droit

- 6 En premier lieu, le droit antidiscriminatoire applicable en France repose pour partie sur les instruments juridiques internationaux : la DUDH (1948), le PIDCP (1966), le PIDESC (1966), la Convention internationale pour l'élimination de toutes formes de discriminations raciales (1969), celle sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1981), celle relative aux droits des personnes handicapées (2008) ou encore les conventions n° 100 (égalité homme/femme en emploi, 1953) et n° 111 (emploi, 1960) de l'OIT. S'ajoute à ces dispositions internationales un corpus juridique issu du droit européen et du droit communautaire. Il s'agit principalement de la Charte des droits fondamentaux (art. 21), de la Convention européenne (art. 14), du Traité de Rome de 1957 (art. 119) et du Traité d'Amsterdam de 1997 (art. 13). À ces textes, situés au cœur de la construction européenne, s'ajoutent plusieurs directives spécifiques du Conseil – partiellement transposées – telles la directive 2000/43/CE (race et origine ethnique), la directive 2000/78/CE (emploi), la directive 2002/73/CE (égalité femmes/hommes en emploi), la directive 2004/113/CE (égalité femmes/hommes pour l'accès et la fourniture de biens et services) ou encore la directive 2006/54/CE dite « refonte » (égalité femmes/hommes en emploi).
- 7 Aussi épars que cruciaux, ces textes doivent être lus et combinés avec les dispositions issues de l'ordre juridique interne. Il est en premier lieu question des énoncés du bloc constitutionnel : Constitution du 5 octobre 1958 (art. 1), préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (alinéas 1, 3 et 5), DDHC (art. 1 et 6). Il s'agit ensuite de ce qui pourrait être désigné comme le « noyau législatif » du droit antidiscriminatoire, soit les articles 225-1 à 225-4 du Code pénal, les articles L1131-1 à L1134-5 du Code du travail, la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, ainsi que la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Ces derniers éléments se trouvent codifiés ou consolidés<sup>21</sup> au sein de textes identifiables et relativement lisibles en soi. Alors, l'accessibilité du droit antidiscriminatoire serait probablement aisée si les énoncés juridiques y concourant ne s'épanchaient pas de manière hémorragique au-delà des textes susmentionnés.
- 8 Or, régulièrement, des lois se succèdent pour inscrire des avancées supplémentaires qui, certes, doivent être saluées sur le fond, mais qui sur la forme, se font au prix d'un renforcement de l'éclatement du droit antidiscriminatoire. Il est en effet possible de dénombrer, *a minima*, une vingtaine de lois, de nature diverse qui recèlent des dispositions pertinentes : lois n°s 72-546<sup>22</sup>, 72-1143<sup>23</sup>, 82-689<sup>24</sup>, 83-635<sup>25</sup>, 90-615<sup>26</sup>, 89-462<sup>27</sup>, 87-517<sup>28</sup>, 2000-493<sup>29</sup>, 2001-397<sup>30</sup>, 2001-1066<sup>31</sup>, 2002-73<sup>32</sup>, 2003-88<sup>33</sup>, 2004-204<sup>34</sup>, 2005-102<sup>35</sup>, 2005-843<sup>36</sup>, 2006-340<sup>37</sup>, 2006-396<sup>38</sup>, 2008-496<sup>39</sup>, 2011-333<sup>40</sup>, 2011-334<sup>41</sup>, 2014-873<sup>42</sup>, 2016-1547<sup>43</sup>, 2017-90<sup>44</sup>. La simple lecture de cet égrenage – qui se borne à une approche législative non exhaustive<sup>45</sup> – illustre la dimension fastidieuse à laquelle se trouve confronté celui qui désire prendre connaissance du contenu du droit antidiscriminatoire<sup>46</sup>. En outre, il ne s'agit là que de la simple identification de textes-

sources et non de dispositions précises qui, seules, demeurent en mesure de conférer la substance juridique du droit antidiscriminatoire. Or, au sein même des textes-sources identifiés, cette substance se trouve fréquemment dans un état de dilution – frôlant parfois la dissolution.

- 9 En effet, au sein des lois identifiées, la concentration des énoncés supposés œuvrer à la réalisation du droit à la non-discrimination apparaît extrêmement variable. Certaines lois sont entièrement composées d'énoncés pertinents (*e.g.* loi n° 2008-496). D'autres ne concernent la lutte contre les discriminations que de manière connexe, voir incidente (*e.g.* lois n°s 2002-73, 89-462). En outre, douze des lois identifiées ci-dessus sont composées exclusivement de dispositions codifiées<sup>47</sup> et sont en conséquence uniquement porteuses de règles de droit immergées dans un autre instrument juridique que la loi elle-même. L'accessibilité cognitive aux règles de droit s'en trouve complexifiée, dès lors que leur contenu, souvent technique, doit être appréhendé dans un cadre spécifique. Quant aux lois restantes, huit sont des lois « mixtes », alternant entre dispositions codifiées et non codifiées<sup>48</sup>, et trois seulement sont composées de dispositions non codifiées parmi lesquelles figure la loi organique relative au Défenseur des droits<sup>49</sup>. L'enthousiasme est en conséquence indispensable pour qui souhaite s'atteler à la tâche ardue et chronophage consistant à dresser une liste exhaustive des énoncés pertinents, représentative de ce que serait le droit antidiscriminatoire actuel.
- 10 Si la matière, relativement conséquente, permet de conclure à l'existence d'un dispositif légal substantiel, celui-ci n'est en revanche que le fruit d'une institutionnalisation juridique sauvage qui impacte négativement sa présentation formelle et sa lisibilité. À cet égard, Serge Slama souligne « une profusion contre-productive des textes antidiscriminatoires » ainsi qu'une « stratification des textes sans grande lisibilité »<sup>50</sup>. Après une analyse méticuleuse des avancées en droit pénal, social, public et communautaire, il considère que « l'appareil normatif antidiscriminatoire actuel n'est pas le résultat d'une réflexion visant à lui assurer une certaine unité mais constitue uniquement le résultat de différentes couches et sous-couches législatives qui se sont accumulées ces trente dernières années rendant peu lisible ce droit »<sup>51</sup>. Logiquement, il en tire la conclusion que « cette complexité du droit de la non-discrimination résultant de la stratification législative constitue un des facteurs d'ineffectivité de ces normes »<sup>52</sup>. Il est possible de souscrire pleinement à cette analyse du processus de stratification désordonné des règles de droit comme facteur d'ineffectivité du droit antidiscriminatoire, dans la mesure où la complexité et l'illisibilité subséquentes du droit ne favorisent ni sa connaissance ni sa mobilisation. En entravant la réception sociale et la mobilisation du droit, ces dispositions freinent donc leurs contributions à la réalisation du droit. De plus, cette dilution formelle du droit antidiscriminatoire, causée par la multiplicité des textes-sources, se trouve doublée d'une fragmentation matérielle liée à la disparité des régimes juridiques.

## **B/ - La fragmentation matérielle et l'hétérogénéité des règles de droit**

- 11 L'étude du droit antidiscriminatoire révèle de surcroît une certaine hétérogénéité substantielle préjudiciable à sa lisibilité et à sa compréhensibilité. Il en va ainsi en premier lieu de la différenciation des prescriptions juridiques en fonction de la nature, publique ou privée, du destinataire de la règle de droit. Cette différenciation est

d'autant plus importante qu'elle affecte la prohibition même de la discrimination. En effet, la diversité des définitions de la discrimination en droit interne<sup>53</sup> crée un décalage entre les protections accordées aux travailleurs soumis au Code du travail, pour l'essentiel des salariés du secteur privé, et celles concédées aux fonctionnaires soumis au droit statutaire<sup>54</sup>. Ainsi, l'article L1132-1 du Code du travail énonce une protection structurée autour de vingt-cinq motifs de discriminations, quand les articles 6 et 6 bis de la loi Le Pors du 13 juillet 1983 ne protègent les fonctionnaires qu'à raison de seize motifs<sup>55</sup>. De même, *quid* des critères « annexes »<sup>56</sup> et des protections additionnelles offertes par les articles L1132-2 (interdiction de la discrimination en raison de l'exercice normal du droit de grève), L1132-3-1 (en raison de l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur) et L1132-3-2 (pour avoir refusé, en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité)<sup>57</sup> ? Celles-ci demeurent à ce jour complètement ignorées de la loi Le Pors portant droits et obligations des fonctionnaires<sup>58</sup>. Par ailleurs, bien que leur énumération soit non exhaustive, les matières pour lesquelles la discrimination en emploi est explicitement prohibée par ces instruments diffèrent. S'ils se rejoignent pour cibler la rémunération, la formation, la promotion, l'affectation et la mutation, seule la loi Le Pors cible le recrutement, la titularisation, l'évaluation, la notation et la discipline. Quant à l'article L1132-1 du Code du travail, il préfère souligner l'interdiction de la discrimination au regard des mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de reclassement, de qualification, de classification ou de renouvellement de contrat. Le problème n'est pas tant que ces différences coexistent au sein d'un même ordre juridique mais qu'elles soient dénuées de justification objective. En conséquence, les répercussions négatives sur la lisibilité du droit apparaissent largement superfétatoires.

- 12 Au-delà des divergences générales mentionnées ci-dessus, pourraient être soulignées certaines discordances des prescriptions juridiques n'affectant que les personnes morales cette fois, toujours en fonction de leur nature, publique ou privée. Ainsi, l'obligation de formation quinquennale faite aux entreprises de plus de trois cents salariés et à celles spécialisées dans le recrutement<sup>59</sup> ne s'applique pas à la fonction publique. Seuls certains employeurs publics ayant ratifié la Charte pour la promotion de l'égalité dans la fonction publique s'engagent – volontairement – à assurer « des actions de formation ou de sensibilisation adaptées ». Cet équivalent n'est toutefois ni généralisé ni obligatoire. Inversement, la loi impose au Gouvernement de publier tous les deux ans un rapport faisant état de la prise en compte de la diversité dans les trois fonctions publiques<sup>60</sup>, alors que les entreprises sont exemptées de cette obligation légale<sup>61</sup>. Tout au plus, cela peut être rapproché du sixième point de la Charte de la diversité qui prévoit, pour les seuls signataires, d'inclure dans le rapport annuel d'entreprise « un chapitre descriptif de [l']engagement de non-discrimination et de diversité »<sup>62</sup>.
- 13 En outre, entre les entreprises, sont susceptibles d'exister diverses obligations légales en fonction du nombre de salariés ou du chiffre d'affaires (*e.g.* de plus de trois cents ou cinq cents salariés, disposant d'un chiffre d'affaires de plus de cinquante millions d'euros ou non) qui ne permettent pas non plus d'unifier les régimes juridiques pour des destinataires de même nature. Les causes de cette fragmentation se logent pour partie au niveau de l'Union européenne<sup>63</sup>. Mais en parallèle des obligations légales, la « promotion de la diversité »<sup>64</sup> s'avère également un terreau fertile à la prolifération

des « bonnes pratiques », des « initiatives », des « dispositifs *ad hoc* », des « plans », des « chartes », des « labels », des accords<sup>65</sup>, etc. Or, ces « boîtes à outils de la diversité »<sup>66</sup>, ainsi que plus généralement la multiplication d'initiatives et de dispositifs en dehors du cadre légal, s'avèrent également vectrices d'un éclatement des obligations antidiscriminatoires. La Charte de la diversité et le label « Diversité » décerné par l'AFNOR se sont néanmoins progressivement affirmés comme les piliers de ce développement managérial<sup>67</sup> en ce domaine et contribuent à fédérer les initiatives entrepreneuriales.

- 14 Aussi fédératrices soient-elles, ces initiatives doivent être situées dans un contexte spécifique. En effet, leur développement fut accéléré au moment de l'adoption des directives communautaires et de l'émergence d'un corpus juridique au service de la lutte contre les discriminations en France. Certaines analyses ont alors estimé que, « dans ce contexte de *hard law*, on comprend mieux l'enjeu et l'intérêt pour les entreprises de s'engager dans des *soft law* de la diversité pour prévenir des recours en discrimination »<sup>68</sup>. Ce contexte particulier, caractérisé par la cohabitation des instruments légaux et de *soft law*, voire par « la mise à distance du droit » opérée par ces derniers<sup>69</sup>, se mue alors en source de tension entre, d'une part, une législation moderne et imparfaite à la recherche de son effectivité et, d'autre part, une régulation accommodante présentée comme plus efficace en raison de son adéquation aux logiques du monde entrepreneurial. L'empire de la loi se trouve ainsi supplanté par celui des objectifs managériaux qui aboutissent à une « dépolitisation de la question des discriminations »<sup>70</sup>. De surcroît, ces initiatives sont le plus souvent évaluées sans externalisation du contrôle de la réalisation des objectifs fixés<sup>71</sup>. Dès lors, comment mesurer les progrès accomplis ? De même, en l'absence de valeur contraignante, comment ne pas assimiler cette autorégulation à des « alibis tendant à faire croire à une moralisation de la vie économique qui n'existerait que sur le papier »<sup>72</sup> ? Quelles que soient les réponses apportées à ces questions, la démultiplication des sources de régulation ou de réglementation contribue, elle aussi, à la difficile lisibilité du droit.
- 15 Enfin, il était possible de constater jusqu'en novembre 2016 – date à laquelle la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>73</sup> y mit un terme – une tendance à la fragmentation des champs d'application de l'interdiction de la discrimination en fonction du motif considéré. Ainsi, la perte d'autonomie, les convictions ou la maternité ne relevaient pas de la protection du régime pénal<sup>74</sup>. Les motifs du patronyme, de l'apparence physique, de la situation de famille, des caractéristiques génétiques, des mœurs, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance à une nation ou de la perte d'autonomie étaient quant à eux exclus des domaines d'application de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 qui renforce la protection civile – notamment au-delà du secteur de l'emploi. Si bien que, en droit civil et en droit administratif, seuls les motifs de l'ethnie, la race, la grossesse et la maternité trouvaient à s'appliquer en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès et de fourniture de biens et services. Les autres motifs étaient bornés au champ d'application de la directive 2000/78/CE – celui du travail. Une exception s'avérait être celle du sexe qui jouissait d'un statut hybride et voyait son champ d'application gracieusement étendu à l'accès et à la fourniture de biens et services. À cet égard, fut à juste titre dénoncée une « transposition aveugle » aboutissant à l'instauration d'une « hiérarchie entre les discriminations » et résultant d'une volonté de « hiérarchiser » les victimes, et encourager la concurrence entre elles »<sup>75</sup>. Cette incohérence nuisait là encore à la clarté du droit antidiscriminatoire de manière superflue, en alimentant la variabilité des



protections en fonction des caractéristiques des victimes. Si, fort heureusement, grâce à l'intervention de la LMJ21, cette incohérence est aujourd'hui rectifiée, d'autres persistent<sup>76</sup>.

- 16 Plus largement, comme le rappelle Bruno Oppetit, en France le droit moderne – et le droit antidiscriminatoire ne saurait y faire exception – « se compose désormais d'une myriade de lois spéciales et catégorielles, changeantes car résultant de compromis fragiles entre intérêts antagonistes des groupes sociaux ou économiques : ces textes prétendent s'ériger en innombrables micro-systèmes autonomes les uns à l'égard des autres, sans la contrainte d'obéir à une rationalité globale ». Poursuivant, il conclut, non sans pessimisme : « on ne saurait manquer de déplorer un pareil désordre législatif et réglementaire en ce qu'il révèle la perte de maîtrise des gouvernants sur l'évolution du système juridique »<sup>77</sup>. Les quelques manifestations d'hétérogénéité des régimes de protection relevées *supra* ne font qu'illustrer un phénomène global de fragmentation matérielle appliquée au droit antidiscriminatoire. De ce constat semble émerger l'impérative nécessité de considérer l'opportunité d'une restructuration ou défragmentation du droit antidiscriminatoire.

## II/ - La consolidation comme défragmentation du droit

- 17 Dans cette optique, c'est essentiellement la pertinence d'une forme de codification qu'il convient d'interroger, entendue *lato sensu* comme la « collection de dispositions légales, portant sur une matière de législation positive déterminée dans ses contours par une idée générale qu'exprime ordinairement le titre donné au code lui-même »<sup>78</sup>. En soi, cette seule démarche ne saurait nécessairement garantir une meilleure effectivité du droit à la non-discrimination tant les facteurs de réalisation qui agissent et interagissent pour construire – autant que possible – cette situation sont nombreux<sup>79</sup>. Néanmoins, dans une perspective légistique, ses effets bénéfiques sur la lisibilité, la clarté et la non-complexité excessive du droit renforcent l'opportunité du questionnement<sup>80</sup>. C'est ce que confirme le Conseil constitutionnel lorsqu'il précise, au sujet de la codification, « que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de loi »<sup>81</sup>. À cet égard, les expériences étrangères sont riches d'enseignements et ont jusque-là privilégié une forme spécifique de codification du droit antidiscriminatoire : la consolidation, visant la réunion et l'ordonnancement de dispositions relatives à une même matière au sein d'une seule et même loi<sup>82</sup> (A/). Ces expériences concrétisent alors les préconisations de la légistique qui érige la consolidation en une réponse à « un besoin de regroupement, de publicité, de simplicité et de cohérence des sources du droit »<sup>83</sup>. Si bien que l'adéquation entre, d'une part, les carences constatées dans le cadre français et, d'autre part, les vertus anticipées de la consolidation, confirme la nécessité de prolonger le questionnement par l'action du législateur (B/).

### A/ - Les initiatives étrangères : un décentrement instructif

- 18 En écho à la fragmentation du droit antidiscriminatoire, le Canada, très tôt, fit le choix de la consolidation. Chronologiquement, le processus peut être divisé en trois périodes : l'émergence ponctuelle et déstructurée des premières lois à partir de 1932 ; la cristallisation législative via l'expérience ontarienne du premier Code des droits de la

personne en 1962 ; enfin, la propagation dans les deux décennies suivantes de cette innovation.

- 19 Aussi bien en ce qui concerne le phénomène de codification que l'émergence initiale des lois antidiscriminatoires, l'Ontario a véritablement été une province motrice au Canada. Ce *leadership* s'est affirmé dès 1932 avec l'adoption de la première loi antidiscriminatoire, l'*Ontario Insurance Act*, interdisant la prise en compte de la race ou des croyances religieuses comme facteurs légitimes de calcul du risque en matière d'assurance. En 1944, le *Racial Discrimination Act* prohibe les publications et affichages favorisant la discrimination raciale dans l'espace public et les propriétés privées. Quant à la Colombie-Britannique, elle se distingue par l'interdiction de la discrimination dans l'attribution de fonds gouvernementaux pour les projets de travaux publics (*Unemployment Relief Act*, 1932) et dans l'administration des programmes d'assistance sociale (*Social Assistance Act*, 1945). À l'exception d'une initiative notable, le *Saskatchewan Bill of Rights Act* de 1947, le reste fut une succession de lois adoptées en Ontario et reprises progressivement par les différentes provinces canadiennes : le *Conveyancing Act* de 1950, interdisant les clauses contractuelles restrictives fondées sur la couleur de peau, la race, les croyances et l'origine ethnique – repris la même année par le Manitoba (*Loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens*) ; le *Avis motivé*. Le *Fair Employment Practices Act* de 1951, prohibant la discrimination fondée sur la race ou la religion dans les pratiques d'embauche et en milieu de travail – repris en moins de cinq années au niveau fédéral ainsi que par six autres provinces<sup>84</sup> ; le *Femal Employees Fair Remuneration Act* de 1951, accordant aux femmes une rémunération égale aux hommes pour le même travail – imité en moins de six années par sept autres législateurs provinciaux<sup>85</sup> ; le *Fair Accommodation Practices Act* de 1954, lié à la discrimination dans le domaine du logement<sup>86</sup> – repris en une décennie par cinq législateurs provinciaux<sup>87</sup> ; ou encore l'Anti-Discrimination Commission Act de 1958, créant pour la première fois une Commission spécialisée chargée de veiller à l'application des lois antidiscriminatoires.
- 20 Néanmoins, face au constat de l'ineffectivité manifeste de ces lois<sup>88</sup>, en 1962, l'Ontario fit le choix d'abroger la plupart d'entre elles pour consacrer en lieu et place le premier Code des droits de la personne au Canada. Le contenu des lois abrogées fut intégralement transposé dans ce code prohibant la discrimination fondée sur la religion, la race et l'origine ethnique, notamment dans les domaines du logement, de l'emploi et des services. De surcroît, à ce contenu étaient ajoutées trois innovations majeures : la création d'un mécanisme extrajuridictionnel de règlement des litiges<sup>89</sup>, la création d'une institution de promotion de l'égalité et l'adoption de mesures de redressement proactives et systémiques<sup>90</sup>. Par la suite, le Code ontarien des droits de la personne fut régulièrement amendé afin d'enrichir la liste des motifs potentiels de discrimination ou de transformer, en 2002, l'ancien *Board of Inquiry*, organe *ad hoc*, en véritable Tribunal des droits de la personne. La dernière réforme du Code ontarien par le *Bill 107*, entrée en vigueur en 2008, fut sans doute la plus importante.
- 21 À la suite de l'expérimentation ontarienne, les diverses lois provinciales, adoptées au cours des deux dernières décennies, furent remplacées soit par des lois de consolidation, soit par des codes antidiscriminatoires (*Alberta Human Rights Act*, 1966 ; *British-Columbia Human Rights Act*, 1969, puis *Human Rights Code*, 1973 ; Charte québécoise des droits et libertés de la personne, 1975 ; Loi canadienne des droits de la personne, 1977 ; etc.). Loin d'être complets, ces différents textes ont progressivement été

amendés en vue de renforcer le dispositif juridique, notamment par le développement des mécanismes de contrôle et de promotion des droits<sup>91</sup>. Cependant, au-delà des éventuelles carences de fond, tous possèdent le mérite de formuler un dispositif clair, cohérent, lisible et accessible. Certains sont exhaustifs ; d'autres doivent être combinés avec quelques lois satellites, plutôt rares, et pour la plupart relatives aux mesures proactives en faveur de l'égalité dans l'accès à l'emploi<sup>92</sup>.

- 22 La consolidation du droit antidiscriminatoire ne s'est toutefois pas limitée au Canada, et les expériences australiennes ou néo-zélandaises fournissent d'autres illustrations de ce processus juridique. Certes, à ce jour, l'État fédéral australien n'a pas encore emprunté le chemin de la rationalisation de son dispositif légal, qui demeure encore caractérisé par plusieurs lois sectorielles (*Racial Discrimination Act*, 1975 ; *Sex Discrimination Act*, 1984 ; *Human Rights Commission Act*, 1986 ; *Disability Discrimination Act*, 1992 ; *Age Discrimination Act*, 2004). En revanche, la totalité des États fédérés et les deux principaux Territoires australiens ont, entre 1977 et 1998, tous opté pour un unique instrument législatif, cristallisant les règles de droit pertinentes sous la dénomination *Anti-Discrimination Act*<sup>93</sup> ou d'*Equal Opportunity Act*<sup>94</sup>. Le contenu varie légèrement en fonction de la loi envisagée, mais toutes reprennent pour l'essentiel les modèles canadiens structurés autour de quatre éléments cruciaux : la déclinaison des types de discrimination ; l'énumération – et la définition – des motifs ou caractéristiques protégées ; la précision des domaines au sein desquels la discrimination est prohibée ; et, enfin, l'institutionnalisation des organismes spécialisés – le plus souvent une Commission et un Tribunal – chargés de veiller au respect de la loi et à son exécution. Certaines lois de consolidation sont particulièrement réussies tel le *Queensland Anti-Discrimination Act* de 1991<sup>95</sup>. La même démarche fut globalement suivie en Nouvelle-Zélande dans le cadre du *Human Rights Act* de 1993. À l'instar du Canada, malgré un intitulé suggérant un champ d'application plus large, cette loi vise exclusivement l'interdiction de la discrimination<sup>96</sup>. Entre autres choses, cette loi établit une *Human Rights Commission* et un *Human Rights Review Tribunal* après avoir structuré la protection antidiscriminatoire autour de treize motifs – disposant d'une acception large et précisée législativement – applicables dans sept domaines principaux, sous réserve d'exceptions limitativement définies. En fin de compte, l'analyse des expériences étrangères permet sans grande difficulté la mise en évidence de certaines régularités susceptibles de faciliter la systématisation du contenu substantiel de ces lois antidiscriminatoires ainsi consolidées.
- 23 Ces processus de rationalisation juridique interviennent en revanche de manière plus tardive en Europe. Les initiatives britannique et suédoise renforcent néanmoins l'hypothèse d'une consolidation susceptible d'intéresser également le cas français, pour deux raisons au moins. Premièrement, elles corroborent l'idée d'une consolidation antidiscriminatoire au sein d'ordres juridiques voisins, enchâssés dans le système communautaire qui œuvre précisément au développement et à l'harmonisation des législations nationales en la matière. Deuxièmement, le développement et l'architecture des droits antidiscriminatoires britannique et suédois sont davantage semblables à la situation actuelle du droit français. En effet, la consolidation n'est pas apparue dès les prémices de l'institutionnalisation juridique de la lutte contre les discriminations mais, comme cela avait pu être le cas au Canada et contrairement aux cas néo-zélandais et australiens, elle fut au contraire considérée dans un second temps, en tant que modalité de rationalisation d'un dispositif juridique caractérisé par une multiplicité de lois sectorielles. À souligner toutefois que les législations suédoises et

britanniques se trouvaient moins affectées par la dilution des textes-sources préalablement exposée au sujet du droit français – ce qui ne fait que renforcer l'argument de la consolidation comme rationalisation nécessaire. En 2008, le Riksdag vota ainsi l'abrogation de sept lois sectorielles<sup>97</sup> auxquelles fut substitué un nouveau *Discrimination Act*, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Cette nouvelle législation établit six types de discrimination<sup>98</sup>, à raison de sept motifs seulement<sup>99</sup>, dans neuf domaines spécifiques sous réserve d'exceptions limitativement énumérées. De surcroît, elle crée le *Board Against Discrimination* ainsi qu'un nouvel *ombudsman*, l'*Equality Ombudsman* qui fusionne quatre homologues sectoriels (*Equal Opportunities Ombudsman*, *Ombudsman Against Ethnic Discrimination*, *Disability Ombudsman*, *Ombudsman Against Discrimination Because of Sexual Orientation*). Outre-Manche, à la suite d'une initiative du *Labour* et à l'issue d'un processus de consultation, le Parlement britannique fit de même, fusionnant une quinzaine de lois et règlements antidiscriminatoires<sup>100</sup> pour aboutir en 2010 à un unique *Equality Act*.

## B/ - En France : dégager les enseignements, esquisser les perspectives

- 24 Afin de saisir pleinement le phénomène de codification, il convient de revenir sur ses motivations et sur les attentes qu'on lui attribue. Au Canada, en dépit d'un dispositif juridique plus qu'honorable pour le début des années 1960, l'adoption du Code ontarien des droits de la personne en 1962 fut précisément justifiée par l'ineffectivité de la législation en vigueur. Alexandre Morin évoque plus particulièrement cinq entraves essentielles à la réalisation du droit<sup>101</sup> qu'il importait de dépasser : la méconnaissance de ces lois en raison de leur faible visibilité publique et de l'absence de promotion institutionnelle ; les blocages dans l'acheminement des plaintes par les services de police ; la charge de la preuve en matière pénale ; le conservatisme des tribunaux dans l'application des règles antidiscriminatoires, perçues comme contraires à la liberté contractuelle, au droit de gérance ou au droit de propriété ; et, enfin, le faible potentiel dissuasif des normes secondaires<sup>102</sup> et l'absence de mesures réparatrices. Quatre moyens concomitants furent alors opposés en réponse à l'ineffectivité du droit : le renforcement de l'appareil de contrôle, l'abandon de la logique de sanction au bénéfice de la réparation, la création d'une institution de promotion de l'égalité et, enfin, la consolidation du droit antidiscriminatoire. C'est plus précisément l'influence sur la réalisation du droit de ce dernier facteur qu'il s'agira ici d'apprécier.
- 25 En France, bien qu'extrêmement rares et laconiques, quelques voix se sont déjà élevées pour souligner que la « cohérence et [la] vocation pédagogique seraient également renforcées par le rassemblement, au sein d'un même recueil [...] du corpus des textes relatifs aux discriminations »<sup>103</sup>. Cela, afin de permettre d'appréhender facilement toutes les normes applicables en ce domaine<sup>104</sup>. Tout en se plaçant à un niveau plus théorique, Bruno Oppetit confirme ce sentiment lorsqu'il expose les trois valeurs intrinsèques à la codification<sup>105</sup> : une valeur politique tout d'abord, en ce que la codification vise à imposer un pouvoir ou une idéologie ; une valeur sociale ensuite, en ce que la codification vise la stabilisation d'une société par l'affirmation d'un nouveau pacte social<sup>106</sup> ; une valeur technique enfin, « dans le but [...] de remédier à la dispersion et à l'émiettement des sources du droit et d'assurer l'accès des destinataires et des usagers des règles à la connaissance du droit »<sup>107</sup>. En somme, est ici rejointe la volonté

de favoriser l'accessibilité cognitive par une législation répondant aux exigences de clarté, de lisibilité et de non-complexité excessive du droit<sup>108</sup>. Pour ce faire, les codes se doivent de demeurer clairs, courts et précis, comme le suggérait déjà Jean-Jacques Rousseau en 1770<sup>109</sup>. Parmi les quatre idéaux types de codification développés par Bruno Oppetit, trois possèdent cette valeur technique susmentionnée : les consolidations, les « grandes œuvres réformatrices »<sup>110</sup> (e.g. Code civil, Code pénal) ainsi que la codification à droit constant<sup>111</sup>, entendue comme « la mise en ordre du droit existant, avec une répartition rationnelle des matières entre les codes et une organisation méthodique de chacun d'entre eux »<sup>112</sup>. Ces trois idéaux types de rationalisation juridique sont présentés comme autant de réponses aux crises du droit, aussi bien à la crise quantitative en ce qu'ils freinent l'inflation législative, qu'à la crise qualitative en ce qu'ils facilitent la simplification, la clarification et la mise en cohérence du droit (e.g. définitions, champs d'application, exceptions, etc.).

- 26 Si un phénomène similaire était amené à se concrétiser en France, il peut être soutenu que la codification à droit constant (i.e. la remise en ordre du droit positif par une répartition plus aboutie entre les codes) ne saurait suffire. En effet, la nature systémique de la discrimination transforme celle-ci en objet juridique transversal, légitimant ainsi son imbrication dans la quasi-totalité des codes de droit français. La technique de clarification à droit constant n'est dès lors pas en mesure de répondre à la dilution formelle du droit antidiscriminatoire et à ses conséquences en termes de lisibilité et d'accessibilité. Poursuivant, sans nécessairement viser une « grande œuvre réformatrice », la voie de la consolidation paraît la plus opportune. Il s'agirait alors de réunir et d'intégrer selon un ordre logique les textes réglant successivement une même question, tout en profitant éventuellement de l'occasion pour consacrer législativement certains acquis jurisprudentiels. Par ce procédé, serait visée « la réunion en un même ensemble de règles jusque-là dispersées », afin de « facilite[r] l'accès à la connaissance du droit au profit des usagers », et d'en « souligne[r] parfois les faiblesses ou les incohérences, et [...] ainsi contribuer à favoriser la réforme ultérieure de la matière »<sup>113</sup>. Il ne s'agit donc pas d'appeler à la création d'une œuvre aussi imposante que le Code civil, le Code du travail ou le Code pénal mais, plus simplement, de favoriser la constitution d'un socle de droit commun cohérent et lisible par la mise en ordre et le regroupement des règles de droit pertinentes.
- 27 Cet enjeu a notamment été placé au cœur de la réforme du droit britannique en 2010, alors que coexistaient de nombreuses lois antidiscriminatoires<sup>114</sup>. Dès février 2005, le Gouvernement britannique mandate le *Discrimination Law Review* afin de conduire une évaluation globale du système juridique antidiscriminatoire. Ses conclusions, axées autour de trois préoccupations (« harmoniser et simplifier la loi », « une loi plus effective », et « moderniser la loi »<sup>115</sup>) établissent sans ambiguïté un lien entre la réalisation du droit et la nécessité d'une consolidation : « *Our aim is to achieve a Single Equality Bill which is simpler, more effective at tackling disadvantage and fit for 21st century* »<sup>116</sup>. Selon les travaux du *Discrimination Law Review*, la consolidation du droit permet en effet la réalisation des deux premiers objectifs : une loi claire et simple (« *The proposals have been developed [...] to consider the opportunities for creating a clearer and more streamlined discrimination legislative framework which produces better outcomes for those who currently experience disadvantage* »)<sup>117</sup> ainsi qu'une loi cohérente et harmonieuse (« *The Government will consider the outcome of these initiatives in preparing a Single Equality Bill, bringing together the whole of discrimination law in a more consistent and coherent way* »)<sup>118</sup>. Une fois réalisés, ce sont précisément ces objectifs qui engendrent – ou du moins

contribuent à – une meilleure effectivité du droit. À ce titre, les rapporteurs concluaient au sujet de la clarté de la loi : « *Simplifying and consolidating the law will of itself clarify rights and responsibilities. This should make it more straightforward for those with responsibilities under the law to understand and meet them* »<sup>119</sup>. De même, la consolidation fut perçue comme une modalité de mise en cohérence des textes : « *As far as possible, our discrimination law should: be set out in one piece of legislation (a Single Equality Act), supplemented by clear, practical, common sense guidance and codes of practice; use language that can be understood by everyone who is affected by it, whether it gives them rights or places responsibilities on them; have one set of definitions and standards for similar situations; be very clear about the circumstances in which differences and exceptions may apply; set clear standards to underpin good practice; help prevent discrimination occurring in the first place by making it easier for people to comply with the law* »<sup>120</sup>. En définitive, la consolidation était perçue comme une modalité de réponse à la fragmentation formelle (« *the law is set out in a lot of different places, in Acts of Parliament, regulations and orders* »<sup>121</sup>) et matérielle (« *different approaches have been taken to drafting the law, with different definitions and exceptions* »<sup>122</sup>) du droit antidiscriminatoire. Dès lors, le parallèle avec le cas français semble relativement aisé et invite à envisager sérieusement l'hypothèse d'une consolidation.

- 28 Loin de constituer un projet chimérique, la consolidation du droit antidiscriminatoire en France pourrait parfaitement procéder, par exemple, du renforcement de la loi du 27 mai 2008<sup>123</sup>, applicable à la fois en droit administratif et en droit civil. Les modifications apportées par la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et par la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté semblent précisément s'inscrire en ce sens<sup>124</sup>. Par ailleurs, au regard des régularités constatées lors de l'analyse des lois de consolidation étrangères, l'hypothèse se renforce tant les structures sont semblables. Bien qu'il soit considérablement moins développé que les dispositifs légaux étudiés par ailleurs (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, Suède, Grande-Bretagne), le contenu de la loi du 27 mai 2008 est en effet le plus riche du droit français et reprend plusieurs des éléments cardinaux partagés par les lois de consolidation étrangères : déclinaison des types de discrimination (directe, indirecte, harcèlement dont harcèlement sexuel, injonction à discriminer), énumération la plus complète des motifs, des champs d'application (emploi<sup>125</sup>, protection sociale, santé, avantages sociaux, éducation, accès et fourniture de biens et services), formulation explicite des exceptions en fonction des domaines, dimension institutionnelle – si légère soit-elle avec le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes –, ou encore dimension procédurale (règle de preuve, *testing*, mesures d'instruction, etc.). Ces prémices pourraient alors être amplifiées, afin de constituer le point de cristallisation d'un droit antidiscriminatoire français consolidé, répondant aux exigences de clarté et de non-complexité excessive, demeurant lisible et accessible à tous.

## NOTES

1. CALVÈS, G., « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *D.*, 2016, p. 1500.
2. CALVÈS, G., « Le droit de la non-discrimination : un droit pour rire », *D.*, 2017, p. 653.
3. FLÜCKIGER, A., « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21.
4. Art. 110. Not. relevé in CHAMPEIL-DESPLATS, V. & MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme » *op. cit.*, p. 66.
5. CC, Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13.
6. CC, Décision n° 2001-451 DC du 27 nov. 2001, cons. 13 et CC, Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 9. À noter le vocable d'« exigence » de clarté – et non de « principe » dans la décision n° 2001-451 DC. Par ailleurs, une première référence avait été faite à cette exigence dès 1998 : « cette mesure, qui, en l'état, est définie de façon suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la Constitution [...] ». V. CC, Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, cons. 10.
7. CC, Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 77. Sur les causalités potentielles de la complexité excessive de la loi, v. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris : La Documentation française, p. 233 et s.
8. Pour une analyse critique des rapports ambigus entre le principe et l'exigence de clarté d'une part et l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi d'autre part, v. RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2012, pp. 48-55.
9. CC, Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 9.
10. CC, Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 77.
11. En ce sens, v. FRISON-ROCHE, M-A. & BARANÈS, W., « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000, p. 361 et s., § 19 à 21 et not. : « l'intelligibilité du droit se définit par rapport à la compréhension effective que le destinataire en a ».
12. Sur l'idéal type du destinataire « moyen » auquel le législateur doit se référer pour apprécier ce point de vue externe, v. not. MOLFESSIS, N., « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.*, 2004, p. 155, § 21 et § 49. Et pour un point de vue critique, v. RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 24.
13. Sur cette distinction, v. JENNEQUIN, A., « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *loc. cit.*
14. LASSERRE-KIESOW, V., « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *D.*, 2002, p. 1157
15. FRISON-ROCHE, M-A. & BARANÈS, W., « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *op. cit.*, § 23.
16. MALAURIE, P., « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, 2005/3, p. 131.
17. DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2015*, pp. 13-29. V. aussi ROMAN, D., « Les enjeux juridiques du non-recours aux droits », *RDSS*, 2012, p. 603 et s.
18. Voir FRA (EU-MIDIS), *Sensibilisation aux droits et organismes de promotion de l'égalité*, 2010, p. 12. V. encore IFOP, DDD et OIT, *Baromètre sur la perception des discriminations au travail*, Vague 7, janvier 2014.
19. JENNEQUIN, A., « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 913 et s. V. encore MILANO, L., « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, n° 3, 2006, p. 637 et s. qui distingue l'intelligibilité et l'accessibilité



20. V. CHAMPEIL-DESPLATS, V. & MILLARD, É., « Efficacité et énoncé de la norme », in HAMMJE, P., JANICOT, L. et NADAL, S., *L'efficacité de l'acte normatif. Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Paris : Lextenso, p. 68.

21. Bien qu'elle ne vise pas la lutte contre les discriminations en tant qu'objet principal, la loi du 13 juillet 1983 constitue une loi de consolidation du régime statutaire applicable aux fonctionnaires. Quant à la loi du 27 mai 2008, les modifications récentes permettent d'orienter son statut de celui de loi de transposition à une forme de loi généraliste applicable en droit administratif ainsi qu'en droit civil et relative à la lutte contre les discriminations. À cet égard, v. MEDARD INGHILTERRA, R., « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 27, 2016.

22. Loi n° 72-546 du 1<sup>er</sup> juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

23. Loi n° 72-1143 du 22 décembre 1971 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

24. Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

25. Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

26. Loi n° 90-615 du 13 juillet tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

27. Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

28. Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés.

29. Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

30. Loi n° 2001-397 du 9 mai relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

31. Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

32. Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

33. Loi n° 2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe.

34. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

35. Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

36. Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

37. Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

38. Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

39. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

40. Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

41. Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

42. Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

43. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

44. Loi n° 2017-90 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

45. En outre, s'ajoute à ces sources légales des sources réglementaires dont : le décret n° 2003-1164 du 8 décembre 2003 portant création du comité interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme ; le décret n° 2006-945 du 28 juillet 2006 relatif à l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances ; le décret n° 2008-799 du 20 août 2008 relatif à l'exercice par des associations d'actions en justice ; le décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la



gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation, le décret n° 2014-385 du 29 mars 2014 portant création d'un délégué interministériel à l'égalité républicaine et à l'intégration, etc. Devraient également être soulignées les directives pénales.

46. Pour une approche plus exhaustive, v. FERCOT, C. ET PICHARD, M., « L'identification des motifs de discrimination dans la loi. Étude légistique », Colloque annuel ARDIS : *Discriminations : état de la recherche : Critères, catégories et stéréotypes*, 9 octobre 2015.

47. Lois n°s 72-546, 83-635, 87-517, 90-615, 2000-493, 2001-397, 2001-1066, 2003-88, 2004-204, 2005-102, 2005-843 et 2006-340.

48. Lois n°s 82-689, 2002-73, 2006-396, 2008-496, 2011-334, 2014-873, 2016-1547 et 2017-86.

49. Lois n°s 72-1143, 89-462 et 2011-333.

50. SLAMA, S., « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 9, 2016.

51. *Ibidem*.

52. *Ibidem*.

53. V. en outre sur la divergence des définitions entre les différentes branches du droit : MEDARD INGHILTERRA, R., « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne », in GRÜNDLER T. et THOUVENIN, J.-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de recherche, juin 2016, pp. 177-202.

54. Doit toutefois être salué le renforcement de la loi du 27 mai 2008, offrant un régime commun aux fonctionnaires soumis au droit statutaire, à ceux soumis au Code du travail ainsi qu'aux travailleurs soumis à ce même Code.

55. Sur l'inégale multiplication des critères de discrimination, v. not MEDARD INGHILTERRA, R., « L'inégale multiplication des critères de discrimination en droit interne : conséquence et modalités d'harmonisation éventuelle », actes de colloque, Défenseurs des droits, *Multiplication des critères de discrimination : enjeux, effets et perspectives*, à paraître.

56. Sur ce point, v. *ibidem*.

57. La protection énoncée par l'art. L1132-3 (pour avoir témoigné ou pour avoir relaté des agissements de discrimination) est quant à elle reprise à l'art. 6, al. 5, 3°. Celle énoncée par l'art. L1132-3-3 (pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions) est reprise par l'art. 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983.

58. Sur ce point, v. entre autres SLAMA, S., « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *loc. cit.*

59. Art. L1131-2 du Code du travail, créé par l'art. 214 de loi n° 2017-90 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

60. Art. 158 de la loi n° 2017-90 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

61. À défaut d'un contenu ambitieux, il est toutefois possible de saluer en parallèle le rapprochement des régimes concernant certaines règles de droit visant à favoriser l'égal accès en emploi. L'imposition d'un taux de féminisation de 40 % minimum au sein des conseils d'administration a en effet été harmonisée entre d'une part, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions cotées en bourse de plus de cinq cents salariés, les sociétés de plus de cinq cents salariés bénéficiant d'un chiffre d'affaires de plus de cinquante millions d'euros (art. 1 de la loi n° 2010-103 du 27 janvier 2011) et, d'autre part, les établissements publics (art. 52 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012). Il en va de même de la généralisation de l'obligation d'emploi à hauteur de 6 % des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés entre d'une part, toutes les entreprises (art. L5212-2 du Code du travail) et, d'autre part, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics (art L323-2 du Code du travail).

62. De même, pour les bénéficiaires du label Diversité décerné par l'AFNOR, certaines mesures équivalentes peuvent trouver à s'appliquer.
63. E.g. directive 2014/95/UE du Parlement européen du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.
64. V. not. LANQUETIN, M.-T., « Le thème de la diversité » au sein de l'entrée « Discrimination » in *Répertoire de droit du travail*. V. encore GAURIAU, B., « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *Droit social*, 2008, p. 1060 et s.
65. V. MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTÉGRATION, DE L'IDENTITÉ NATIONALE ET DU DÉVELOPPEMENT SOLIDAIRE, *La promotion de la diversité dans les entreprises*, rapport commandé par le Centre d'analyse stratégique, 2010, p. 23 et s.
66. BONNARD-PLANCKE, L. et VERKINDT, P.-Y., « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *Droit social*, 2006, p. 968 et s.
67. Appliquée à la fonction publique, la promotion de la diversité a pu être qualifiée de « managérialisation de la fonction publique dans un État post-moderne » in SÉNAC, R., « La promotion de la diversité dans la fonction publique : de l'héritage républicain à une méritocratie néolibérale », *RFAP*, n° 153, 2015/1, p. 172. V. encore LANQUETIN, M.-T., « Le thème de la diversité », *loc. cit.* et DOYTCHÉVA, M., « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualité d'un débat », *Sociologie*, vol. 1, 2010/4.
68. JUNTER, A. et SÉNAC-SLAWINSKI, R., « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010/3, p. 176. Sur le développement des instruments de promotion de la diversité comme « prévention du risque juridique », v. encore MONCHATRE, S., « Petits arrangements avec la diversité. Le recrutement entre marché et mobilisation salariale », *Revue française de sociologie*, vol. 55, 2014/1, pp. 45-47.
69. DOYTCHÉVA, M., « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualité d'un débat », *Sociologie*, vol. 1, 2010/4.
70. BENICHO, S., *Le droit à la non-discrimination « raciale ». Instruments juridiques et politiques publiques*, thèse dactylographiée, 2011, p. 465.
71. Tel est le cas de la Charte de la diversité. En revanche, le label Diversité possède la qualité d'être davantage contraignant, plus précis, de reposer sur un processus d'évaluation externe et de chercher à aller au-delà des obligations légales quand la Charte se résume à une déclaration d'intention.
72. DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit*, Paris : PUF, 2004, pp. 149-250. Là encore, v. JUNTER, A. et SÉNAC-SLAWINSKI, R., « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 186 qui évoquent « une stratégie pour limiter les recours en justice pour discrimination ».
73. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI<sup>e</sup> siècle.
74. Le motif de grossesse étant toutefois mentionné à l'alinéa 1 de cet article mais absent de son alinéa 2.
75. JORF, mercredi 26 mars, n° 15 [2] AN (CR), 2008, p. 920 (allocution de Martine Pinville).
76. V. encore sur ce point MEDARD INGHILTERRA, R., « L'inégale multiplication des critères de discrimination en droit interne : conséquence et modalités d'harmonisation éventuelle », *loc. cit.*
77. OPPETIT, B., « De la codification », in BEIGNIER, B. (dir.), *La codification*, Paris : Dalloz, 1994, p. 11.
78. OPPETIT, B., *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998.
79. V. ici RRAPI, P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 208 et p. 213.
80. En ce sens, v. *idem*, p. 217 : « les mécanismes de rationalisation de la production législative ne visent pas à réduire les choix politiques mais à permettre la réalisation de ces choix politiques ».
81. CC, Décision n° 99-421 DC, *op. cit.*, cons. 20.

82. V. OPPETIT, B., « De la codification », *op. cit.*, pp. 15-16. La consolidation est à dissocier de ce que l'auteur nomme les « grandes œuvres réformatrices », constituées d'un corpus unitaire de règles anciennes et nouvelles ayant tendance à redessiner les contours de l'organisation des sociétés.
83. *Idem*, p. 10.
84. Manitoba, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Colombie-Britannique, Saskatchewan et Québec.
85. Saskatchewan, Colombie-Britannique, Canada fédéral, Nouvelle-Écosse, Manitoba, Alberta et Québec.
86. Nota bene : cette loi reprend également les dispositions du Racial Discrimination Act qui est annulé, marquant ici les prémices de la consolidation.
87. Saskatchewan, Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse, Manitoba et Colombie-Britannique.
88. V. MORIN, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, *op. cit.*, pp. 33-34 ou encore COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE (CLÉMENT, D., SILVER, W. et TROTTIER, D.), *L'évolution des droits de la personne au Canada*, 2012, p. 15, en ligne [URL : [http://www.chrc-ccdp.gc.ca/sites/default/files/ehrc\\_edpc-fra.pdf](http://www.chrc-ccdp.gc.ca/sites/default/files/ehrc_edpc-fra.pdf)].
89. Ce système de plaintes individuelles, d'enquête, de conciliation et d'exécution des décisions finales fut placé sous contrôle de la Commission ontarienne des droits de la personne. Cette institution nouvellement créée, bien plus armée que la Commission spécialisée ébauchée initialement par l'Anti-Discrimination Commission Act, avait à la fois pour vocation de compenser les difficultés de l'instruction face aux négligences policière et de prononcer, via le Board of Inquiry, les décisions que les juridictions rechignaient à adopter. En bref, il s'agissait de dépasser les blocages des autorités traditionnelles d'application du droit.
90. V. not. CLÉMENT, D., SILVER, W. et TROTTIER, D., *L'évolution des droits de la personne au Canada*, *op. cit.*, p. 20.
91. V. *idem*, p. 26.
92. Par exemple, loi fédérale sur l'équité en matière d'emploi (S.C. 1986, chap. 31) ou lois québécoises sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics (Chapitre A-2.01) et loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale (Chapitre E-20.1).
93. New South Wales, 1977 ; Queensland, 1991 ; Australian Capital Territory, 1991 ; Northern Territory, 1996 ; Tasmania, 1998.
94. South Australia, 1984 ; Western Australia, 1984 ; Victoria, 1995.
95. Après observation méticuleuse d'une vingtaine de lois de consolidation, il nous faut impérativement souligner la particulière clarté et complétude du *Queensland Anti-Discrimination Act* de 1991. En dépit de ses 275 articles, l'œuvre du *Parliament House* de Brisbane constitue indubitablement un modèle de légistique qui pourrait légitimement inspirer tout législateur désireux de contribuer, par la consolidation, à l'intelligibilité du droit antidiscriminatoire.
96. Sur quatorze législations canadiennes (provinciales et fédérale), seuls la Charte québécoise des droits et libertés et les Codes de la Saskatchewan et du Yukon possèdent un objet plus vaste que la lutte contre les discriminations.
97. *The Equal Opportunities Act*, 1991 ; *The Act on Measures Against Discrimination in Working Life of Ethnic Origin, Religion or Other Religious Faith*, 1999 ; *The Prohibition of Discrimination in Working Life on Grounds of Disability Act*, 1999 ; *The Prohibition of Discrimination in Working Life on Grounds of Sexual Orientation Act*, 1999 ; *The Equal Treatment of Students at Universities Act*, 2001 ; *The Prohibition of Discrimination Act*, 2003 ; *The Act Prohibiting Discrimination and Other Degrading Treatment of Children and School Students*, 2006.
98. Directe, indirecte, refus d'aménagement raisonnable, harcèlement, harcèlement sexuel, injonction à discriminer.
99. Sexe, identité de genre, origine ethnique, religion, handicap, orientation sexuelle, âge.

100. Equal Pay Act, 1970 ; Sex Discrimination Act, 1975 ; Race Relations Act, 1976 ; Sex Discrimination Act, 1986 ; Employment Act, 1989 ; Social Security Act, 1989 ; Sex Discrimination Act (Election Candidates), 1986 ; Disability Discrimination Act, 1995 ; Employment Equality (Religion or Belief) Regulations, 2003 ; Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations, 2003 ; Employment Equality (Age) Regulations, 2006 ; Equality Act (Sexual Orientation) Regulations, 2007 ; Civil Partnership Act, 2004 ; Equality Act, 2006.

101. V. not. MORIN, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, op. cit., pp. 33-34. COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *L'évolution des droits de la personne au Canada*, op. cit., p. 15.

102. À titre illustratif, entre 1955 et 1962, seule une personne fut sanctionnée, de 25 \$, aux termes du *Fair Accommodation Practices Act* pour avoir refusé de servir un client dans un restaurant en raison de sa couleur de peau.

103. SÉNAT (BENBASSA, E. & LECERF, J.-R.), *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, op. cit., p. 67.

104. ECRI, *Rapport de l'ECRI sur la France (quatrième cycle de monitoring)*, 29 avril 2010, p. 21 : « l'ECRI encourage notamment les autorités à envisager l'élaboration d'un compendium ou d'une compilation des dispositions juridiques destinées à lutter contre la discrimination raciale permettant d'appréhender facilement toutes les normes applicables en ce domaine ».

105. OPPETIT, B., « De la codification », op. cit., pp. 8-11.

106. En un sens proche, pour Jean Carbonnier, « la codification est plus qu'un multiple de la loi, il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau politique, en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire » (CARBONNIER, J., *Droit civil. Introduction*, Paris : PUF, 27<sup>e</sup> ed., 2002, p. 199).

107. OPPETIT, B., « De la codification », op. cit., p. 10.

108. En ce sens, v. encore CABRILLAC, R., *Les codifications*, Paris : PUF, 2002, p. 68 ou encore Braibant, G., « Utilité et difficulté de la codification », *Droits*, n° 24, 1996, p. 63.

109. ROUSSEAU, J.-J., *Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, in *Œuvres complètes*, Paris : Gallimard, t. III, p. 951 s., spéc. p. 1001.

110. OPPETIT, B., « De la codification », op. cit., pp. 15-16. Selon l'auteur, les « grandes œuvres réformatrices » sont constituées d'un corpus unitaire de règles anciennes et nouvelles ayant tendance à redessiner les contours de l'organisation des sociétés.

111. La dernière forme de codification étant simplement la compilation, sur les modèles théodosien et justinien, « visant à regrouper les textes présents et futurs à des fins de commodité pratique, mais sans les modifier ni les ordonner ». V. *idem*, p. 15.

112. BRAIBANT, G., *Encyclopédie Universalis*, v° *Codification*, tel que cité in *idem*, p. 16.

113. OPPETIT, B., « De la codification », op. cit., p. 16.

114. Note 100.

115. MINISTRY OF JUSTICE (COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENTS), *Discrimination Law Review. A Framework for Fairness: Proposals for a Single Equality Bill for Great Britain*, London : 2007, p. 6.

116. *Idem*, p. 13.

117. *Idem*, p. 3.

118. *Idem*, p. 8.

119. *Idem*, p. 34.

120. *Idem*, pp. 28-29.

121. *Idem*, p. 29.

122. *Ibidem*.

123. En ce sens, v. not. MEDARD INGHILTERRA, R., « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : brèves considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *loc. cit.*

124. A ainsi été insérée à l'article 2, 3° une clause générale de justification en cas de but légitime et de moyens nécessaires et appropriés. Cette clause générale de justification a été accompagnée d'un régime spécial nouvellement créé disposant l'impossible dérogation aux différences de traitement adoptées sur le fondement du patronyme, de l'origine, de l'ethnie ou de la prétendue race – à rapprocher ici des exigences de l'art. 1 de la Constitution. En outre, ont été intégrées les dérogations applicables aux mesures proactives visant à favoriser l'égalité pour les personnes handicapées ainsi que pour les personnes résidant dans certaines zones géographiques – jusqu'à envisagées par le seul Code du travail aux art. L1133-4 et L1133-5. Les modalités de partage de la preuve explicitées à l'art. 4 de la loi de 2008 ont elles aussi été enrichies par une disposition précisant que « le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles ». L'art. 42 de la loi n° 2017-90 relative à l'égalité et à la citoyenneté repose sur cette même ambition lorsqu'il organise – toujours au sein de l'art. 4 de la loi de 2008 – la recevabilité de la preuve recueillie par *testing* en matière civile et non plus seulement pénale. Quant à l'art. 43 de cette loi, il confère une dimension institutionnelle à la loi de 2008 en accordant une reconnaissance législative au Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes.

125. Plus exactement : « affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle ».

---

## ABSTRACTS

After a frenzied growth that has been particularly welcomed in the early 2000s, the appraisal of antidiscrimination law in France is now required. Obviously, its lack of effectiveness poses a challenge in order to conceive its realization process. Besides this issue, a retrospective and critical analysis reveals first and foremost a huge sense of confusion of antidiscrimination law. Scholars start to wonder : considering the "amateurism of some deputies, the gadgetisation, or even the contempt that affect ATD law in France", has it become "a law to laugh about" ? (Calves, G). This harmful confusion, caused by a poorly controlled profusion of provisions as well as by the development of variable protections, could be grasped through the concept of fragmentation (*i.e.* splintering) of the law. It's even possible to argue a double fragmentation of ATD law, material and formal. Consequently, the prospect of defragmentation should be considered and mainly focused on consolidation as a technique of legal writing rationalization.

À l'issue d'une croissance effrénée et particulièrement saluée au début des années 2000, le droit antidiscriminatoire semble arrivé en France à l'heure du bilan. Outre sa difficile effectivité, qui questionne les modalités de sa réalisation, une analyse rétrospective et critique laisse surtout poindre un sentiment de confusion. Tant et si bien que la doctrine s'interroge : considérant l'« amateurisme des députés, et la gadgétisation, voire le mépris, dont fait l'objet en France le droit de la non-discrimination »<sup>1</sup>, serait-il devenu « un droit pour rire »<sup>2</sup> ? (Calves, G). Cette confusion mise en cause, engendrée par une profusion mal maîtrisée des dispositions et le développement de protections hétérogènes, pourrait être appréhendée via le concept de fragmentation du droit. Il serait même possible de formuler l'hypothèse d'une double fragmentation du droit antidiscriminatoire, matérielle et formelle. Face à ce constat, la

perspective d'une défragmentation mériterait d'être envisagée, principalement axée autour d'une technique de rationalisation du dispositif législatif : la consolidation.

## INDEX

**Mots-clés:** discrimination, fragmentation, légistique, intelligibilité, codification, consolidation, Canada, Royaume-Uni

**Keywords:** discrimination, fragmentation (splintering), legal writing, intelligibility, codification, Canada, United-Kingdom

## AUTHOR

**ROBIN MEDARD INGHILTERRA**

Robin Medard Inghilterra est doctorant en droit public à l'Université Paris Nanterre