



HAL
open science

Face à la fragmentation matérielle et formelle, plaider la consolidation du droit antidiscriminatoire en France

Robin Medard Inghilterra

► To cite this version:

Robin Medard Inghilterra. Face à la fragmentation matérielle et formelle, plaider la consolidation du droit antidiscriminatoire en France. Les Cahiers de la LCD, 2018, 6 (1), pp.37. 10.3917/clcd.006.0037 . hal-03322559

HAL Id: hal-03322559

<https://hal.science/hal-03322559v1>

Submitted on 17 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.

FACE À LA FRAGMENTATION MATÉRIELLE ET FORMELLE, PLAIDER LA CONSOLIDATION DU DROIT ANTIDISCRIMINATOIRE EN FRANCE

[Robin Médard Inghilterra](#)

L'Harmattan | « Les cahiers de la LCD »

2018/1 N° 6 | pages 37 à 55

ISSN 2496-4956

ISBN 9782343143859

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-cahiers-de-la-lcd-lutte-contre-les-discriminations-2018-1-page-37.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour L'Harmattan.

© L'Harmattan. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Face à la fragmentation matérielle et formelle, plaider la consolidation du droit antidiscriminatoire en France

Robin MÉDARD INGHILTERRA

Robin Médard Inghilterra est ATER à l'Université de Paris Nanterre et doctorant en droit public au sein du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF - UMR 7074). Rédacteur d'une thèse portant sur « Les facteurs juridiques de réalisation du droit à la non-discrimination », il s'intéresse notamment aux expériences canadiennes qu'il a pu étudier sur place en tant que coordonnateur du pôle Canada de l'Institut des Amériques de 2014 à 2017. Il a contribué au rapport remis en 2016 par la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit (FIND) au GIP « Droit et Justice », intitulé « La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité : les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations ».

robinmedard@gmail.com

Introduction

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 (Flückiger, 2007). Cette préoccupation se manifesta en France dès l'ordonnance de Villers-Cotterêts (art. 110). Plus récemment, l'intelligibilité de la loi fut érigée en objectif à valeur constitutionnelle (décision n° 99-421 DC)¹ qui, selon le Conseil constitutionnel, impose au législateur « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » (décision n° 2006-540), car « *l'égalité*

¹ Vinrent ensuite le principe de clarté de la loi (décision n° 2001-451 DC et décision n° 2001-455 DC), ainsi que l'exigence de non-complexité excessive (décision n° 2005-530 DC). C'est finalement la décision n° 2006-540 DC qui précisa les fondements juridiques de l'objectif à valeur constitutionnelle « *d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* ».

devant la loi [...] et "la garantie des droits" [...] 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 » (décision n° 2005-530 DC).

Se placer sur le terrain de l'intelligibilité du droit implique en conséquence d'envisager un point de vue externe, celui du destinataire qui déchiffre et interprète l'énoncé. Dans la mesure où l'intelligibilité est à apprécier au regard des capacités du destinataire et non de celles de l'autorité normative (Molfessis, 2004 ; Rrapi, 2014 ; Jennequin, 2009), le législateur doit intérioriser ce point de vue afin de travestir le regard qu'il pose sur son texte (Frison-Roche, Baranès, 2000). Ce processus entraîne alors un recadrage autour des notions de lisibilité et de compréhensibilité du droit (Laserra-Kiesow, 2002 ; Frison-Roche, Baranès, 2000) qui conditionnent son effectivité, 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 »* (Maurie, 2005 : 131).

Or, en matière de lutte contre les discriminations, précisément, force est de constater qu'une des principales difficultés réside dans la méconnaissance et la complexité excessive des règles antidiscriminatoires. Affaiblies, celles-ci se voient privées de leur plein potentiel et renforcent un phénomène de non-recours au droit. C'est du moins ce que suggèrent le Défenseur des droits (DDD, 2015) et 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. En effet, 36 % des personnes s'estimant discriminées mais ayant refusé de signaler cet agissement, déclarent s'abstenir en raison de la méconnaissance du cadre juridique. En parallèle, 21 % des personnes concernées imputent leur absence de signalement à la complexité du dispositif (FRA, 2010).

Force est de constater que le dispositif antidiscriminatoire est difficilement accessible, y compris pour le juriste. Selon l'hypothèse que nous proposons de développer dans cet article, cette inaccessibilité est soutenue par une double dynamique de fragmentation, matérielle et formelle, du droit antidiscriminatoire (1).

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 (2).

1. La fragmentation du droit antidiscriminatoire

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, il distingue 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* » (Jennequin, 2009), notamment dans l'hypothèse d'une disparité des régimes juridiques (a). Quant à la méconnaissance, elle résulte fréquemment d'une inaccessibilité matérielle de la règle de droit, en cas de dilution, de dispersion formelle des dispositions pertinentes (b).

1.1 La disparité des régimes juridiques

L'étude du droit antidiscriminatoire révèle en effet une certaine hétérogénéité des régimes juridiques. Il en va ainsi en premier lieu de la différenciation des obligations 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 variété des définitions de la discrimination crée un décalage entre la protection accordée aux travailleurs soumis au Code du travail et celle concédée aux fonctionnaires soumis au droit statutaire. L'article L. 1132-1 du Code du travail énonce une protection structurée autour de vingt-trois motifs de discrimination, 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. De même, *quid* des protections additionnelles offertes par les articles L. 1132-2, L1132-3-1 et L. 1132-3-2 du Code du travail². Celles-ci demeurent à

² Protégeant de la discrimination, respectivement, en raison de l'exercice normal du droit de grève, de l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur, pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité. La protection énoncée par l'art. L. 1132-3 (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. L. 1132-3-3 (pour avoir relaté ou

ce jour ignorées de la loi Le Pors portant droits et obligations des fonctionnaires (Slama, 2016). Par ailleurs, bien que leur énumération soit non exhaustive, les matières pour lesquelles la discrimination en emploi est explicitement prohibée diffèrent. Si les textes 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 L. 1132-1 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 et entravent la lisibilité du droit antidiscriminatoire de manière superflue.

On retrouve également cette disparité en ce qui concerne les personnes morales. Ainsi, l'obligation de formation quinquennale à laquelle sont soumises les entreprises de plus de trois cents salariés et celles spécialisées dans le recrutement (L. 1131-2, Code du travail) 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 publiques³, alors que les entreprises sont exemptées de cette obligation légale. Tout au plus peut-elle être rapprochée du point six de la Charte de la diversité, applicable aux seuls signataires, qui prévoit d'inclure dans le rapport annuel d'entreprise « *un chapitre descriptif de [l']engagement de non-discrimination et de diversité* ».

Entre les entreprises, sont susceptibles d'exister, en outre, des variations légales en fonction de leur nature ou du nombre de salariés (plus de trois cents ou cinq cents salariés, chiffre d'affaires de plus de cinquante millions d'euros ou non). Les raisons de ces variations se

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.

³ Art. 158 de la loi n° 2017-90 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

logent pour partie dans le droit de l'Union européenne⁴. En parallèle des obligations légales, la *promotion de la diversité* s'avère également un territoire fertile à la prolifération de « *bonnes pratiques* », d'« *initiatives* », de « *dispositifs ad hoc* », de « *plans* », de « *chartes* » ou « *labels* », d'accords, etc. (Lanquetin, 2010 ; Gauriau, 2008 ; CAS, 2010). Or, ces « *boîtes à outils de la diversité* » (Bonnard-Plancke, Verkindt, 2006) – ainsi que plus généralement la multiplication d'initiatives et de dispositifs en dehors du cadre légal – s'avèrent elles aussi 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 des piliers du développement managérial, fédérant les initiatives entrepreneuriales (Doytcheva, 2010 ; Senac, 2015 ; Lanquetin 2010).

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/légal de 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* » devant les juridictions (Junter, Sénac, 2010 : 176). La cohabitation des instruments légaux et de *soft law*, voire « *la mise à distance du droit* » opérée par ces derniers (Doytcheva, 2010), se mue 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 supplanté par celui des objectifs managériaux qui aboutissent à une « *dépolitisation de la question des discriminations* » (Bénichou, 2011 : 465). De surcroît, ces initiatives sont le plus souvent évaluées sans externalisation du contrôle de la réalisation des objectifs⁵. Dès lors, comment mesurer les

⁴ Par exemple, la 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.

⁵ Tel est le cas de la Charte de la diversité. Le label Diversité possède en théorie la qualité d'être davantage contraignant, plus précis, de reposer sur un processus

progrès accomplis ? De même, en l'absence de valeur contraignante, comment ne pas assimiler cette autorégulation à un « *alibi tendant à faire croire à une moralisation de la vie économique qui n'existerait que sur le papier* » (Delmas-Marty, 2004 : 249 ; Junter, Sénac, 2010) ? Quelles que soient les réponses apportées à ces questions, la démultiplication des sources de régulation/réglementation contribue, elle aussi, à la difficile lisibilité du droit.

Enfin, il était possible de constater jusqu'en novembre 2016, date d'entrée en vigueur de la loi de modernisation de la justice au XXI^e siècle, une forte segmentation des champs d'application de l'interdiction de la discrimination en fonction des différents motifs. La perte d'autonomie, les convictions ou la maternité ne relevaient pas explicitement de la protection du Code pénal. Le patronyme, l'apparence physique, la situation de famille, les caractéristiques génétiques, les mœurs, les opinions politiques, les activités syndicales, l'appartenance à une nation et la perte d'autonomie étaient quant à eux exclus 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 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 en droit civil. Les autres motifs étaient, de fait, bornés au champ d'application de la directive 2000/78/CE – celui du travail⁶. À cet égard, fut à juste titre dénoncée une « *transposition aveugle* » aboutissant à l'instauration d'une « *hiérarchie entre les discriminations* »⁷. Cette incohérence a nui, en effet, à la clarté du dispositif antidiscriminatoire de manière superfétatoire, en alimentant la variabilité des protections en fonction des caractéristiques ciblées.

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*

d'évaluation externe. Des données manquent en revanche sur la qualité des « audits » réalisés.

⁶ Une exception s'avérait être celle du motif « sexe », jouissant d'un statut hybride et voyant son champ d'application étendu à l'accès et la fourniture de biens et services

⁷ Voir les débats parlementaires et not. (mercredi 26 mars 2008) *JORF*, n° 15 [2] AN (CR), p. 920 (allocution de Martine Pinville).

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 : « *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* » (Oppetit, 1994 : 11). Or, en matière de non-discrimination, cette fragmentation matérielle de la substance du droit se trouve de surcroît doublée d'une dilution formelle, causée par la multiplicité des textes-sources, comme nous proposons de le voir dès à présent.

1.2 La dilution formelle du droit antidiscriminatoire

En premier lieu, le droit antidiscriminatoire applicable en France repose pour partie sur des instruments juridiques internationaux : la Déclaration universelle des droits de l'homme (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 de 2000 (art. 21), de la Convention européenne (CEDH, 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 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 (refonte – égalité femmes/hommes en emploi).

Aussi épars que cruciaux, ces textes doivent être lus et combinés avec les dispositions issues de l'ordre juridique interne. Il est d'abord question des énoncés du bloc constitutionnel : Constitution de 1958 (art. 1), préambule de la Constitution de 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 L. 1131-1 à L. 1134-

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 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.

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 pertinentes⁸. La simple lecture de cet égrenage, qui se borne à une approche législative non-exhaustive⁹, aura le mérite de souligner la dimension fastidieuse à laquelle se trouve confronté celui ou celle qui désire prendre connaissance du contenu du droit antidiscriminatoire (Fercot, Pichard, 2015). Cependant, il ne s'agit là que de la simple identification des textes-sources et non des dispositions qui, seules, demeurent en mesure de conférer la substance juridique. Or, dans les textes identifiés, cette substance se trouve fréquemment, elle-même, dans un état de dilution avancée.

Au sein des lois identifiées (note 8), la concentration d'énoncés relatifs à la non-discrimination est extrêmement variable. Certains textes sont entièrement composés d'énoncés pertinents (loi du 27 mai 2008) ; d'autres ne concernent la lutte contre les discriminations que de manière connexe, voir incidente (loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale). En outre, douze des lois identifiées sont composées exclusivement de dispositions codifiées et sont en conséquence uniquement porteuses de règles de droit immergées dans un autre instrument juridique que la loi elle-même. L'accessibilité cognitive des règles de droit s'en trouve complexifiée dès lors que leur

⁸ Par exemple, lois n^{os} 72-546, 72-1143, 82-689, 83-635, 90-615, 89-462, 87-517, 2000-493, 2001-397, 2001-1066, 2002-73, 2003-88, 2004-204, 2005-843, 2006-340, 2006-396, 2008-496, 2011-333, 2011-334, 2014-873, 2016-1547, 2017-90.

⁹ En effet, s'ajoutent à ces sources légales des sources réglementaires (décrets n^{os} 2003-1164, 2006-945, 2008-799, 2008-1344, 2014-385), ainsi que les directives pénales.

contenu, souvent technique, doit être appréhendé dans un cadre spécifique. Quant aux lois restantes, huit sont des lois « mixtes », c'est-à-dire alternant entre dispositions codifiées et non codifiées¹⁰, et trois seulement sont uniquement composées de dispositions non-codifiées¹¹. 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 juridiques pertinents.

Si la matière, relativement conséquente, permet de conclure à l'existence d'un droit antidiscriminatoire 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, d'aucuns ont souligné « *une profusion contre-productive des textes antidiscriminatoires* », ainsi qu'une « *stratification des textes sans grande lisibilité* » (Slama, 2016). Après une analyse méticuleuse des avancées en droit pénal, social, public et communautaire, Serge Slama conclut avec justesse 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* » (Slama, 2016). Nous souscrivons ici à cette analyse de la stratification des énoncés comme facteur d'ineffectivité du droit antidiscriminatoire, dans la mesure où cette complexité ne favorise ni sa connaissance, ni sa mobilisation. En entravant la réception sociale et la mobilisation du droit, ces dispositions manquent donc leurs contributions supposées à la réalisation de ce droit.

2. Pour une consolidation du droit antidiscriminatoire

De ce constat émerge l'hypothèse d'une restructuration formelle du dispositif antidiscriminatoire. Dans cette optique, c'est essentiellement la pertinence d'une forme de codification¹² qu'il convient d'interroger,

¹⁰ Lois n^{os} 82-689, 2002-73, 2006-396, 2008-496, 2011-334, 2014-873, 2016-1547, 2017-86.

¹¹ Lois n^{os} 72-1143, 89-462, 2011-333.

¹² La codification étant entendue ici au sens large 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* » (Collectif (2004), *Le Code civil, 1804-1904. Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, t. 1, p. 4 et s.).

considérant avec le Conseil constitutionnel que ce processus « répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de loi » (décision n° 99-421 DC). Selon les cas, la codification peut revêtir différentes formes. Les expériences étrangères sont à cet égard riches d'enseignements. Elles ont jusque-là privilégié une forme spécifique de codification du droit antidiscriminatoire : la « consolidation », qui vise la réunion et l'ordonnancement de dispositions relatives à une même matière au sein d'une seule et même loi.

2.1 Les initiatives étrangères de rationalisation du droit antidiscriminatoire

En écho à la fragmentation du dispositif antidiscriminatoire, le Canada, très tôt, fit le choix de la consolidation. Chronologiquement, le processus peut être divisé en trois périodes : l'émergence 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. Aussi bien en ce qui concerne l'émergence initiale des lois antidiscriminatoires que le phénomène ultérieur de leur consolidation, l'Ontario a été une province véritablement 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). Et mise à part l'initiative notable du *Saskatchewan Bill of Rights Act* (1947), le reste fut une succession de lois adoptées en Ontario, puis reprises progressivement par les différentes provinces canadiennes (*Conveyancing Act*, *Fair Employment Practices Act*, *Femal Employees Fair Remuneration Act*, *Fair Accommodation Practices Act*, *Anti-Discrimination Commission Act*, etc.).

Néanmoins, face à l'ineffectivité manifeste de ces lois (Morin, 2012 ; Clément *et al.*, 2012), en 1962, l'Ontario fait le choix d'abroger la plupart d'entre elles pour consacrer en lieu et place le premier Code des droits de la personne (*Human Rights Code*) au Canada, qui transpose intégralement le contenu des lois abrogées, en prohibant toute discrimination fondée sur la religion, la race et l'origine ethnique, dans les domaines du logement, de l'emploi et des services. À ces dispositions, trois innovations majeures furent ajoutées : la création d'un mécanisme extrajudiciaire de règlement des litiges, la mise en place d'une institution de promotion de l'égalité et l'adoption de mesures de redressement proactives et systémiques (Clément *et al.*, 2012). 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*, entré en vigueur en 2008, fut sans doute la plus importante. À la suite de l'expérimentation ontarienne, les diverses lois provinciales furent progressivement 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 ; etc.). Ces différents textes ont progressivement été amendés en vue de renforcer le dispositif, notamment par le développement des mécanismes de contrôle et de promotion des droits. 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 d'accès à l'égalité en emploi.

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 du dispositif juridique, qui demeure caractérisé par plusieurs lois sectorielles¹³. En revanche, la totalité des États fédérés

¹³ *Racial Discrimination Act*, 1975 ; *Sex Discrimination Act*, 1984 ; *Human Rights Commission Act*, 1986 ; *Disability Discrimination Act*, 1992 ; *Age Discrimination Act*, 2004.

et les deux principaux Territoires australiens ont, entre 1977 et 1998, tous opté pour un unique instrument législatif, regroupant les règles de droit pertinentes sous la dénomination *Anti-Discrimination Act* ou *Equal Opportunity Act*. 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 formes de discrimination ; l'énumération et la définition des caractéristiques protégées ; la précision des domaines au sein desquels la discrimination est prohibée ; et, enfin, l'institutionnalisation d'organismes spécialisés, le plus souvent une commission et un tribunal chargés de veiller au respect de la loi et à son exécution. 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 titre suggérant un champ d'application plus large, cette loi vise exclusivement l'interdiction de la discrimination. L'analyse des expériences étrangères permet donc la mise en évidence de régularités facilitant la systématisation du contenu des lois antidiscriminatoires consolidées.

Ce processus de rationalisation juridique intervient 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. Deuxièmement, à la différence des cas australiens et néo-zélandais, tant le développement que l'architecture du droit antidiscriminatoire étaient davantage semblables à la situation actuelle du droit français. Qu'il s'agisse de la Grande-Bretagne ou de la Suède, 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, 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. En 2008, le Riksdag vota l'abrogation de sept lois sectorielles, auxquelles fut substitué un nouveau *Discrimination Act*, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Cette législation établit six formes

de discrimination¹⁴, à raison de sept motifs¹⁵, dans neuf domaines spécifiques, et sous réserve d'exceptions limitativement énumérées. Elle crée un tribunal *ad hoc*, en même temps qu'un nouvel *ombudsman* qui fusionne quatre homologues sectoriels. 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 antidiscriminatoires¹⁶ pour aboutir en 2010 à une loi unique : l'*Equality Act*.

2.2 Vers une consolidation du droit antidiscriminatoire en France ?

Historiquement, le processus de consolidation est considéré comme une réponse à des situations d'ineffectivité. Afin de saisir pleinement ce phénomène, il convient de revenir sur les attentes qui ont présidé à ses impulsions. Au Canada, en dépit d'un dispositif juridique plus qu'honorable pour les années 1960, l'adoption du Code ontarien des droits de la personne en 1962 fut justifiée, précisément, par l'ineffectivité de la législation en vigueur (Morin, 2012 ; Clément *et al.*, 2012). 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 de ce dernier facteur qu'il s'agit d'apprécier. Cet enjeu a été placé au cœur de la réforme du droit britannique en 2010, alors que coexistaient de nombreuses lois antidiscriminatoires. Dès février 2005, le gouvernement mandate le *Discrimination Law Review* afin de conduire une évaluation globale du système juridique antidiscriminatoire. Ses conclusions, axées autour de trois

¹⁴ Directe, indirecte, refus d'aménagement raisonnable, harcèlement, harcèlement sexuel, injonction à discriminer.

¹⁵ Sexe, identité de genre, origine ethnique, religion, handicap, orientation sexuelle, âge.

¹⁶ *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.

préoccupations (« *harmoniser et simplifier la loi* », « *une loi plus effective* », « *moderniser la loi* ») établissent sans ambiguïté un lien entre la réalisation du droit et la nécessité d'une consolidation (*Communities and Local Governments*, 2007)¹⁷. La consolidation fut ainsi perçue comme une modalité de mise en cohérence des textes afin de répondre à la fragmentation formelle et matérielle du dispositif antidiscriminatoire : le parallèle avec le cas français apparaît dès lors avec clarté.

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* » (Benbass, Lecerf, 2014 : 67). Cela, afin de permettre d'appréhender facilement toutes les normes applicables en ce domaine (ECRI, 2010). Tout en se plaçant à un niveau plus théorique, Bruno Oppetit confirme ce sentiment lorsqu'il expose les trois valeurs intrinsèques de la codification : une valeur politique, en ce qu'elle vise à imposer un pouvoir ou une idéologie ; une valeur sociale, en ce qu'elle vise la stabilisation d'une société par l'affirmation d'un nouveau pacte social ; 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* » aux règles de droit (Oppetit, 1994 : 10). Parmi les quatre idéaux-types de codification développés par Oppetit, trois possèdent cette valeur technique : les consolidations, les « *grandes œuvres réformatrices* » (e.g. Code civil, Code pénal) et la codification à droit constant, 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* » (Braibant, 1993). Ces trois types de rationalisation juridique sont présentés comme autant de réponses aux crises du droit, quantitatives (inflation législative) et qualitatives (clarification, mise en cohérence). Dans l'hypothèse d'une consolidation en France, 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

¹⁷ Les rapporteurs concluent au sujet de la clarté de la loi : « *Our proposals for a Single Equality Bill are designed to deliver a simpler, clearer and more streamlined legislative framework. 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* ».

effet, la nature systémique de la discrimination transforme celle-ci en objet juridique transversal, légitimant son imbrication dans la quasi-totalité des codes de droit français. Cette modalité de rationalisation n'est dès lors pas en mesure de répondre à la dilution formelle du dispositif et à ses conséquences en termes de lisibilité et d'accessibilité. Poursuivant, sans nécessairement viser une « *grande œuvre réformatrice* », la voie de la consolidation nous paraît la plus opportune. Il s'agirait alors de réunir et d'intégrer, selon un ordre logique, les dispositions pertinentes, 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* » (Oppetit, 1994 : 16). 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 constituer un texte de droit commun, cohérent, lisible et, surtout, quasi exhaustif concernant la législation adoptée en vue d'assurer le respect du droit à la non-discrimination.

Conclusion

Loin de constituer un projet chimérique, une telle consolidation du dispositif juridique antidiscriminatoire en droit français pourrait procéder, par exemple, du renforcement de la loi du 27 mai 2008, applicable à la fois en droit administratif et en droit civil. Les retouches apportées par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et par la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté semblent s'inscrire en ce sens (Médard, 2016). Cette hypothèse se renforce au regard des régularités constatées dans l'analyse des consolidations étrangères. Bien qu'il soit considérablement moins développé que les dispositifs 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 formes de discrimination, énumération la plus complète des motifs, des champs d'application, formulation explicite des exceptions et clauses de justification en fonction des champs d'application, dimension institutionnelle (si légère soit elle, avec le

Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes), ou encore dimension procédurale (par exemple, règle de preuve, *testing*, mesures d'instruction). Puissent ces prémices être amplifiées, afin de constituer le point de cristallisation d'un dispositif consolidé du droit antidiscriminatoire français, répondant aux exigences de clarté et de non-complexité excessive, demeurant lisible et accessible à tous.

Bibliographie :

Benbassa E., Lecerf J-R. (2014), *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, rapport d'information, Commission des lois du Sénat, n° 94, 12 novembre [en ligne].

Benichou S. (2011), *Le droit à la non-discrimination « raciale ». Instruments juridiques et politiques publiques*, Thèse de droit, Université Paris Nanterre.

Bonnard-Plancke L., Verkindt P-Y. (2006), « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *Droit social*, n° 11, pp. 968-980.

Braibant G. (1993), « Codification », in *Encyclopaedia Universalis*. [En ligne]

Cabrillac R. (2002), *Les codifications*, PUF.

Carbonnier J. (2002), *Droit civil. Introduction*, PUF, 27^e ed.

Clément D., Silver W., Trottier D. (2012), *L'évolution des droits de la personne au Canada*, Ottawa : Commission canadienne des droits de la personne. [En ligne].

Défenseur des droits (2016), *Rapport annuel d'activité 2015*. [En ligne].

Communities and Local Governments (2007), *Discrimination Law Review. A Framework for Fairness : Proposals for a Single Equality Bill for Great Britain*, Ministry of Justice. [En ligne].

Doytcheva M. (2010), « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualité d'un débat », *Sociologie*, vol. 1, n° 4, pp. 423-438.

Dragone S. (1997), « La codification communautaire : technique et procédure », in *Légistique formelle et matérielle* (Morand C.-A. (dir.)), Presses universitaires Aix-Marseille.

ECRI – Commission Européenne contre le Racisme et l’Intolérance (29 avril 2010), *Rapport de l’ECRI sur la France (quatrième cycle de monitoring)*. [En ligne].

Fercot C., Pichard M. (9 octobre 2015), « L’identification des motifs de discrimination dans la loi. Étude légistique », Colloque annuel ARDIS : *Discriminations : état de la recherche : Critères, catégories et stéréotypes*. [En ligne].

Flückiger A. (2007), « Le principe de clarté de la loi où l’ambiguïté d’un idéal », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21.

FRA – Agence des droits fondamentaux de l’Union européenne (2010), *Sensibilisation aux droits et organismes de promotion de l’égalité*, enquête EU-MIDIS. [En ligne].

Frison-Roche M.-A., Baranès W. (2000), « Le principe constitutionnel de l’accessibilité et de l’intelligibilité de la loi », *Recueil Dalloz*.

Gauriau B. (2008), « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *Droit social*, n° 11, pp. 1060-1064.

IFOP (janvier 2014), *Baromètre sur la perception des discriminations au travail, Vague 7, Étude pour le Défenseur des droits et l’Organisation internationale du travail*. [En ligne].

Junter A., Sénac-Slawinski R. (2010), « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l’OFCE*, n° 114, pp. 167-195.

Jennequin A. (2009), « L’intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d’État », *Revue française de droit administratif*, vol. 25, n° 5, pp. 913-928.

Lanquetin M.-T. (2010), « Le thème de la diversité » au sein de l’entrée « Discrimination » in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz.

Lasserre V. (2002), « La compréhensibilité des lois à l’aube du XXI^e siècle », *Recueil Dalloz*.

Malaurie P. (2005), « L’intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, pp. 131-137.

Médard R. (2016), « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : considérations sur les incidences de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 27. [En ligne].

Molfessis N. (2004), « Simplification du droit et déclin de la loi », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 1.

Morin A. (2012), *Le droit à l'égalité au Canada*, LexisNexis.

Oppetit, B. (1994), « De la codification », in *La codification* (Beignier, B. (dir.)), Dalloz.

Sénac R. (2015), « La promotion de la diversité dans la fonction publique : de l'héritage républicain à une méritocratie néolibérale », *Revue française d'administration publique*, n° 153, pp. 165-182.

Slama S. (2016), « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *Revue des droits de l'homme*, n° 9.

Rrapi P. (2014), *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Dalloz.

« LE PROBLÈME N'EST PAS TANT QUE CES DIFFÉRENCES COEXISTENT AU SEIN D'UN MÊME ORDRE JURIDIQUE, MAIS QU'ELLES SOIENT DÉNUÉES DE JUSTIFICATION ET ENTRAVENT DE MANIÈRE SUPERFLUE LA LISIBILITÉ DU DROIT ANTIDISCRIMINATOIRE. »

« L'ENTHOUSIASME EST EN CONSÉQUENCE INDISPENSABLE POUR QUI SOUHAITE S'ATELER À LA TÂCHE ARDUE ET CHRONOPHAGE CONSISTANT À DRESSER UNE LISTE EXHAUSTIVE DES ÉNONCÉS JURIDIQUES PERTINENTS EN MATIÈRE DE DISCRIMINATION. »

« L'ANALYSE DES EXPÉRIENCES ÉTRANGÈRES PERMET LA MISE EN ÉVIDENCE DE RÉGULARITÉS FACILITANT LA SYSTÉMATISATION DU CONTENU DES LOIS ANTIDISCRIMINATOIRES... SANS NÉCESSAIREMENT VISER UNE GRANDE ŒUVRE RÉFORMATRICE, LA VOIE DE LA CONSOLIDATION NOUS PARAÎT EN CE SENS LA PLUS OPPORTUNE. »

ROBIN MÉDARD INGHILTERRA