

***L'inégale multiplication
des critères
de discrimination :
conséquences
et modalités d'harmonisation
éventuelle***



***Robin
MEDARD
INGHILTERRA***

*Doctorant en droit public,
ATER à l'Université de Paris Nanterre*



La forme orale de l'intervention initiale a délibérément été préservée.

S'attaquer de front au phénomène de multiplication des critères de discrimination implique, à mon sens, de ne pas limiter le diagnostic à une seule branche du droit, mais au contraire, de s'efforcer d'envisager cet objet d'étude sous un angle transversal. Pour ce faire, quatre instruments juridiques, véritables piliers du droit antidiscriminatoire en droit interne mais comportant quatre listes distinctes de critères de discrimination, méritent a minima d'être envisagés : le Code pénal (art. 225-1 à 225-1-2), le Code du travail (art. L1132-1 à L1132-3-3), la loi Le Pors de 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (art. 6 et 6 bis), 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 (art. 1 à 3).

Où, de la lecture croisée de ces dispositions surgissent quelques interrogations, ainsi qu'un sérieux scepticisme quant à la pertinence de structurer l'interdiction de la discrimination autour de plusieurs énumérations divergentes des critères. Ce scepticisme se trouve non seulement alimenté par l'analyse du droit positif actuel et de ses conséquences – considérant que les listes des critères de discrimination s'avèrent à la fois multiples, divergentes, exhaustives et en constante expansion –, mais aussi par la considération des perspectives d'harmonisation qui demeurent ouvertes, notamment au regard des expériences étrangères.

Agrégation sans cohésion : les maux de la multiplication

La première étape d'une analyse critique en la matière repose nécessairement sur une brève rétrospective historique concernant l'émergence de ces critères (confer tableau « Liste des critères énumérés » pp. 72 - 73). Au regard de ce

tableau, plusieurs constats s'imposent. Premièrement, entre 1972 et 2018, il est possible de répertorier vingt et une réformes ayant eu pour objet d'établir ou de compléter ces quatre listes de critères : douze modifications depuis 1972 pour le Code pénal, onze depuis 1982 pour le Code du travail, cinq depuis 1983 pour la loi Le Pors, et six pour la loi du 27 mai 2008. Force est donc de constater l'évolution considérable de ces listes afin d'élargir l'emprise du droit antidiscriminatoire. Deuxièmement, selon les réformes, les ajouts de critères ont bénéficié à une seule ou à plusieurs listes. Majoritairement, pour onze réformes sur les vingt et une, l'ajout du critère s'est fait de manière complètement cloisonnée, c'est-à-dire au profit d'une seule liste. Pour quatre réformes sur les vingt et une, l'introduction d'un nouveau critère bénéficia à deux listes seulement. Pour cinq réformes, l'ajout a profité à trois des quatre listes et, exceptionnellement, l'ajout bénéficia aux quatre dispositions, en 2012, pour l'introduction du critère de l'identité de genre. Il faut ici conclure que les enrichissements successifs des listes ont essentiellement été pensés de manière sectorielle, sans toujours obéir à une réelle vision d'ensemble. Troisièmement, les listes de critères de discrimination n'ont jamais correspondu. À aucun moment depuis 1982, ne serait-ce que deux des quatre listes n'ont comporté les mêmes critères, ni même le même nombre de critères. Il existe toutefois une légère et très brève exception, du 20 novembre 2016 au 2 mars 2017, pendant cent trois glorieux jours... Par conséquent, se pose inévitablement la question de la cohérence et de l'intelligibilité du droit, largement mises en cause par cette inégale multiplication des critères de discrimination.

Liste des critères énumérés

DATE	CODE PÉNAL (art. 416 puis 225-1)	CODE DU TRAVAIL (art. L122-45 puis L1132-1)
1972 (juillet)	Origine, éthnie, prétendue race, nation, religion (5)	
1982 (août)		Origine, sexe, situation de famille, éthnie, nation, prétendue race, opinions politiques, activités syndicales, religion (9)
1983 (juillet)	Sexe + situation de famille(7)	
1985 (janvier)		
1985 (juillet)	Mœurs (8)	Activités mutualistes + exercice normal du droit de grève (11)
1989 (janvier)	Handicap (9)	
1990 (juillet)	État de santé (10)	État de santé + handicap + mœurs (14)
1993 (janvier)		Exercice normal du droit de grève bascule hors liste vers L122-45 al. 2 (13)
1994 (mars)	Opinions politiques + activités syndicales (12)	
2001 (mai)		
2001 (nov.)	Orientation sexuelle + âge + patronyme + apparence physique (16)	Orientation sexuelle + âge + patronyme + apparence physique (17)
2002 (mars)	Caractéristiques génétiques (17)	Caractéristiques génétiques (18)
2006 (mars)	Grossesse (18)	Grossesse(19)
2008 (mai)		
2012 (août)	Identité de genre (19)	Identité de genre (20)
2014 (février)	Lieu de résidence (20)	Lieu de résidence (21)
2015 (déc.)		
2016 (avril)		
2016 (juin)	Vulnérabilité économique (21)	Vulnérabilité économique (22)
2016 (nov.)	Perte d'autonomie + langue (23)	Suppression liste et renvoi à l'art. 1 de la loi du 27 mai 2008 (0)
2017 (mars)		Rétablissement liste de la loi de 2008 + rétablissement activités mutualistes + domiciliation bancaire (25)

LOI DU 13 JUILLET 1983 (art. 6 & 6 bis)	LOI DU 27 MAI 2008 (art. 1)
Sexe, opinions politiques, syndicales, philosophiques, religieuses, ethnie (6)	
État de santé + handicap (8)	
Sexe bascule vers article 6 bis (7+1)	
Orientation sexuelle + âge + patronyme + apparence physique + prétendue race (13+1)	
	Ethnie, prétendue race, religion, conviction, âge, handicap, orientation sexuelle, sexe (8)
Identité de genre (14+1)	Identité de genre (9)
	Lieu de résidence (10)
	Perte d'autonomie (11)
Situation de famille (15+1)	
	Vulnérabilité économique (12)
	Origine + situation de famille + grossesse + apparence physique + patronyme + état de santé + caractéristiques génétiques + mœurs + opinions politiques + activités syndicales + langue + nation + suppression des convictions (23)
	Domiciliation bancaire (24)

Fort heureusement, la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle (art. 86 et 87) est intervenue pour régler l'essentiel des divergences entre ces listes par l'harmonisation des énumérations du Code pénal, de la loi de 2008 et du Code du travail, en se fixant autour de vingt-trois critères communs¹. Pour autant, il convient de relativiser cette avancée en raison de la persistance de trois problèmes majeurs.

Le premier problème tient à la persistance d'incohérences en dépit de l'harmonisation partielle. Tout d'abord, la loi Le Pors n'a pas bénéficié du travail d'harmonisation et stagne actuellement avec une liste de seize motifs (quinze à l'article 6 et un à l'article 6 *bis*). Par ailleurs, le critère des convictions a été supprimé de la loi de 2008, qui était pourtant le seul des quatre instruments juridiques à le garantir. Enfin, au-delà des motifs, les définitions et les modalités de prohibition de la discrimination demeurent actuellement posées en des termes différents par les quatre dispositions législatives et ce point-là n'a fait l'objet d'aucune harmonisation – ce qui est pour le moins regrettable.

Au-delà de la persistance d'incohérences, le deuxième problème à considérer tient au fait que, quelques mois seulement après avoir procédé au plus important travail d'harmonisation en la matière, le législateur a consacré de nouveaux motifs de manière variable. Alors que la loi de novembre 2016 avait substitué à l'énumération détaillée du Code du travail un simple renvoi à l'article 1er de la loi de 2008 – afin d'éviter précisément le retour à des énumérations différenciées entre les listes –, la loi du 28 février 2017 rétablit une liste détaillée au sein du Code du travail et supprime le renvoi. Ce faisant, lorsqu'elle réintègre le motif des activités mutualistes, supprimé en novembre 2016, elle ne le rétablit qu'au sein du Code du travail, créant à nouveau une disparité avec les autres listes. Ensuite, cette même loi introduit le nouveau critère de la domiciliation bancaire. Néanmoins, ce critère n'a été ajouté qu'au Code du travail et à la loi de 2008, au détriment de la loi Le Pors et du Code pénal. Enfin, la loi du 29 janvier 2017 a, quant à elle, ajouté au sein du Code pénal uniquement deux critères de discrimination un peu particuliers : la discrimination pour « avoir subi ou refusé de subir des faits de bizutages » et pour « avoir témoigné de tels faits ». Ces ajouts ne figurent toutefois pas dans la liste de l'article 225-1 mais à l'article 225-1-2 du Code pénal, ce qui pose la délicate question de ce que je nomme les « critères annexes » (*confer* tableau n° 2 ci-après).

1. Autre apport, elle redonne une véritable cohérence à la loi de 2008 en ajoutant une dizaine de critères (*i.e.* origine, situation de famille, apparence physique, patronyme, état de santé, caractéristiques génétiques, mœurs, opinions politiques, activités syndicales et appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une nation) et en généralisant leur application à l'ensemble des six domaines mentionnés par cette loi. Elle ajoute la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français et retire le motif des convictions.

Critères “annexes”				
DATE	CODE PÉNAL (art. 225-1-1 à 225-1-2)	CODE DU TRAVAIL (art. L1132-2 puis L1132-3-3)	LOI DU 13 JUILLET 1983 (art. 6 & 6 bis, al. 5)	LOI DU 27 MAI 2008 (art. 2 et 3)
1992 (nov.)			Avoir subi ou refusé de subir des faits de harcèlement + avoir témoigné de tels faits (2)	
1993 (janvier)		Exercice normal du droit de grève - sort de la liste de l'al. 1 (1)		
2001 (mai)			Suppression 2 critères ci-dessus (0)	
2001 (nov.)		Avoir témoigné/ relaté des faits discriminatoires (2)	Avoir contesté de manière gracieuse ou contentieuse des faits discriminatoires + avoir témoigné/ relaté de tels faits (2)	
2005 (juillet)			Avoir subi ou refusé de subir des faits discriminatoires (3+3)	
2008 (mai)				Grossesse + maternité + avoir témoigné/relaté des faits discriminatoires + avoir subi ou refusé de subir des faits discriminatoires (4)
2011 (août)		Exercice de la fonction de juré ou citoyen assesseur (3)		
2013 (mai)		Avoir refusé une mutation dans un pays incriminant l'orientation sexuelle (4)		
2012 (août)	Avoir subi ou refusé de subir harcèlement sexuel + avoir témoigné de tels faits (2)			
2013 (déc.)		Avoir témoigné/ relaté de bonne foi des faits constitutifs de délit ou crime après en avoir eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (5)		
2016 (déc.)		Avoir signalé une alerte conformément à la loi Sapin 2 (6)		
2017 (janvier)	Avoir subi ou refusé de subir des faits de bizutage + avoir témoigné de tels faits (4)			

C'est sur ce point que porte le troisième problème. Ces critères annexes ne font l'objet d'aucune harmonisation et ne sont pas insérés dans les listes des articles de référence mais dans des articles subséquents. *A priori*, si l'on tient compte des doublons, quatorze critères annexes de discrimination se dégagent des quatre instruments juridiques envisagés.

Peu considérés par la doctrine, en quoi ces critères annexes contribuent-ils – éventuellement – d'une logique différente dans la qualification et la sanction des faits discriminatoires de nature à justifier une inscription en marge des listes de critères énumérés ? Il semble que la plupart d'entre eux, douze critères annexes sur les quatorze, concernent des actes qualifiables de représailles. Dans ce cas, pourquoi ne pas simplement imiter le législateur suédois qui envisage concomitamment la sanction des discriminations et des actes de représailles tout en alignant leurs régimes juridiques ? Cela permettrait de corriger aisément cette nouvelle disparité entre les instruments juridiques du droit interne – non plus concernant les critères énumérés mais annexes cette fois. Quant aux deux derniers critères annexes, qui ne rejoignent pas des hypothèses de représailles, ils correspondent aux motifs énumérés à l'article 2, 4° de la loi de 2008 alors que la liste des critères énumérés figure à l'article 1er. Il s'agit de la grossesse, qui figure toutefois depuis novembre 2016 également dans la liste de l'article 1er faisant ainsi apparaître un doublon, et de la maternité, qui subsiste uniquement à l'article 2, 4°, de manière isolée. Or, pourquoi ne pas simplement les intégrer à la liste de l'article 1 et éventuellement généraliser le critère de la maternité aux autres listes desquelles il est absent ?

Il serait possible d'insister longuement sur cette inégale multiplication des critères et sur ses effets, notamment en soulignant en outre la problématique que représentent les habilitations des associations par le Code de procédure pénale en vue de l'exercice des droits de la partie civile². Cela dit, cette première partie suffit à constater que le choix du législateur d'une pluralité des listes en constante expansion ne facilite guère l'intelligibilité du droit. À l'inverse, transparait une importante confusion. Face à ce constat, il convient d'envisager les alternatives qui permettraient d'harmoniser, si possible de manière durable, cette inégale multiplication des critères.

2. Art. 2-1 (nation, ethnie, prétendue race, religion), 2-6 (sexe, situation de famille, mœurs), 2-8 (état de santé, handicap) et 2-10 (vulnérabilité économique) du Code de procédure pénale. Ces habilitations étant sectorielles, fondées sur les différents motifs de discrimination, mais n'ayant pas été actualisées au fur et à mesure, seules les discriminations fondées sur dix motifs sont susceptibles de permettre l'exercice des droits de la partie civile par des associations en droit pénal, alors que l'article 225-1 énonce vingt-trois critères.



Des alternatives aux perspectives : les voies de l'harmonisation

L'adoption d'une liste unique des critères de discrimination

Actuellement, il est possible de considérer que coexistent deux niveaux de fragmentation du droit antidiscriminatoire (Medard Inghilterra, 2018 : 37) qui se répercutent également sur les critères : une fragmentation formelle du droit interne reposant sur différents instruments juridiques qui comprennent des listes de critères énumérés et des critères annexes ; ainsi qu'une fragmentation matérielle du droit interne qui repose sur l'absence de correspondance entre ces différentes listes de critères énumérés et ces critères annexes. Une possibilité, pour plus d'intelligibilité, serait de maintenir une liste détaillée et exhaustive, mais à la condition de réduire ces niveaux de fragmentation, ce qui pourrait notamment être réalisé dans le cadre d'un projet plus ambitieux de consolidation³ du dispositif antidiscriminatoire. Cette seule démarche ne saurait évidemment garantir à elle seule une meilleure effectivité du droit à la non-discrimination. Néanmoins, ses effets sur la lisibilité, la clarté et la non-complexité excessive du droit pourraient être d'un grand secours, considérant, avec Patricia Rrapi, que « 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 » (Rrapi, 2012 : 217). Pour ce qui est des critères de discrimination, la consolidation permettrait toujours leur multiplication, mais celle-ci ne serait plus inégale puisqu'elle serait nécessairement harmonisée dans le cadre d'une liste unique.

Les expériences étrangères sont à cet égard extrêmement intéressantes. Certains législateurs ont fait le choix d'une loi de consolidation dès les prémices du développement du droit antidiscriminatoire. Tel est notamment le cas des législateurs des États et Territoires australiens ou encore de Nouvelle-Zélande. De manière plus intéressante encore, dans plusieurs cas, la consolidation fut sollicitée en tant que modalité de rationalisation du droit antidiscriminatoire qui, à l'instar de la France, était caractérisé par une certaine ineffectivité et une multiplicité de lois sectorielles. Cette option fut notamment saisie par les provinces canadiennes de 1962 à 1976

3. À noter que la consolidation est ici entendue 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 [ou à la loi de consolidation] » (Oppetit, 1994 : 15).

(Morin, 2012 : 33-34 ; Clément et al., 2012 : 15), par la Suède, plus récemment, en 2009, ou encore par le Royaume-Uni en 2010. Dans ce dernier cas, le Gouvernement britannique avait, en 2005, mandaté un groupe de travail pour conduire une évaluation globale du système juridique antidiscriminatoire. Ce groupe a rendu ses conclusions en 2007, axées autour de trois préoccupations : « harmoniser et simplifier la loi », « une loi plus effective », et « moderniser la loi » (Communities and Local Governments, 2007 : 5). Ces conclusions sont particulièrement intéressantes, précisément car la consolidation fut perçue comme une modalité de mise en cohérence des textes afin de répondre à la fragmentation formelle et matérielle du dispositif antidiscriminatoire. Ainsi, après avoir dressé un constat de fragmentation formelle⁴ et matérielle⁵, et considérant l'impératif d'intelligibilité du droit⁶, la voie de la consolidation comme modalité de rationalisation et de réalisation du droit⁷ fut envisagée en réponse.

En France, une telle consolidation du dispositif juridique antidiscriminatoire pourrait procéder, par exemple, du renforcement de la loi du 27 mai 2008, applicable en droit administratif et en droit civil, afin de favoriser sa mutation en une « loi généraliste » (CE, 2016 : 12). 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 s'inscrivent précisément en ce sens (Medard Inghilterra : 2016). Tant et si bien que la loi de 2008 constitue *a priori* le vecteur idéal d'une telle entreprise, simplement parce qu'elle possède : la déclinaison la plus aboutie des formes de discrimination, une énumération parmi les plus complètes des critères, le plus large inventaire des champs d'application, une formulation explicite des exceptions et des clauses de justification⁸, une dimension institutionnelle désormais avec le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, ou encore une

4. « (...) *the law is set out in a many different places, in Acts of Parliament, regulations and orders* » (Communities and Local Governments, 2007 : 12)

5. « (...) *different approaches have been taken to drafting the law, with different definitions and exceptions* » (Communities and Local Governments, 2007 : 27)

6. « *Our aim is to achieve a Single Equality Bill which is simpler* » and to bring « *together the whole of discrimination law in a more consistent and coherent way* » (Communities and Local Governments, 2007 : 12 et 3)

7. « *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* » and it will « *produce better outcomes for those who currently experience disadvantage* » (Communities and Local Governments, 2007 : 32 et 3)

8. A ainsi été insérée à l'article 2, 3^e une clause générale de justification des traitements moins favorables adoptés sur le fondement des motifs énumérés en cas de but légitime et de moyens nécessaires et appropriés. Néanmoins, cette clause ne s'applique pas au domaine de l'emploi pour lequel il convient de se reporter aux articles L1133-1 à L1133-3 du Code du travail. En revanche, 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 – dérogations jusque-là envisagées par le seul Code du travail aux articles L1133-4 et L1133-5. Cette clause générale de justification a été accompagnée d'un régime spécial nouvellement créé au sein de ce même article 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'article premier de la Constitution. L'article 86 de la loi de modernisation de la justice du xxi^e siècle a également complété l'interdiction de la discrimination sur le fondement de la grossesse ou de la maternité en ajoutant que ce principe ne fait pas obstacle aux mesures favorables visant la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes.

dimension procédurale via la mention des règles de preuve, du recours aux mesures d'instruction⁹, la reconnaissance des tests de situation, l'ouverture des actions de groupe, etc. À cet égard, il convient d'insister sur le fait que ces éléments, ces points cardinaux, correspondent aux régularités qu'il est possible de constater à la lecture des lois de consolidations étrangères (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, Suède, Grande-Bretagne, etc.).

En définitive, concernant les critères de discrimination, la voie de la consolidation permettrait d'opter pour une liste unique et par conséquent harmonisée. Alternativement ou cumulativement, il serait envisageable d'opter pour une ou plusieurs listes, non plus fermée(s) mais ouverte(s), c'est-à-dire non exhaustive(s), qui laisserai(en)t le soin aux juridictions de consacrer le cas échéant de nouveaux critères de discrimination. Si cette hypothèse n'est pas mise en œuvre cumulativement avec la consolidation, ce n'est cette fois plus l'inégalité des énumérations entre les listes qui serait corrigée par leur unification, mais simplement l'excessive multiplication des critères, désormais inutile, considérant que la ou les listes serai(en)t non exhaustive(s).

L'adoption d'une ou plusieurs liste(s) ouverte(s) de critères de discrimination

Concernant les modalités concrètes d'introduction d'une telle liste en droit interne, *a priori*, cela peut se manifester de deux manières : soit par l'insertion de la locution « notamment », à l'instar de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁰ (ci-après Convention EDH) ou de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés¹¹ ; soit, plus explicitement, par l'insertion de la mention de « critères analogues » ou d'une formule équivalente, suivant là encore le modèle de l'article 14 de la Convention EDH, qui se réfère à la notion de « toute autre situation », ou du législateur sud-africain¹².

9. L'art. 4 de la loi de 2008 a été enrichi de la précision suivante : « le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Cet ajout fait écho à la nécessité de renforcer le recours aux mesures d'instruction au sein du contentieux antidiscriminatoire pour dépasser les blocages de la preuve (Hoffschir et Orif, 2016).

10. « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

11. « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

12. « "Prohibited grounds" are- (a) [listed criteria]; or (b) any other ground where discrimination based on that other ground- causes or perpetuates systemic disadvantage; undermines human dignity; or adversely affects the equal enjoyment of a person's rights and freedoms in a serious manner that is comparable to discrimination on a ground in paragraph (a) », Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 2000, chap. 1, art. 1.

Sur le fondement de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, les cours ont progressivement reconnu comme « critères analogues¹³ » : la citoyenneté¹⁴, l'état matrimonial¹⁵, l'orientation sexuelle¹⁶, les convictions politiques¹⁷, la langue¹⁸, la situation d'enfant adopté¹⁹, la méthode de conception²⁰, le fait de ne pas avoir d'enfant²¹, le statut d'enfant né hors mariage²², etc. Quant à la Cour EDH, elle a reconnu comme « situations analogues » au sens de l'article 14 de la Convention : l'orientation sexuelle²³, l'âge²⁴, le handicap²⁵, la séropositivité²⁶, la paternité²⁷, l'état civil²⁸, l'appartenance à une organisation²⁹, le grade militaire³⁰, la condition de parent d'un enfant né hors mariage³¹, le lieu de résidence³², la qualité de locataire d'un bien de l'État³³, la condition de prisonnier³⁴, la durée de la peine de prison³⁵, le type de titre de séjour³⁶, le type de paternité (présumée ou légalement établie)³⁷, etc. Dans l'hypothèse d'une liste ouverte,

13. En précisant que « [l]es motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ne sont pas exhaustifs. Les motifs analogues à ceux énumérés sont également visés et il se peut même que la disposition soit plus générale que cela » (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, p. 145).

14. *Ibid.*, p. 152-153. Pour une justification générale, voir p. 146.

15. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418, p. 160. Pour une justification, voir p. 156.

16. *Egan c. Canada*, [1995] 2 RCS 513, p. 603.

17. *Condon v. Prince Edward Island*, 2002 PESCTD 41 (CanLII), par. 80.

18. *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 238, par. 12.

19. *Strong v. Marshall Estate*, 2009 NSCA 25 (CanLII), par. 32.

20. *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2011 BCSC 656 (CanLII), par. 234, conf. in 2012 BCCA 480 (CanLII), par. 36.

21. *Noseworthy v Smith*, 2007 NLTD 191 (CanLII), par. 27.

22. *Murley c. Hudye* (1997), 141 DLR (4th) 25 (Morin, 2012 : 96).

23. Cour EDH, *Fretté c. France*, 26 février 2002, n° 36515/97.

24. Cour EDH, *Schwizgebel c. Suisse*, 10 juin 2010, n° 25762/07.

25. Cour EDH, *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, n° 13444/04 et G.N. et autres c. Italie, 1er décembre 2009, n° 43134/05.

26. Cour EDH, *I.B. c. Grèce*, 3 octobre 2013, n° 552/10 et Kiyutin c. Russie, 10 mars 2011, n° 7205/07.

27. Cour EDH, *Weller c. Hongrie*, 31 mars 2009, n° 44399/05.

28. Cour EDH, *Petrov c. Bulgarie*, 22 mai 2008, n° 15197/02.

29. Cour EDH, *Danilenkov et autres c. Russie*, 30 juillet 2009, n° 67336/01 et *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie (n° 2)*, 31 mai 2007, n° 26740/02.

30. Cour EDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, nos 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72.

31. Cour EDH, *Sommerfeld c. Allemagne*, 8 juillet 2003, n° 31871/96 et *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003, n° 30943/96.

32. Cour EDH, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, n° 42184/05.

33. Cour EDH, *Larkos c. Chypre*, 18 février 1999, n° 29515/95.

34. Cour EDH, *Stummer v. Austria*, 7 juillet 2011, n° 37452/02

35. Cour EDH, *Clift v. The United Kingdom*, 13 juillet 2010, n° 7205/07.

36. Cour EDH, *Bah v. the United Kingdom*, 27 septembre 2011, n° 56328/07, § 43-46.

37. Cour EDH, *Paulík v. Slovakia*, 10 octobre 2006, n° 10699/05.

il est clair que les possibilités de consécration par les cours de motifs nouveaux sont extrêmement nombreuses – et, à en croire la consécration frénétique par le législateur de critères énumérés ces dernières années, cela implique que les potentiels critères à ajouter aux actuelles listes exhaustives sont tout aussi nombreux.

Reste alors à envisager les modalités d'encadrement de la consécration jurisprudentielle des « critères analogues ». À cet égard, la méthode élaborée par la Cour suprême canadienne fournit une illustration intéressante. Elle considère les critères comme de simples « indices³⁸ » de discrimination potentielle, c'est-à-dire comme des éléments « communément utilis[és] pour établir des distinctions qui ont peu ou pas de lien rationnel avec la matière traitée, traduisant généralement l'existence d'un stéréotype³⁹ ». Sans rapport hiérarchique, les critères énumérés ou analogues diffèrent simplement à raison de la source juridique qui les considère : certains sont des indices législatifs⁴⁰, d'autres des indices jurisprudentiels. Néanmoins, tous « constituent des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect⁴¹ ». Lorsqu'elle encadre le processus de consécration d'un motif analogue, la Cour suprême se place à son habitude dans un paradigme d'interprétation téléologique en affirmant que « la considération fondamentale [...] est la question de savoir si la reconnaissance du fondement de la différence de traitement comme motif analogue favoriserait la réalisation des objets du par. 15(1)⁴² ». Elle répond à cette interrogation en sollicitant plusieurs facteurs⁴³ et en regardant notamment si la caractéristique susceptible d'être consacrée comme un critère analogue : se réfère à un groupe qui a subi un désavantage historique ou qui constitue une « minorité discrète et isolée⁴⁴ » ; est immuable ou modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle, ce qui implique que son abandon ne saurait légitimement être exigé comme un préalable à l'égalité de traitement⁴⁵ ; possède une certaine similitude avec l'un des critères énumérés ; ou encore si cette caractéristique est déjà reconnue par les législateurs provinciaux et la doctrine comme un motif potentiellement discriminatoire⁴⁶. Sur ce dernier facteur, dans le cadre français, il serait possible de considérer que la reconnaissance d'un critère par certaines législations européennes puisse constituer un indice en vue de la consécration

38. *Miron c. Trudel*, *op. cit.*, par. 132..

39. *Ibid.*, p. 424.

40. *Corbiere c. Canada*, *op. cit.*, par. 7.

41. *Ibid.*, par. 8. À noter que cette reconnaissance a également vocation à être généralisée puisqu'elle conditionne les interprétations des juridictions provinciales relatives à l'art. 15(1) de la Charte canadienne et influe sur l'interprétation des instruments provinciaux : « l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne doit s'harmoniser avec celle de dispositions comparables dans d'autres ressorts ». V. not. *Nouveau Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, [2008] 2 R.C.S. 604, par. 68. Voir encore *Québec (CDPDJ) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (CDPDJ) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 RCS 665 (ci-après *Ville de Montréal*), par. 42 et 45.

42. *Corbiere c. Canada*, *op. cit.*, par. 208.

43. Pour une approche synthétique, voir *ibid.*, par. 13 ou *Miron c. Trudel*, *op. cit.*, p. 148.

44. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 152 et p. 158 ou encore *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296, p. 1332-1333.

45. *Ibid.*, par. 5 ou encore *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 SCR 493, par. 90.

46. *Egan c. Canada*, *op. cit.*, par. 176-178.

d'un critère analogue. À cet égard, notons que la Cour EDH tient d'ores et déjà compte de la reconnaissance de certains critères par le droit communautaire pour consacrer les motifs qui, selon la lettre de l'article 14, relèvent de « toute autre situation » (FRA, 2011 : 103)⁴⁷.

En guise de conclusion, il convient de relever que la multiplication des critères de discrimination en droit français est nécessairement partielle et actuellement problématique.

Elle est nécessairement partielle car, si l'on conçoit le droit à la non-discrimination comme un instrument juridique permettant la sanction de traitements défavorables illégitimes – ce qui peut en soi être perçu comme une conception excessive –, le législateur ne saurait évidemment anticiper la totalité des fondements potentiels de cette illégitimité. Alors, quels que soient le nombre et les critères consacrés, la liste possèdera inexorablement des angles morts. Face à ce constat émerge la perspective d'une éventuelle liste ouverte des critères de discrimination. Celle-ci posséderait deux avantages : stopper la profusion des critères au sein des listes du droit interne tout en limitant les angles morts inhérents à l'exhaustivité de ces listes. À noter que cette possibilité devrait en toute hypothèse être restreinte au droit civil et administratif en raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Néanmoins, l'on touche ici à quelque chose de peut-être plus sensible en France qu'ailleurs, à savoir les relations, la conciliation, voire pour certains – notamment en contentieux administratif (Icard et Laidié, 2016) –, le rapport de force qui existe entre le droit à la non-discrimination et le principe d'égalité. En effet, l'introduction d'une liste ouverte des critères aurait nécessairement pour implication d'ouvrir les vannes et de généraliser le droit à la non-discrimination, l'inscrivant un peu plus dans une relation que d'aucuns pourraient qualifier de concurrentielle avec le principe d'égalité.

Ensuite, cette multiplication des critères est actuellement problématique car le législateur consacre souvent les nouveaux motifs sans véritable vision d'ensemble, de manière sectorielle, et occulte complètement l'harmonisation des critères annexes, renforçant ainsi l'absence d'intelligibilité du droit antidiscriminatoire – qui, hélas, ne se restreint pas à la seule question des critères. Or, l'absence d'intelligibilité du droit possède un impact non négligeable sur la connaissance et la mobilisation du droit par les victimes. Face à ce constat, l'harmonisation, notamment par la consolidation du droit antidiscriminatoire, sans évidemment être l'*alpha* et l'*oméga* de son effectivité, pourrait présenter une perspective salutaire. Elle permettrait de limiter l'inégalité de cette multiplication des critères entre les listes du droit interne par la création d'une liste unique. Enfin, pour conclure sur une note plus légère, si l'on fait abstraction des éventuelles tensions entre égalité et non-discrimination, il serait possible de considérer que le cœur de notre devise républicaine (« liberté, égalité, fraternité ») vaut bien une loi de consolidation.

47. Tel est notamment le cas pour les critères suivants : l'orientation sexuelle (Cour EDH, *Fretté c. France*, 26 février 2002, n° 36515/97, § 32), l'âge (Cour EDH, *Schwizgebel c. Suisse*, 10 juin 2010, n° 25762/07) et le handicap (Cour EDH, *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, n° 13444/04, §80 ; Cour EDH, *G.N. et autres c. Italie*, 1er décembre 2009, n° 43134/05, §126 ; Cour EDH, *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, n° 7205/07, §56). La Cour EDH tient également compte des observations des Comités onusiens ou de la Commission des droits de l'homme.

Références bibliographiques

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE (FRA), *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office de publications de l'UE, 2011, 176 p.

CLÉMENT Dominique, SILVER Will et TROTTIER Daniel (Commission canadienne des droits de la personne), *L'évolution des droits de la personne au Canada*, Ottawa, ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2012, 98 p. [en ligne, URL : <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Avis/Selection-des-avis-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Projet-de-loi-Egalite-et-citoyennete>].

COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENTS, *Discrimination Law Review. A Framework for Fairness: Proposals for a Single Equality Bill for Great Britain*, London, Ministry of Justice, 2007, 190 p. [en ligne, URL : <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20120919212654/http://www.communities.gov.uk/documents/corporate/pdf/325332.pdf>].

CONSEIL D'ÉTAT (CE), *Avis du le projet de loi Égalité et Citoyenneté*, n° 391255, Séance du jeudi 31 mars 2016, extrait du registre des délibérations, 14 p.

HOFFSCHIR Nicolas et ORIF Vincent, « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 9, 2016, [en ligne, URL : <https://journals.openedition.org/revdh/2053?lang=fr>].

ICARD Philippe et LAIDIÉ Yan, *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, Dijon, CREDESPO (CNRS, Université de Bourgogne), Rapport, Mission de recherche Droit et Justice, 2016, 472 p. [en ligne, URL : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/le-principe-de-non-discrimination-lanalyse-des-discours-2/>].

MEDARD INGHILTERRA Robin, « Le droit à la non-discrimination fait peau neuve : brèves 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, 2016, [en ligne, URL : <http://www.revuedlf.com/droit-social/le-droit-a-la-non-discrimination-fait-peau-neuve-brevs-considerations-sur-les-incidences-de-la-loi-de-modernisation-de-la-justice-du-xxie-siecle/>].

MEDARD INGHILTERRA Robin, « Face à la fragmentation matérielle et formelle, plaider la consolidation du droit antidiscriminatoire en France », *Les Cahiers de la lutte contre les discriminations*, n° 6, 2018, pp. 37-55.

MORIN Alexandre, *Le droit à l'égalité au Canada*, Montréal, LexisNexis, 2^e éd., 2012, 412 p.

OPPETIT Bruno, « De la codification », in BEIGNIER Bernard (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1994.

RRAPI Patricia, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, 280 p.