

Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français. Le Revue des Droits de l'Homme, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (Nanterre), 2016, <10.4000/revdh.2049>. <hal-01648792>

HAL Id: hal-01648792

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01648792>

Submitted on 19 Dec 2017

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.

Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français

Par Véronique Champeil-Desplats

Professeure de droit public, Université Paris Ouest-Nanterre la Défense, Centre de théorie et d'analyse du droit, équipe CREDOF, UMR 7074.

Résumé

Les freins auxquels se heurtent en France les dispositifs de lutte contre les discriminations ne résultent pas seulement de défaillances qui leur seraient intrinsèques. L'hypothèse est qu'ils proviennent aussi d'une distorsion entre, d'un côté, les cadres conceptuels et les catégories juridiques mobilisés dans l'ordre juridique français et, de l'autre, des dispositifs parfois nouveaux inspirés des droits internationaux, européens ou anglo-saxons. Dès lors, l'effectivité du droit de la lutte contre les discriminations bute en France sur une conception formelle et universaliste du principe d'égalité. Elle doit aussi composer avec les dispositifs de réduction des inégalités structurant les politiques sociales françaises depuis longtemps.

Abstract

The mechanisms for struggling against discrimination are faced with various obstacles, and it would therefore be wrong to state that the failure of those mechanisms is only due to their own misconceptions. The hypothesis is that this failure is also linked with discrepancies between, on the one hand, the conceptual frameworks and legal categories which are relevant in the French legal order and, on the other hand, new mechanisms inspired by international, European or Anglo-Saxon legal orders. The effectiveness of the legal measures against discriminations is then clashing in France with a formal and universalist conception of equality. It has also to deal with various institutions acting for the reduction of inequality and structuring the French social politics since a long time.

Mots-clés

discrimination, inégalité, égalité, universalisme, parité, statistique ethnique ; critères objectifs

Keywords

discrimination, equality, inequality, universalism, parity, ethnical statistical, objective criterions,

L'introduction de la notion de discrimination dans le vocabulaire du droit positif français et, surtout, son entreprise de systématisation qui porte aujourd'hui à évoquer l'existence d'un droit de la lutte contre les discriminations, restent relativement récentes. La notion fait son entrée dans le Code pénal avec la loi du 1^{er} juillet 1972 contre le racisme qui sanctionne les discriminations raciales. S'y ajouteront progressivement les interdictions de discriminations fondées sur le sexe, la situation de famille, les mœurs, le handicap, la santé, les caractéristiques génétiques.... Le 4 août 1982, la loi Auroux prolonge le mouvement dans le cadre des relations professionnelles. Mais il faut attendre la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, pour qu'un organe spécialisé soit institué, avant d'être absorbé six ans plus tard dans la nouvelle institution que constitue le Défenseur des droits.

On émettra ici l'hypothèse que les freins auxquels se heurtent les mécanismes de lutte contre les discriminations ne résultent pas (seulement) de défaillances ou de dysfonctionnements qui leur seraient intrinsèques. Il est possible qu'ils proviennent aussi d'une distorsion entre, d'un côté, les cadres conceptuels et les catégories juridiques mobilisés dans l'ordre juridique français avec lesquels ses juristes – les juges, les administrations comme la doctrine – ont l'habitude de raisonner et, d'un autre côté, des dispositifs parfois nouveaux et essentiellement inspirés des droits internationaux et européens. Ces dispositifs sont d'ailleurs souvent eux-mêmes issus de compromis entre plusieurs cultures juridiques, politiques ou idéologiques, au sein desquelles le poids des modes de raisonnement et des appareils conceptuels anglo-saxons se fait substantiellement ressentir¹.

Dans ce contexte, les politiques de lutte contre les discriminations tout comme les dispositifs destinés à les mettre en œuvre doivent composer avec des cadres conceptuels qui ont façonné et structuré des décennies de politiques publiques et sociales françaises et qui poursuivent des visées convergentes de réduction des inégalités. Aussi paradoxal que cela puisse paraître - et cela n'est pas toujours facilement audible au-delà de nos frontières - l'un des principaux obstacles à l'extension des dispositifs de lutte contre les discriminations reste en France le principe d'égalité, ou du moins les conceptions spécifiques dont il peut faire l'objet.

D'un côté, en effet, une lecture universaliste du principe juridique d'égalité en favorise une conception formelle contre laquelle achoppent les mesures ciblées de certains

¹ Voir GROSBN Sophie dans ce dossier.

mécanismes de la lutte contre les discriminations². Souvent complémentaires, le principe d'égalité et la lutte contre les discriminations apparaissent par conséquent aussi, pour certains cas névralgiques, antagoniques (I). D'un autre côté, l'égalité et son envers, la lutte contre les inégalités, ont structuré en France les politiques publiques destinées à les mettre en œuvre dans un registre conceptuel social, collectif et redistributif avec lequel doit alors composer l'introduction du registre libéral de l'égalité individuelle des chances porté par la lutte contre les discriminations (II).

I. L'épreuve d'une conception formelle et universaliste du principe d'égalité

La lecture universaliste du principe d'égalité a pour conséquence d'en imposer une conception essentiellement formelle. Elle implique en effet, devant la loi, de ne pas différencier les individus. Dans cette perspective, le principe d'égalité peut tout autant conforter des dispositifs de lutte contre les discriminations en s'opposant à ce que certaines catégories d'individus fassent l'objet d'un traitement défavorable, qu'à l'inverse, faire obstacle à des mesures qui bénéficieraient à des catégories ciblées. Il en va particulièrement ainsi lorsque ces mesures sont considérées fondées sur des critères pour lesquels toute distinction est constitutionnellement, conventionnellement ou légalement prohibée (A). Cette lecture stricte portée par les autorités juridictionnelles françaises qui exigent que toute différence de traitement soit dûment justifiée trouve deux illustrations significatives dans les contentieux relatifs aux statistiques ethniques et à la parité hommes/femmes (B).

A. L'interdiction de fonder les politiques publiques sur certains critères

L'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ») et l'article premier de la constitution du 4 octobre 1958 (« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ») constituent aujourd'hui les principaux fondements des décisions juridictionnelles qui font obstacle à l'adoption de mesures ciblant certaines catégories d'individus. Certains y verront la résurgence de la

² Voir LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010.

volonté révolutionnaire d'éradiquer les privilèges, reconsidérés au sens étymologique de "*privata lex*", c'est-à-dire des règles spécifiques à chaque ordre, profession, corporation ou portion du territoire... L'égalité formelle, l'application de la même loi à tous, est alors supposée suffire à assurer une égalité réelle.

La prégnance de la conviction que la loi doit être la même pour tous n'est pas pour rien dans le caractère à la fois tardif et strict de l'introduction d'une approche différentialiste du principe d'égalité au sein des décisions juridictionnelles françaises. Le Conseil d'Etat a en effet attendu 1974³ pour affirmer explicitement que le principe d'égalité pouvait s'accommoder d'une différence de traitement face à une différence de situation. Le Conseil constitutionnel lui emboîte le pas cinq années plus tard en considérant que « si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes »⁴.

Mais cette différence de traitement ne constitue pas, en France, une obligation. Elle n'est qu'une possibilité, une option que peuvent ou non lever les autorités publiques⁵. Surtout, pour être légale ou constitutionnelle, elle doit être dûment justifiée. Le Conseil d'Etat exige ainsi que les différences de traitement opérées par les autorités administratives soient « la conséquence nécessaire d'une loi », qu'elles reposent sur l'existence de « différences de situation appréciables » entre les usagers ou qu'elles visent « une nécessité d'intérêt général »⁶. Le Conseil constitutionnel, pour sa part, a dans un premier temps admis que la loi établisse « des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes », à la condition que « cette non-identité [soit] justifiée par la différence de situation et n[e soit] pas incompatible avec la finalité de la loi »⁷. Il a ensuite affiné sa formulation et retient aujourd'hui que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le

³ Conseil d'Etat, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, [req. n° 88032 et n° 88148](#).

⁴ Décision n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *rec.* 31.

⁵ Voir Conseil d'Etat, 28 mars 1997, *Société Baxter*, [req. n° 179049 et 179054](#); Cass. soc. 24 mars 1998, *Azad c/ Chamsidine*, *Dr. soc.*, 1998, p. 615 ; voir aussi décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *rec.* 100.

⁶ Conseil d'Etat, Section, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *précit.*

législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »⁸.

On l'a évoqué, cette formulation stricte des conditions dérogatoires à l'identité de traitement conforte le principe de non-discrimination lorsqu'il s'agit de sanctionner des mesures défavorisant certaines catégories d'individus. Mais elle peut aller à son encontre dès lors que les dispositions législatives envisagées ont pour objet de remédier à des situations discriminatoires ou d'inégalité en se fondant sur des critères pour lesquels les juges estiment que toute distinction est interdite. Deux exemples au moins l'illustrent en France, celui du recours aux statistiques ethniques et celui des mesures favorisant l'accès des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives dans les instances politiques et professionnelles.

B. Deux illustrations : les statistiques ethniques et la parité hommes/femmes

La possibilité de recourir à des statistiques sur le fondement de critères dits ethniques est, on le sait, controversée. Pour certains, ces statistiques constituent un instrument de mesure permettant d'améliorer la connaissance des phénomènes discriminatoires, d'inégalité ou d'exclusion et d'y remédier de façon plus appropriée. Plusieurs Etats y recourent (Royaume-Uni, Pays-Bas, Canada, Brésil...) et l'Union européenne les envisage au nombre des dispositifs de lutte contre les discriminations⁹. D'autres, au contraire, redoutent que leur officialisation ne conduise à des dérives et, notamment, à essentialiser des caractéristiques distinctives qui restent incertaines et fuyantes. Les statistiques ethniques heurteraient dès lors « l'attachement au modèle républicain qui doit rester 'aveugle' aux origines »¹⁰.

⁷ Décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *rec.* 82.

⁸ Voir par exemple, décisions [n° 2015-465, 24 avril 2015](#) ; [n° 2015-495 QPC, 20 octobre 2015](#).

⁹ Voir LOCHAK Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, pp. 110 et s.

¹⁰ *Ibid.*

Appelé à se prononcer sur la question, le Conseil constitutionnel s'est, sans surprise, opposé à leur élaboration. Après avoir relevé que la disposition législative contestée devant lui tendait à permettre, en vue d'études sur la mesure de la diversité des origines et sur des phénomènes de discrimination et d'intégration, la réalisation de traitements de données à caractère personnel dans lesquelles seraient apparues, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques des personnes, il affirme que, pour être constitutionnelles, de telles études ne peuvent se référer qu'à « des données objectives ». Il en conclut qu'elles ne peuvent par conséquent être fondées sur « l'origine ethnique » ou sur « la race » sans méconnaître l'article premier de la constitution¹¹.

Le cas des mesures favorisant l'accès des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives dans les instances politiques et professionnelles offre un modèle encore plus fourni de résistance juridictionnelle face, ici, à l'usage du critère du « sexe » - progressivement aussi dénommé « genre » - pour fonder des politiques de réduction des inégalités. Il aura en effet fallu non moins de deux révisions constitutionnelles (et l'histoire n'est peut-être pas finie) pour surmonter l'interprétation stricte que livre le Conseil constitutionnel de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme, devenu le principal fondement de l'opposition aux mesures de type paritaire¹². Lorsque les mesures soumises à son contrôle ne rentrent pas dans le champ des révisions constitutionnelles, champ qu'il interprète au demeurant restrictivement¹³, le Conseil constitutionnel le répète en effet à l'envi : si la recherche de l'égalité entre les hommes et les femmes, en visant notamment « à assurer une représentation équilibrée » n'est pas en soi inconstitutionnelle, elle ne saurait avoir « pour objet », ni « pour effet de faire prévaloir la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications »¹⁴. En d'autres termes, il ne s'agit pas de promouvoir une femme sur la

¹¹ Décision n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007, *rec.* 360.

¹² Voir les décisions n° 82-146, 18 novembre 1982, *rec.* 66 ; n° 98-407, 14 janvier 1999, *rec.* 21 ; n° 2001-445, 19 juin 2001, *rec.* 63 ; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *rec.* 49 ; n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, *rec.* 39.

¹³ Décisions n° 2001-445, 19 juin 2001, *rec.* 63 ; n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, *rec.* 39.

¹⁴ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *rec.* 49 ; n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, *rec.* 39.

seule considération qu'elle est une femme. La position du Conseil d'Etat est semblable. Il estime que « si le principe constitutionnel d'égalité ne fait pas obstacle à la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités, il interdit, réserve faite de dispositions constitutionnelles particulières, de faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune »¹⁵.

La décision n° 2015-465 du 24 avril 2015 constitue à cet égard le dernier avatar de la réticence que manifeste le Conseil constitutionnel à l'extension des mesures paritaires. La haute instance y propose un nouvel usage tout aussi elliptique qu'ambivalent de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

D'un côté, le Conseil admet la constitutionnalité des règles de composition paritaire hommes-femmes pour la formation restreinte du Conseil académique des universités lorsque celui-ci examine « des questions individuelles relatives aux enseignants-chercheurs autres que les professeurs d'universités »¹⁶. Il estime que le législateur a ainsi assuré « la conciliation entre » le principe d'égalité devant la loi énoncé à l'article 6 de la Déclaration et l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles qui, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, trouve sa source au second alinéa de l'article premier de la constitution¹⁷. Cela signifie implicitement mais sûrement que le Conseil constitutionnel pense lesdits principe et objectif d'abord sur le mode de l'antagonisme et non sur celui de la complémentarité. Dans le cas contraire, à quoi bon avoir à les concilier ?

En outre, d'un autre côté, c'est sur ce même principe d'égalité que prend appui le Conseil pour admettre la constitutionnalité du défaut d'extension de l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles au corps des professeurs d'université, autrement dit, pour justifier le traitement différent de deux corps de la fonction publique en matière de parité. Pour le Conseil, cette différence de traitement est en effet « en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ». Autrement dit, le corps des professeurs se trouve

¹⁵ Conseil d'Etat, 10 octobre 2013, [Fédération française de gymnastique, req. n° 359219](#) ; voir également Conseil d'Etat, 22 juin 2007, *M. Lesourd, RFDA*, 2007, p. 1077.

¹⁶ Décision n° 2015-465 QPC, 24 avril 2015, [n° 2015-465, 24 avril 2015](#),

¹⁷ « La loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

dans une situation différente des autres corps au regard de l'objectif paritaire. Pourquoi pas, tant il est vrai que le taux de femmes professeures d'université est structurellement plus faible que celui des hommes. Mais, inversement, pourquoi, alors ? Pourquoi ne pas censurer le défaut d'extension de mesures paritaires au regard de l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles qui semblait pourtant être poursuivi par la loi examinée. Le mystère est bien gardé. Il reste que le principe d'égalité constitue une nouvelle fois la justification juridique du frein à l'emprise de mesures mises à la carte des moyens de lutte contre les inégalités et les discriminations.

II. La lutte contre les inégalités par d'autres moyens

S'il est admis que certains critères ne peuvent constitutionnellement ou légalement fonder des mesures même favorables aux personnes concernées, beaucoup s'accordent aussi pour relever des non-dits qui restent, par définition, difficiles à prouver. En revanche, plus aisée est l'observation de techniques de généralisation et d'objectivation des critères retenus pour définir des politiques publiques, mais qui tendent alors à diluer les effets spécifiques des mesures ciblées sur les discriminations (A). Par ailleurs, ces mesures s'agrègent, tout particulièrement en France, à des politiques de redistribution instituées depuis longtemps. La coexistence d'une diversité de dispositifs poursuivant des finalités communes interroge elle aussi sur les modalités d'évaluation des effets spécifiques du droit de la lutte contre les discriminations (B).

A. Les techniques d'objectivation des critères des politiques publiques

Le Conseil constitutionnel l'a rappelé au sujet des dispositions relatives aux statistiques ethniques : ce type d'étude ne peut se référer qu'à « des données objectives »¹⁸. Le Conseil ne précise toutefois pas en quoi consiste l'objectivité requise. Mais l'on peut supposer, par un raisonnement *a contrario*, que les « critères objectifs » sont tous ceux que le Conseil constitutionnel ne considère pas prohibés par le texte de la constitution. Si l'on s'en tient à la rédaction du texte de l'article premier, ne sont alors, *a minima*, pas objectifs les critères de l'origine, de la « race » ou de la religion.

Face à l'impossibilité de prendre en considération certains critères pour fonder les politiques publiques, on observe depuis déjà quelques temps une tendance à en proposer des formulations « objectivées ». Cette objectivation consiste à énoncer des critères qui ne

¹⁸ Décision n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007, *rec.* 360.

désignent pas explicitement ou directement les catégories principalement visées, mais à trouver des dénominations détournées ou englobantes.

Historiquement, les critères les plus communs pour justifier des mesures compensatoires ou de redistribution des richesses sont les niveaux de revenus ou le quotient familial. Le législateur a également pu viser le caractère “isolé” de certaines personnes, sachant que les femmes seraient en l’occurrence le plus souvent concernées. Ces dernières années, l’administration comme le législateur français ont fait preuve d’une particulière inventivité pour éviter d’utiliser des termes qui pourraient donner aux mesures proposées le caractère de discriminations positives prohibées. Plutôt que de se référer, par exemple, à une supposée origine ethnique, nationale ou à des pratiques religieuses, comme cela peut être le cas dans d’autres Etats, les autorités publiques françaises ont préféré prendre appui sur les notions de pluralisme, de « mixité », de promotion de la « diversité » ou encore de « zone ».

L’ouverture du recrutement des élèves de l’Institut d’Etudes Politiques de Paris offre une illustration contentieuse éclairante de ces techniques d’objectivation. Afin de compenser les résultats de son concours de recrutement qui favorise les élèves issus des classes socio-culturelles les plus élevées, Science po’ Paris a entrepris de réserver un nombre de places pour des élèves provenant de milieux plus modestes. Mais restait à trouver un critère pertinent de sélection. Refusant de s’engager dans une politique des quotas « à l’américaine » et de se référer à une origine quelconque des enfants ou des parents, l’Institut a proposé de signer avec des établissements secondaires librement choisis des conventions fixant des « modalités particulières destinées à assurer un recrutement *diversifié*¹⁹ parmi l’ensemble des élèves de l’enseignement du second degré ». Saisi du dispositif législatif qui encadrerait ces conventions, le Conseil constitutionnel en a admis la constitutionnalité « à la condition que les modalités particulières » fixées aux fins de la diversification « reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l’exigence constitutionnelle d’égal accès à l’instruction »²⁰.

Les « critères objectifs », ou plutôt « objectivés », reposent en l’occurrence sur une analyse spécifique des répartitions des classes socio-culturelles sur le territoire national. Le découpage ou « le zonage » social du territoire fait donc ici office de « critère objectif » pour mener des politiques de redistribution ou compensatoires. Dans la même veine, dans les

¹⁹ Souligné par nous.

²⁰ Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *rec.* 82.

domaines de l'éducation et du logement comme dans le cadre du soutien à l'emploi et aux investissements, ont également pu être délimitées des « zones d'éducation prioritaires », des « zones urbaines sensibles », des « zones de redynamisation urbaine » ou encore des « zones d'entreprises »...

Compte tenu du taux de corrélation entre ces zones et les répartitions territoriales des personnes étrangères ou françaises dites « issues de l'immigration », ces initiatives ont parfois pu être appréhendées comme des discriminations positives ethniques indirectes²¹. Pour autant, cette association de zones territoriales à des situations d'immigration, d'exclusion ou de pauvreté reste partiellement exacte et à est sujette à discussion²². Le zonage territorial n'appréhende en effet que de façon schématique et parfois intuitive des situations complexes²³ dans lesquelles les discriminations individuelles se trouvent mêlées à des cas d'exclusions et d'inégalités sociales structurelles, parfois liés à la résurgence de phénomènes racistes et xénophobes²⁴. Par ailleurs, outre les effets d'aubaines (qui ne sont pas en l'occurrence les plus préoccupants) que ces instruments engendrent parfois en finissant par bénéficier davantage à des individus autres que ceux initialement visés, ceux-ci peuvent aussi, au contraire, produire des effets pervers de stigmatisation et de ghettoïsation des zones ciblées²⁵, voire diluer l'objectif de lutte contre les discriminations et alors neutraliser les moyens déployés pour l'atteindre.

²¹ Voir par exemple DHUME Fabrice, HAMDANI Khalid, *Vers une politique française de l'égalité. Rapport du groupe de travail 'Mobilités sociales'*, Paris, Ministère de l'Emploi, du Travail de la formation professionnelle et du Dialogue social Paris, La Documentation française, 2013.

²² *Ibid.*

²³ Voir DUBET François, COUSIN Oliver, MACE Eric, RUI Sandrine, *Pourquoi moi ?*, Paris, Edition du Seuil, 2013.

²⁴ CORCUFF Philippe, « Clivage national-racial contre question sociale – Un cadre d'analyse socio-politique pour interpréter les progrès de l'extrême-droite en France », *ContreTemps*, septembre 2003, n°8, pp. 42-50.

²⁵ DHUME Fabrice, HAMDANI Khalid, *Vers une politique française de l'égalité. Rapport du groupe de travail 'Mobilités sociales'*, *op. cit.*

B. Du libéral dans le social : sur l'évaluation des effets spécifiques du droit de la lutte contre les discriminations

Le soubassement idéologique libéral des politiques de lutte contre les discriminations n'a été pas manqué d'être relevé²⁶. Ce libéralisme se manifeste, d'une part, sur le plan éthique en tant qu'il repose sur un individualisme. Ainsi, plutôt qu'à des groupes ou des collectifs déterminés par des positions sociales, la lutte contre les discriminations vise avant tout des individus appréhendés par certaines de leurs caractéristiques personnelles. Elle promeut un droit individuel à ne pas être traité plus défavorablement qu'autrui, un droit « autosuffisant » qui s'adresse à des individus « livrés à eux-mêmes, à leurs inégalités, notamment en termes de richesse »²⁷. Le libéralisme se manifeste également, d'autre part, dans sa dimension économique. Le présupposé est que sans discrimination, chacun est réputé disposer d'une égalité des chances et des opportunités sur le marché. Si l'on suit cette perspective, on peut en partie comprendre la promotion particulière des mesures anti-discriminatoires au sein de l'ordre économique libéral et marchand que constitue l'Union européenne²⁸.

Le droit de la lutte contre les discriminations arrive ainsi en France avec un cadre idéologique et conceptuel spécifique qui fait appel à ses propres dispositifs, à son propre « accommodement des choses »²⁹. Mais il se trouve alors confronté à d'autres accommodements des choses, à d'autres dispositifs de concrétisation du droit et des politiques

²⁶Voir DUBET François, COUSIN Oliver, MACE Eric, RUI Sandrine, *Pourquoi moi ?*, *op. cit.* ; DE SCHUTTER Olivier, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt/M., New York, Oxford, Wien, Peter Lang, 2001 ; « L'affirmative action comme instrument de lutte contre les discriminations en Europe : un outil de transformation sociale au service des objectifs du droit européen » in MARTINIELLO Marco, REA Andrea (eds.), *Affirmative action. Des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Bruxelles, Academia-Bruylant, 20014, pp. 127 et s.

²⁷ HERRERA Carlos, « Le concept de droits sociaux fondamentaux dans la mondialisation », in CHÉROT Jean-Yves, FRYDMAN Benoît, *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 172 analysant SUPPIOT Alain, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, 182 p pp. 47 et s.

²⁸Voir DE SCHUTTER Olivier, « L'affirmative action comme instrument de lutte contre les discriminations en Europe : un outil de transformation sociale au service des objectifs du droit européen », *op. cit.*.

²⁹THÉVENOT Laurent, « Les sciences économiques et sociales et le droit : quels biens reconnus, pour quelles évaluations ? », in LYON-CAEN Antoine et PERULLI Adalberto (dir.) 2008, *Efficacia e diritto del lavoro*, Padova, Cedam, pp. 80 et s.

publiques préexistants, en particulier ceux forgés à partir de théories sociales ou de la justice d'inspirations idéologiques concurrentes, allant du socialisme à la démocratie chrétienne, en passant par le solidarisme. Il suffit ici d'évoquer les multiples mécanismes de protection et d'aides sociales et familiales, l'assurance-maladie, les services publics... Ces mécanismes sont traditionnellement guidés par des principes d'égalité et d'universalité qui portent à privilégier des politiques de redistribution des richesses s'adressant à tous, sous des conditions objectivées et généralisées de revenus ou de situations familiales par exemple, avant de cibler des catégories particulières d'individus supposés présenter des caractéristiques spécifiques qui seraient la cause des inégalités dont ils souffrent. Il se peut alors que les défauts d'effectivité ou d'efficacité³⁰ des dispositifs de lutte contre les discriminations qui peuvent être relevés ne soient pas seulement affaire de mauvaise volonté politique ou d'absence de moyen. Ils peuvent aussi être liés à une absence ou à une insuffisance de coordination avec les dispositifs déjà en présence, tout comme à une impréparation et à des résistances de l'ordre juridique de réception.

Dès lors, en France tout particulièrement, l'inspiration libérale des politiques de lutte contre les discriminations est appelée à composer avec des instruments structurels de réduction des inégalités mobilisant un univers conceptuel inspiré d'idéologies plus collectives, sociales et distributives. La lutte contre les discriminations n'apparaît pas dans ce cadre comme une fin en soi, ni même comme le principal moyen, mais tout au plus comme un moyen supplémentaire, de réduction des inégalités. Autrement dit, tous les facteurs d'inégalités ne sont pas réduits à des discriminations³¹.

Il est possible à ce stade de comprendre quelques diagnostics de « retard » du droit français dans la mise en œuvre de la lutte contre les discriminations. Mais ce retard semble moins (ou tout autant, si l'on préfère) résulter de défauts intrinsèques des politiques publiques, que d'une façon différente de concevoir les situations auxquelles renvoient le concept de discrimination et les moyens pour y répondre. L'évaluation de l'effectivité ou de l'efficacité spécifique des mécanismes de lutte contre les discriminations en France ne peut ainsi faire totalement abstraction de la place relative, concurrente ou complémentaire, qu'occupent des

³⁰ Sur ces concepts, voir CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, MILLARD Eric, « L'efficacité des énoncés juridiques », in HAMMJE Petra, JANICOT Leticia, NADAL Sophie, *L'efficacité de l'acte normatif. Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Paris, Lextenso éditions, 2013, pp. 23-33.

³¹ DUBET François, COUSIN Oliver, MACE Eric, RUI Sandrine, *Pourquoi moi ?*, *op. cit.*

dispositifs préalables qui concourent à des fins semblables. Elle ne peut pas non plus négliger le fait que ces mécanismes inspirés d'univers conceptuels étrangers ne soient pas entièrement adéquats pour l'ordre juridique français. Loin ici l'idée de s'abriter derrière une quelconque rhétorique de la « spécificité française » ou des irréductibilités nationales. Il s'agit plutôt de donner valeur à la leçon que la fréquentation des travaux de droit comparé ou d'histoire juridique coloniale rend banale, à savoir que l'introduction d'instruments juridiques nouveaux quant à leur formes et leurs inspirations conceptuelles dans des ordres juridiques établis peuvent jouer comme des éléments perturbateurs ou, à tout le moins, ne pas produire les effets escomptés. Des phases de préparations réciproques, d'appropriations ou d'adaptations par les ordres juridiques de réception demeurent incontournables.

Conséquemment, les formes et les niveaux de mise en œuvre des mécanismes de lutte contre les discriminations ne peuvent être évalués avec des critères ou des standards en tout point identiques à ceux d'Etats ou d'ordres juridiques y ayant traditionnellement recours ou étant conceptuellement plus en phase avec eux. Une vingtaine d'années d'institutionnalisation de dispositifs nouveaux de politique publique reste une durée moyenne pour mesurer des effets en profondeur, d'autant plus lorsque ces mécanismes sont confrontés, d'une part, à des phénomènes hétérogènes et évolutifs, et, d'autre part, à un ordre juridique qui présente, pour des raisons diverses, de nombreuses résistances.

Parmi ces dernières, n'ont ici été relevées que celles ayant cours dans les enceintes juridictionnelles ou administratives françaises qui, si elles manifestent des points d'achoppement quant aux cadres conceptuels et à certains des moyens envisagés pour lutter contre les discriminations, partagent au moins la poursuite de cette finalité. Mais, on ne pourra conclure sans évoquer un défi idéologique sans doute plus grand pour la lutte contre les discriminations, à savoir la résurgence, dans l'arène politique, d'arguments conservateurs, si ce n'est ouvertement racistes, xénophobes ou homophobes³². Dans certains Etat, cette résurgence a alors pu conduire à contester les mesures anti-discriminatoires jusque dans les prétoires³³.

³² Pour le Canada, voir BAKAN Abigailn KOBAYASHI Audrey, "Affirmative Action and Employment Equity: Policy, ideology and Backlash in Canadian Context", *Studies in Political Economy*, n°79, 2007, pp. 145-166; HENRI Frances, TATOR Carol, *Racist Discourse in Canada's Print Media*, Toronto, The Canadian Race Relations Foundation, 2000, pp. 89-106.

³³Cour suprême des Etats-Unis, *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993) ; *Schuette v. Coalition to defend affirmative action* 572 U.S. (2014), voir MORRI Johann, « Le sort de l'affirmative action désormais entre les mains des électeurs », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 04 juin 2014: <http://revdh.revues.org/833>

