


L'inflation législative des motifs illicites de discrimination : essai d'analyse fonctionnelle



**Gwénaële
CALVÈS**

*Professeure de droit public
à l'université de Cergy-Pontoise
Membre du collège
« Lutte contre les discriminations
et promotion de l'égalité »
du Défenseur des droits*



La multiplication des motifs illicites de discrimination, qui en droit français revêt un tour inflationniste (Calvès, 2017), s'observe dans la plupart des ordres juridiques. Notre propos ne consistera pas ici à inventorier les ressorts d'un tel phénomène. Ils sont sans doute multiples, et variables d'un pays à l'autre. Nous voudrions plutôt attirer l'attention sur le rôle respectif du juge et du législateur dans la production de ces nouveaux motifs.

Le rôle du juge est primordial dans les systèmes dits « à liste ouverte ». La règle de non-discrimination s'y trouve tantôt assortie d'une énumération non exhaustive des caractéristiques protégées (comme à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, ou à l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés), tantôt affirmée de manière générale, sans aucun exemple de motif illicite (cas du xiv^e Amendement de la Constitution des États-Unis, de l'article 6 de la Déclaration des droits et du citoyen, ou encore de la « loi anti-discrimination » belge, dans les années qui suivirent l'annulation par le juge constitutionnel de la liste qu'elle comportait). Les nouveaux motifs de discrimination émergent au fil du contentieux ; le juge pilote lui-même l'expansion *ratione personae* du droit de la non-discrimination. Dans tel ou tel domaine, décide-t-il, une différence de traitement fondée sur tel ou tel critère n'est plus acceptable sans un examen approfondi de sa justification, voire n'est plus acceptable du tout – le degré de contrôle juridictionnel le plus intense renfermant, pour certains motifs, une présomption quasi-irréfragable d'inconventionnalité, d'inconstitutionnalité ou d'illégalité.

Dans les systèmes « à liste fermée », qui coexistent souvent, dans un même ordre juridique, avec un ou plusieurs systèmes « à liste ouverte » (d'une branche du droit à l'autre), le rôle du juge dans la « prolifération du protectorat » (Fiss, 1974) est plus variable. À peu près nul lorsque la discrimination est définie comme un délit, ce rôle peut s'affirmer plus nettement, hors champ pénal, lorsque le juge dispose de ressources argumentatives pour enrichir la liste fixée par le législateur, et qu'il se montre disposé à en faire usage. Il n'en reste pas moins que, dans un système légiféré, le rôle créateur du juge est perçu comme *subsidaire* : c'est le Parlement (ou, dans l'Union européenne, la Commission) qui introduit librement de nouveaux chefs de discrimination dans les listes de « critères prohibés ».

Nous voudrions, ici, inverser la perspective. Au lieu d'examiner la manière dont les tribunaux interprètent et complètent les listes établies par le législateur, nous proposons d'envisager la production législative de nouveaux motifs illicites de discrimination comme une forme de *réponse* du législateur au juge.

Une telle grille de lecture n'est sans doute pas applicable à la totalité des motifs progressivement ajoutés, à partir des années 1970-1980, au bloc de traits protégés qui forme le fonds commun du droit de la non-discrimination des démocraties libérales (Bossuyt, 1978). Le motif de l'âge, notamment, a toujours été consacré par le législateur de manière parfaitement autonome ; il ne semble pas pouvoir être « déduit », par voie juridictionnelle, des grands motifs classiques comme la race ou la religion. Par ailleurs, l'image d'une « réponse » du législateur au juge ne doit pas être prise au pied de la lettre. L'hypothèse que nous présentons s'inscrit dans le cadre d'une analyse fonctionnelle : elle ne tient aucun compte des intentions du législateur, elle ne recherche pas ce qu'il a voulu ou cru faire ; le caractère éventuellement délibéré de la « réponse » du législateur au juge lui est indifférent. Elle appréhende de manière purement objective les nouveaux motifs introduits dans une liste ancienne, en les envisageant comme des substituts – ou équivalents fonctionnels – d'analyses menées par le juge (ou que le juge aurait pu mener). Ces analyses, dans le cadre de notre table ronde intitulée « la liste des critères prohibés, entre discriminations multiples et discriminations intersectionnelles », seront décrites comme des opérations de *combinaison*.

→ Nouveaux motifs et interprétation large d'un motif préexistant

Le premier type de combinaison que nous avons identifié désigne une méthode juridictionnelle d'interprétation d'un motif unique. Cette méthode recoupe (partiellement) ce que certains théoriciens de l'intersectionnalité qualifient d'interprétation « large » (Fredman, 2016), « contextuelle » (Sheppard, 2000), ou « compliquée » (Pothier, 2001). Le motif est appréhendé « dans une perspective relationnelle », « suffisamment large pour prendre en compte l'intersection des relations de pouvoirs qui accentuent le désavantage » (Fredman, 2016 : 14-15).

Il ne s'agit pas d'un raisonnement par analogie, qui permet par exemple à un juge d'étendre aux opinions politiques la protection accordée par un texte aux convictions religieuses, c'est-à-dire de consacrer un nouveau motif de discrimination illicite estimé *comparable*, sous un certain rapport, à un motif préexistant. L'interprétation large consiste plutôt à « déplier » le trait protégé, pour repérer plusieurs sous-ensembles au sein du groupe concerné (au sein du groupe « femmes », par exemple, femmes handicapées, femmes âgées, femmes immigrées, etc.).

Sur le modèle de ces analyses, certains nouveaux motifs institués par le législateur peuvent être compris comme consacrant des composantes, des prolongements, ou des virtualités de traits plus anciens.

L'exemple du sexe

L'inscription, dans la liste des traits protégés, du motif de l'« état de grossesse », peut ainsi venir confirmer une interprétation juridictionnelle large du critère du sexe, ou l'imposer lorsque le juge la refuse. L'évolution du droit communautaire (puis de l'Union européenne) illustre le premier cas de figure. En 1991, la Cour de justice de Luxembourg avait en effet posé qu'une discrimination pour cause de grossesse ne peut viser que les femmes, « et constitue dès lors une discrimination directe fondée sur le sexe¹ ». Le législateur européen, par la directive Refonte de 2006, s'est borné à prendre acte de cette interprétation juridictionnelle. En sens inverse, le Congrès des États-Unis a dû surmonter, par le *Pregnancy discrimination Act* de 1978, le refus de la Cour suprême de considérer que la discrimination fondée sur l'état de grossesse devait s'analyser comme une discrimination à raison du sexe².

Dans les deux cas, c'est bien d'un dialogue – plus ou moins houleux – entre le juge et le législateur que résulte la production législative du nouveau motif. La discussion se poursuit, souvent, autour du périmètre qu'il convient de reconnaître au nouveau trait protégé. La caractéristique « état de grossesse » inclut-elle l'allaitement, par exemple ? Le thème de la *breastfeeding discrimination* dans l'emploi fait ainsi l'objet, aux États-Unis, d'hésitations jurisprudentielles progressivement dissipées par la loi. Peut-elle aussi inclure l'exercice de la parentalité, critère éminemment intersectionnel puisqu'il condense toute une série d'attentes et d'assignations genrées ?

La question se pose d'autant plus que le genre, l'identité de genre ou l'expression de genre, expressément cités dans certaines Constitutions ou législations nationales comme motifs illicites de discrimination, peuvent relever, eux aussi, d'une acception large du critère du sexe. C'est ce qu'a admis la Cour suprême des États-Unis, dans un arrêt *Price Waterhouse v. Hopkins*³, lorsqu'elle a qualifié de discrimination « fondée sur le sexe » une décision défavorable qui reposait sur un stéréotype de genre (en l'occurrence, le refus de promouvoir une salariée jugée « trop agressive pour une femme », et « trop peu féminine » dans sa manière de s'habiller et de se comporter). La chambre sociale de la Cour de cassation française a admis, elle aussi, que le licenciement d'un chef de rang qui persistait à porter des boucles d'oreilles pendant le service « reposait sur un motif discriminatoire », motif dont on voit dans l'arrêt qu'il

1. CJCE, 8 novembre 1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (JVJ-Centrum) Plus*, C-177/88, point 12.

2. *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484, 1974, réaffirmé par *General Electric v. Gilbert* 1976, 429 U.S. 125, 1976.

3. *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 1989.

résulte d'une analyse « contextuelle » ou « compliquée » du motif du sexe (le Code du travail ignorant, à l'époque, la notion de genre) : ce motif est « l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe⁴ ».

La référence au genre, envisagé au prisme des stéréotypes de genre, permet donc d'élargir la portée de l'interdiction de la discrimination à raison du sexe. Elle permet également de la moduler, en saisissant des situations nées de l'interaction entre le sexe et une ou plusieurs autres caractéristiques : au croisement du sexe, de l'origine et de la profession, par exemple, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme tient compte, pour caractériser une discrimination, de « la vulnérabilité spécifique d'une requérante [...] femme / africaine / exerçant la prostitution » dans un pays européen⁵ ; ou au croisement du sexe et de l'âge, quand une femme de 50 ans, à la suite d'une erreur médicale, est moins bien indemnisée qu'un homme du même âge pour un préjudice qui affecte sa vie sexuelle⁶.

Mais la référence au genre permet-elle, dans le silence des textes, d'autonomiser de nouveaux traits protégés – apparence physique, taille, poids, etc. – sanctionnés initialement parce qu'ils se trouvaient imbriqués dans des systèmes de perception genrés, ou combinés au sexe d'une façon ou d'une autre ? Sur ce point, le motif de l'orientation sexuelle a concentré l'essentiel des discussions.

Sexe et orientation sexuelle

L'orientation sexuelle est en effet un motif dont un juge peut affirmer, dans de très nombreuses configurations, qu'il est protégé par l'interdiction de discriminer sur le fondement du sexe. C'est ce qu'avait soutenu l'avocat général Elmer devant la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire *Lisa Grant c. South-West Trains Ltd*, tranchée le 17 février 1998. Pour bénéficier d'un avantage accordé par leur employeur, les salariés devaient vivre de manière stable avec une personne du sexe opposé. Selon l'avocat général, une telle exigence s'analysait comme une discrimination fondée sur le sexe : celui du conjoint du salarié. Sauf à priver d'effet utile la disposition du traité qui interdit la discrimination salariale fondée sur le sexe, on doit poser, avait-il expliqué, qu'est interdite la discrimination entre salariés « non seulement lorsqu'elle se fonde sur le propre sexe du travailleur, mais également lorsqu'elle se fonde sur celui de ses enfants, de ses parents ou autres membres de sa famille ». L'interdiction « s'étend à tous les cas où le sexe constitue objectivement le facteur qui détermine une rémunération moins élevée pour le travailleur⁷ ».

4. Soc., 11 janv. 2012, n° 10-28.213.

5. CEDH, 27 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, n°47159/08, § 71.

6. CEDH, 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais Mourais c. Portugal*, n°17484/15, § 49.

7. CJCE, 17 février 1998, *Lisa Grant c. South-West Trains Ltd*, C-249/96, concl. Elmer, point 16.

Mais ce raisonnement, qui permettra plus tard à la Cour de développer la notion (aujourd'hui encore un peu nébuleuse) de « discrimination par association », a été rejeté par l'arrêt *Grant* : « les réductions sur le prix des transports sont refusées à un travailleur masculin s'il vit avec une personne du même sexe de la même manière qu'elles sont refusées à un travailleur féminin s'il vit avec une personne du même sexe⁸ ». Il n'y a donc pas de discrimination fondée sur le sexe.

Aux États-Unis aussi, la thèse selon laquelle toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle doit s'analyser comme une discrimination à raison du sexe (voir Koppelman, 1994) a généralement échoué à convaincre les juges. En avril 2017, elle a toutefois opéré une percée spectaculaire en droit fédéral du travail. Par un arrêt *Hively v. Ivy Tech Community College*, une Cour d'appel a décidé que le motif du sexe, dans la « liste fermée » de la loi fédérale de 1964 qui interdit la discrimination dans l'emploi, devait s'interpréter comme incluant l'orientation sexuelle⁹.

Cette solution s'appuie sur une conception du trait protégé qui est à la fois objective (une salariée qui vit avec une femme est licenciée, alors qu'un salarié vivant avec une femme ne l'aurait pas été : le motif du sexe est donc bien, en tant que tel, au fondement de la décision prise), « contextuelle » (la salariée lesbienne est licenciée parce qu'elle ne se conforme au stéréotype dominant « qui considère que l'hétérosexualité est la norme, et les autres formes de sexualité des exceptions »), et relationnelle ou « associationnelle » (la salariée est licenciée à cause du sexe de la personne avec laquelle elle vit, elle fait donc l'objet d'une discrimination sexiste, comme elle aurait été victime d'une discrimination raciste si elle avait été licenciée à cause de la « race » de son conjoint).

L'arrêt *Hively* marque une avancée considérable, d'autant qu'une autre Cour d'appel fédérale a décidé, quelques mois plus tard, que la formule législative « à cause du sexe » pouvait aussi signifier « à cause d'un changement de sexe¹⁰ ». Rien ne garantit que ces solutions, encore très isolées, seront confirmées par la Cour suprême. Mais dans cette hypothèse, pourra-t-on considérer que deux nouveaux motifs, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, auront été ajoutés à la liste des traits protégés, établie par le législateur ? Les juges s'en défendent : « la question qui nous est posée n'est pas de savoir si nous pouvons, ou devons, modifier [la loi de 1964] pour ajouter une nouvelle caractéristique protégée à la liste familière 'race, couleur, religion, sexe, ou origine nationale'. À l'évidence, cela ne relève pas de nos prérogatives. Nous devons simplement [...] dire si les décisions prises sur le fondement de l'orientation sexuelle forment une sous-catégorie des décisions prises sur le fondement du sexe¹¹ ».

Il reste qu'entre la production législative d'un nouveau motif illicite de discrimination et l'interprétation juridictionnelle large d'un motif préexistant, la différence pratique, comme le montre cet exemple tiré du droit du travail états-unien, ne saute pas vraiment aux yeux.

8. *Ibid.*, point 27.

9. *Hively v. Ivy Tech Community College*, 853 F.3d 339, 7th Cir. 2017, en banc.

10. *EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes*, 6th Cir. n° 16-2424, 7 mars 2018.

11. *Hively*, p. 343.

Nouveaux motifs et interprétation combinée de motifs préexistants

Le second type de combinaison juridictionnelle qui se prête à un dialogue (ou à une concurrence) entre le juge et le législateur, renvoie aux mécanismes d'identification d'une discrimination indirecte d'une part, d'une discrimination croisée d'autre part.

Discrimination indirecte

Dans le cas de la discrimination indirecte, un motif prohibé se trouve combiné avec une caractéristique, ou une situation, qui ne l'est pas. Le recours à un motif « apparemment neutre » se voit sanctionné – certaines conditions étant remplies – en raison des effets préjudiciables qu'il produit de manière disproportionnée (ou des effets, dans une autre variante du mécanisme, qu'il est susceptible de produire) sur des personnes porteuses du trait protégé.

La présomption de discrimination indirecte résultant de l'examen des conditions concrètes de l'application d'une règle, c'est souvent le juge qui a élaboré, de lui-même, le raisonnement combinatoire qui nous intéresse ici (Cour permanente de justice internationale dans les années 1920, Cour suprême des États-Unis et Cour de justice des Communautés européennes dans les années 1970). Cela se comprend d'autant mieux que la mise en œuvre d'un tel raisonnement dépend en général de considérations empiriques et conjoncturelles : un critère apparemment innocent ne se trouve corrélé à un critère protégé que dans un contexte social et économique donné. Le fait de travailler à mi-temps est par exemple corrélé, dans de nombreux pays et de nombreux secteurs d'activité, au sexe, mais la corrélation ne vaut pas toujours et partout (contrairement, il est vrai, au lien entre la taille et le sexe, ou peut-être entre la force physique et le sexe).

Dans ces conditions, il semble difficile d'envisager un substitut législatif au travail juridictionnel de caractérisation, toujours au cas d'espèce, d'une discrimination indirecte.

Certains motifs récemment introduits dans la législation française peuvent toutefois s'analyser sous ce prisme. On peut penser au critère du lieu de résidence : mis au service, depuis longtemps, de politiques de discrimination positive indirecte à raison de l'origine (Calvès, 2016 : 113-116), il forme, depuis 2014, un motif illicite de discrimination à la fois autonome et destiné à fonctionner comme *proxy* (indice) du critère de l'origine.

On peut aussi penser, dans un registre plus anecdotique, au motif de « la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français », inséré en 2016 dans plusieurs listes de traits protégés afin, semble-t-il, de désamorcer des pratiques de discrimination indirecte à raison, là encore, de l'origine – un lien pouvant être établi entre la maîtrise d'une langue autre que le français et une « appartenance ethnique » basque, bretonne, corse, etc.¹². De la même façon, aux États-Unis, dans le droit du travail de trente et un États et d'un nombre considérable de villes et de comtés (NELP, 2018), le motif du passé pénal a désormais rejoint les listes de traits protégés. La loi prend le relais d'une jurisprudence complexe et hésitante qui tendait à appréhender comme indirectement discriminatoire (à raison de la « race ») le rejet par les employeurs des candidats dotés d'un casier judiciaire. Soixante-cinq millions de personnes sont en effet concernées, mais les Noirs plus souvent que les Hispaniques, et les Hispaniques, plus souvent que les Blancs.

Dans ces conditions, poser qu'il est *directement* discriminatoire de refuser d'examiner la candidature d'un ancien délinquant permet de faire l'économie d'un raisonnement en termes de discrimination indirecte. Il en résulte que le niveau de protection des personnes frappées par la discrimination indirecte fondée sur la « race » s'élève de plusieurs crans, puisqu'elles n'ont plus à établir, au cas par cas, un lien de causalité entre une pratique clairement identifiée et un préjudice spécial soigneusement quantifié. Il en résulte aussi que le champ de la protection s'étend considérablement, tous les anciens délinquants pouvant désormais en bénéficier, même s'ils sont, par exemple, « blancs » non hispaniques, ou asiatiques. La consécration législative du nouveau motif de discrimination illicite conforte donc, *de facto*, une protection que le juge avait pu accorder de sa propre initiative, mais elle en modifie complètement le sens et la portée.

Discrimination croisée

La logique de substitution d'un motif légiféré à un motif identifié par le juge atteint des limites encore plus évidentes avec le cas de la discrimination croisée. Nous la définirons ici, par contraste avec la figure précédente de la discrimination indirecte où se combinaient un motif prohibé et un autre qui ne l'était pas, comme une discrimination où entrent en jeu plusieurs motifs également protégés. Soit qu'ils s'imbriquent les uns aux autres, dans une dynamique additive ou multiplicative de discrimination cumulée (discrimination à la fois en tant que *a* et en tant que *b*), soit qu'une discrimination *sui generis* surgisse au croisement des différents motifs (discrimination à cause de *a* et *b*, mais ni en tant que *a*, ni en tant que *b* – c'est une discrimination intersectionnelle au sens strict).

Ces deux hypothèses ont été fermement distinguées par la Cour de justice de l'Union européenne. Elle a admis qu'une discrimination peut être fondée simultanément sur

12. En ce sens, v. l'exposé des motifs de l'amendement AN n° 4141 du 3 novembre 2016.

plusieurs des motifs visés par les directives antidiscriminatoires (par exemple, dans l'affaire *Galina Meister* du 9 avril 2012, l'origine ethnique, l'âge et le sexe¹³), mais elle s'est estimée incompétente pour sanctionner « une discrimination résultant de la combinaison de plusieurs de ces motifs, tels que l'orientation sexuelle et l'âge [...] lorsque la discrimination en raison desdits motifs, isolément considérés, n'a pas été établie¹⁴ ». Son orientation sexuelle combinée à son âge privait le requérant du bénéficiaire d'une réglementation nationale qui, en tant que telle, n'était constitutive d'une discrimination à raison ni de l'orientation sexuelle ni de l'âge. Cette discrimination de type intersectionnel se voit caractérisée par la Cour comme une « nouvelle catégorie de discrimination résultant de la combinaison de plusieurs motifs ». Le juge semble indiquer qu'il est de la seule compétence du législateur de créer non pas un nouveau trait protégé (en l'occurrence, « homosexuels irlandais nés avant 1951 »), mais – ce qui n'est pas moins étrange – un nouveau type de raisonnement judiciaire.

Le juge français n'a pas tant de scrupules. Il traite les situations d'intersectionnalité comme si elles relevaient d'une discrimination fondée sur un seul motif¹⁵ ou d'une discrimination cumulée¹⁶.

Il est vrai qu'en droit français de la non-discrimination, la question du motif ne présente pas une importance cruciale. En droit du travail, un quart des décisions par lesquelles les cours d'appel statuent sur une discrimination s'abstiennent d'en préciser le fondement (Bossu, 2014 : 21). Le juge peut également requalifier le motif avancé par le salarié, ou évoquer d'office un nouveau motif¹⁷. Le moins que l'on puisse dire est que les « critères prohibés » énoncés par le code du travail ne font pas l'objet d'une approche très rigoureuse. Il en va de même en droit administratif, où le juge n'hésite pas à placer sur un même pied les motifs protégés et ceux qui ne le sont pas¹⁸.

Est-ce à dire que le droit français est particulièrement propice à l'appréhension de discriminations croisées ? On ne s'aventurera pas à l'affirmer. Mais les plaignants y sont moins contraints qu'ailleurs à « fixer leur expérience dans des catégories isolées et prédéterminées » (Bilge et Roy, 2010 : 57), les juges plus libres de dire qu'« il peut y avoir discrimination fondée sur plusieurs motifs de distinction et [que], lorsque cela se produit, il n'est pas réellement important de déterminer lequel des motifs l'emporte » (*ibid.* : 68, citant la juge L'heureux-Dubé).

13. CJUE, 9 avril 201, *Galina Meister c. Speech design carrier systems GMBH*, C-415-10.

14. CJUE, 24 novembre 2016, *David L. Parris c. Trinity College Dublin*, C443-15, point 80.

15. Voir Versailles, 5 mars 2014, n° 12/03739, par exemple : appartenance raciale.

16. Voir Paris, 21 février 2018, n° 16/02237, par exemple : état de santé et homosexualité.

17. Même en cassation : voir soc., 8 avril 1992, n° 90-41.276.

18. Par exemple CE, 16 octobre 2017, n° 383459 : âge et lieu de résidence, alors que ce second motif ne figure pas dans la loi Le Pors.

De manière générale, dans la perspective retenue pour notre analyse fonctionnelle, force est de constater que le législateur peut difficilement surmonter les réticences judiciaires à l'égard des discriminations croisées (qu'elles soient cumulées, ou intersectionnelles au sens strict). S'il prévoit des sanctions plus lourdes en cas de discriminations cumulées, ou l'indemnisation distincte de chacune d'entre elles, il risque d'aggraver l'approche « compartimentée », ou « en silos », qui contribue à couper le droit de la non-discrimination de l'expérience vécue des discriminations, y compris dans sa dimension intersectionnelle. S'il aménage des voies de droit distinctes pour les victimes de discriminations cumulées (comme à l'article 2-10 du code français de procédure pénale, pour le cumul entre grande pauvreté et un ou plusieurs motifs prohibés), il expose le droit de la non-discrimination à un morcellement accru, qui n'est pas le gage d'une efficacité renforcée.

En guise de conclusion

Il est bien sûr exclu, à partir de ces quelques lignes, de dresser le bilan des avantages comparés d'une expansion des motifs illicites de discrimination selon qu'elle est pilotée par voie prétorienne, ou décidée par le législateur.

Les avantages d'une consécration législative du motif protégé sont bien connus : meilleure accessibilité et lisibilité du droit, prévisibilité moins aléatoire, vertu pédagogique mieux garantie, dimension plus solennelle de l'interdiction prononcée. L'insertion d'un nouveau motif dans une liste préexistante de critères prohibés s'accompagne en outre de la fixation de son régime juridique : délimitation des domaines où s'impose l'interdiction ; type de dérogations autorisées et de justifications recevables ; obligations spécifiques attachées, le cas échéant, à l'interdiction de discriminer (obligation « d'action positive », obligation d'« accommodement raisonnable », obligation de collecte statistique, etc.) ; organisation, éventuellement, de voies de droit propres à contester en justice les discriminations fondées sur le nouveau motif. Lorsqu'il s'opère par voie législative, l'élargissement *ratione personae* du droit de la non-discrimination se place, d'emblée, à un niveau de généralité et de complétude auquel son homologue judiciaire ne saurait prétendre.

Mais l'intervention répétée du législateur n'est-elle pas de nature à décourager les approches juridictionnelles axées sur l'imbrication des motifs ? Surtout, le système ne gagne-t-il pas en flexibilité lorsqu'on s'en remet à l'interprétation « large » d'un nombre limité de caractéristiques protégées ? Le gouvernement britannique, en juillet 2018, a opiné en ce sens, au terme d'une consultation publique lancée en mars 2017.

La question soumise à consultation (Gouvernement Equalities Office, 2017) était de savoir s'il convenait de mener à son terme une réforme législative engagée en 2013, qui visait à ajouter le motif de la caste à la liste des motifs protégés par l'*Equality Act* de 2010. La caste aurait formé une quatrième composante du motif de la « race », aux côtés de la couleur, la nationalité et les origines ethniques ou nationales. Le législateur aurait également dû se prononcer sur le caractère total ou partiel d'une telle assimilation,

notamment sous l'angle des dérogations acceptables et du régime des obligations positives pesant sur les employeurs du secteur public. L'autre option présentée par le gouvernement consistait à s'en remettre à la jurisprudence, en tablant sur le développement futur d'une décision de justice qui avait caractérisé une discrimination fondée sur la caste comme une discrimination à raison des origines ethniques, c'est-à-dire de l'ascendance (*descent*).

Les participants à la consultation ont manifesté une forte préférence pour la voie jurisprudentielle, et c'est celle-ci qui a été retenue (Gouvernement Equalities Office, 2018).

L'inscription dans la loi du motif de la caste, outre son caractère politiquement délicat, a buté sur l'absence d'interprétation communément admise du mot « caste », et sur le risque corrélatif de déboucher sur des applications trop étroites (insuffisamment protectrices) ou trop larges (l'identifiant - *horresco referens* - à la classe sociale). Le choix de la voie jurisprudentielle permet, au contraire, de ne pas se tromper de cible. Là où la « caste », dans l'esprit des protagonistes d'une situation donnée, désigne une ascendance ou des croyances, la discrimination sera qualifiée d'ethnique, ou de religieuse ; là où elle renvoie à autre chose, par exemple à un statut social, la discrimination échappera à la sanction. La même approche « flexible », parce que toujours contextualisée, a permis au juge britannique de décider que, dans certains cas, les gitans ou les Voyageurs forment des « groupes ethniques », au sens et pour l'application de la loi antidiscriminatoire.

Le juge de l'égalité appréhende la discrimination par référence à des motifs énoncés par le législateur : dans un système où la loi est censée exprimer la volonté générale, c'est bien le moins. Mais le législateur aura parlé en vain si l'analyse juridictionnelle ne s'émancipe pas d'une logique strictement catégorielle pour saisir, dans toute leur épaisseur et l'enchevêtrement de leurs composantes, les situations concrètes de discrimination.

Références bibliographiques

BILGE Sirma et ROY Olivier, « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », *Canadian Journal of Law and Society/Revue canadienne Droit et Société*, vol. 25, n°1, 2010, pp. 51-74.

BOSSU Bernard, *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel*, Rapport de recherche Mission Droit et Justice, Université Lille 2, Droits et perspectives du droit, 2014 [en ligne, URL : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2015/03/Bossu-Rapport-Discrimi-version-2015.pdf>]

BOSSUYT Marc, *L'Interdiction de la discrimination en droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 262 p.

CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ? 4e éd., 2016, 127 p.

CALVÈS Gwénaële, « Le droit de la non-discrimination, un droit pour rire », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 653.

FISS Owen, « The fate of an Idea whose time has come: Antidiscrimination Law in the Second Decade after *Brown v. Board of Education* », *University of Chicago Law Review*, vol. 41, 1974, pp. 742-773.

FREDMAN Sandra, *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, mai 2016.

GOVERNMENT EQUALITIES OFFICE, *Caste in Great Britain and Equality Law: a Public Consultation*, mars 2017. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/609641/170419_-_Caste_condoc_-_Final.pdf]

GOVERNMENT EQUALITIES OFFICE, *Caste in Great Britain and Equality Law: a Public Consultation. Government Consultation Reponse*, juillet 2018. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/727790/Caste_in_Great_Britain_and_equality_law-consultation_response.pdf]

KOPPELMAN Andrew, "Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination", *New York University Law Review*, vol. 69, 1994, pp. 197-287.

NELP (National Employment Law Project), *Ban the Box – Fair Chance Guide*, avril 2018, [en ligne, URL: <https://www.nelp.org/publication/ban-the-box-fair-chance-hiring-state-and-local-guide/>]

POTHIER Diane, « Connecting Grounds of Discrimination to Real Persons' experiences », *Revue Femmes et Droit*, vol. 13, 2001 pp. 37-73.

SHEPPARD Colleen, « Grounds of Discrimination: Toward an Inclusive and Contextual Approach », in Barreau du Québec, *Les 25 ans de la Charte Québécoise*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2000, pp. 893-916.