



HAL
open science

Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges

Elsa Fondimare, Robin Medard Inghilterra

► To cite this version:

Elsa Fondimare, Robin Medard Inghilterra. Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges. Elsa Fondimare; Robin Medard Inghilterra. Préférences et discriminations, Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants, IFJD, pp.9-20, 2023, Colloques et essais, 9782370323927. halshs-04316711

HAL Id: halshs-04316711

<https://shs.hal.science/halshs-04316711v1>

Submitted on 17 Sep 2024

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

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

Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges

Elsa FONDIMARE

Maîtresse de conférences, droit public, Université Paris Nanterre, (CTAD-
CREDOF UMR 7074)

Robin MEDARD INGHILTERRA

Maître de conférences, droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
(ISJPS, UMR 8103)

Le titre du présent ouvrage *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, suggère l'existence d'une distinction entre les choix qui constituent juridiquement des discriminations, par définition illicites, et ceux qui relèvent de simples préférences, manifestations licites de la liberté individuelle ou collective. Les réflexions collégiales menées par quatorze enseignants-chercheurs en droit, provenant d'universités différentes et spécialisés dans des domaines de recherche variés, relevant aussi bien du droit public que du droit privé, ont en effet pour point de départ une interrogation commune sur la manière dont le droit appréhende – ou ignore – la frontière entre discriminations illégitimes et préférences légitimes. Ce questionnement conduit à placer au centre de la recherche l'opportunité même de l'application du droit de la non-discrimination, la manière dont celle-ci a été pensée, ou non, articulée avec d'autres enjeux. En cas de conflit, le questionnement conduit encore à envisager ce que la primauté – ou l'effacement – de la non-discrimination dit des conciliations opérées. Tout en prenant au sérieux les mises en cause que subit le droit de la non-discrimination ces dernières années, à la suite, il est vrai, d'une expansion sans précédent, la présente recherche entend mettre en évidence, à contre-pied, les espaces de liberté qui demeurent hors de portée du déploiement de l'exigence antidiscriminatoire. Elle conduit à plonger au cœur des relations entre liberté et non-discrimination, à s'emparer du phénomène de tension qui les noue, à examiner l'issue de leurs confrontations pour esquisser, par touches successives, une cartographie des frontières du droit de la

E. Fondimare et R. Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 9-20

non-discrimination. L'entreprise se révèle nécessairement complexe, comme le reflète l'hétérogénéité des contributions du présent ouvrage.

La frontière entre préférences et discriminations procède ainsi de l'opposition entre deux objets juridiques : la liberté, d'une part, le droit de la non-discrimination, de l'autre. La première recouvre un aspect protéiforme. La liberté d'association, la liberté contractuelle, la liberté d'expression, l'autonomie de la volonté, la liberté religieuse, la liberté syndicale, la liberté d'entreprendre constituent autant de supports juridiques fondamentaux desquels dérivent des préférences personnelles ou collectives, possiblement exclusives. Quant au droit de la non-discrimination, dont la vocation est plus inclusive, il qualifie un corpus de normes qui a progressivement été édifié autour d'une interdiction fondatrice, celle de la discrimination, entendue comme tout traitement défavorable injustifié apprécié au regard d'une caractéristique protégée et intervenant dans un domaine prévu notamment par la loi. Dès lors que ce dispositif a été forgé en vue d'interdire certains comportements sociaux considérés comme illicites, car constituant des exclusions illégitimes, régulièrement issues d'un choix préférentiel, on comprend aisément que la confrontation entre les deux objets juridiques était inévitable.

En procédant par distinction, la liberté de choix est susceptible de fonder des pratiques potentiellement prohibées par le droit de la non-discrimination. Une telle confrontation n'est pour autant pas inédite dans le champ des droits fondamentaux. Elle s'avère même classique et renvoie à la problématique bien connue de leur conciliation¹. *Quid*, dès lors, de l'originalité de l'étude ? La nécessité d'étudier cette tension particulière, comme le fait d'y voir un phénomène spécifique, tiennent à deux constats qu'il s'agira ici d'explicitier : d'une part, la vivacité des critiques que suscite la lutte contre les discriminations et, d'autre part, la dimension largement impensée des tensions et des modalités de conciliation entre liberté et non-discrimination en droit français.

Au titre du premier constat, nombreuses sont les réactions médiatisées qui illustrent les oppositions tenaces à la fois à l'immixtion croissante de la non-discrimination dans les relations privées et à la régulation nouvelle d'espaces sociaux où la liberté semblait jusqu'alors régner. Les critiques portent sur la manière dont la non-discrimination viendrait limiter ou interdire des comportements relevant de préférences personnelles. La régulation des préférences intimes et notamment sexuelles en constitue un exemple paradigmatique. La création en 2018 de la contravention d'outrage sexiste à l'article 621-1 du Code pénal, adoptée dans le contexte du mouvement *#MeToo* dénonçant la banalisation des violences sexuelles et sexistes, fut amplement contestée. Pour ses détracteurs, cette tendance au « *féminisme carcéral* »² ne manquait pas de porter atteinte à la « *liberté d'importuner* ». Ainsi pouvait-on lire dans

¹ Par ex. Laurence POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012, 577 p.

² Elizabeth BERNSTEIN, « The Sexual Politics of the 'New Abolitionism' », *Differences*, vol. 18, n° 3, 2007, p. 128-151. V. sur ce point Amia SRINIVASAN, *Le droit au sexe. Le féminisme au vingt-et-unième siècle*, PUF, 2022, p. 273 : « *La sociologue*

E. Fondimare et R. Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 9-20

une tribune publiée dans le journal *Le monde* : « *Le viol est un crime. Mais la drague insistante ou maladroite n'est pas un délit, ni la galanterie une agression machiste* »³. Au sein de la sphère intime, les préférences morales ou idéologiques apparaîtraient tout aussi menacées par la progression de la lutte contre les discriminations. On se souvient ainsi de l'émoi suscité par le refus du législateur de faire droit aux revendications des maires réclamant l'instauration d'une clause de conscience⁴ qui leur aurait permis de refuser de célébrer des mariages entre personnes de même sexe⁵. Même si d'autres raisons, parmi lesquelles figure le statut de représentant de l'État des officiers d'état civil, expliquaient qu'une telle clause ne soit pas admise⁶, l'objectif d'égalité à l'origine du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe l'emportait incontestablement sur le respect des préférences morales, et plus spécifiquement religieuses, des édiles. Et l'on pourrait multiplier les critiques émises, en France comme à l'étranger, à l'encontre d'une doxa de la non-discrimination perçue comme un dogme moral imposé par l'État⁷, limitant la liberté d'expression en réduisant les discours au « *politiquement correct* »⁸ ou restreignant à l'excès la liberté contractuelle⁹. Il serait pourtant réducteur de s'en tenir aux critiques relatives à l'immixtion de l'État dans l'espace privé. La place centrale prise par le droit de la non-discrimination est également ciblée et dénoncée en ce qu'il s'agirait d'un outil qui accompagne, voire soutient, le dictat des minorités. La critique est ici portée à l'encontre d'un « *néo-antiracisme* »¹⁰ et des mouvements dits « *wokes* »¹¹. La dénonciation des réunions non mixtes, d'abord

Elizabeth Bernstein a inventé le terme 'féminisme carcéral' pour décrire les positions politiques qui se tournent vers le pouvoir coercitif de l'État – vers la police, les cours d'assises, les prisons – dans le but de parvenir à une justice de genre ».

³ Tribune, « Nous défendons une liberté d'importuner, indispensable à la liberté sexuelle », *Le Monde*, 9 janvier 2018, soutenue par un collectif de 100 femmes, dont Catherine Millet, Ingrid Caven et Catherine Deneuve.

⁴ V. sur ce point les divers amendements déposés par les parlementaires : par ex. CL 135 : « *Après l'alinéa 11 de l'article 63 du Code civil il est inséré un alinéa ainsi rédigé : 'Un officier d'état civil est toujours libre de refuser de célébrer un mariage entre couples de personnes de même sexe et doit en informer les intéressés dans les conditions et délais prévus par la loi'* ». V. également l'argumentaire de la saisine du Conseil constitutionnel par 60 députés (décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013).

⁵ V. sur la possibilité d'une « clause de conscience » évoquée par le président Hollande le 20 novembre 2012 devant l'association des maires de France, et les prises positions des parlementaires sur le sujet : « *Mariage pour tous : Hollande revient sur l'expression 'liberté de conscience'* », *Le Monde*, 21 novembre 2012.

⁶ Sur les arguments juridiques contre l'adoption d'une telle clause, v. Daniel BORRILLO, « *Mariage pour tous et liberté de conscience* », *Blog Médiapart*, 10 décembre 2012.

⁷ La critique n'est pas nouvelle. V. par ex. la proposition de loi n° 2962, enregistrée le 18 novembre 2010 à l'Assemblée nationale, visant à supprimer la HALDE par l'abrogation pure et simple de la loi du 30 décembre 2004. Dans l'exposé des motifs, l'institution était mise en cause car elle était « *non seulement illégitime et inutile, mais [...] par-dessus tout, extrêmement coûteuse pour la collectivité* ». En référence au développement de la pratique du *testing*, qui constitue un moyen permettant de révéler l'existence de discriminations, était de surcroît souligné que la HALDE s'était « *lancée dans une grotesque chasse aux sorcières, inventant même des discriminations afin de justifier son existence* ».

⁸ V. la contribution d'Elsa FONDIMARE dans cet ouvrage, « *Entre libre expression des préférences et discours discriminatoires. À la recherche des frontières de la légitimité* ».

⁹ V. la contribution de Laurie MARGUET dans cet ouvrage, « *Les préférences comme obstacles au plein déploiement du droit de la non-discrimination en droit allemand. L'exemple de la liberté contractuelle* ».

¹⁰ Pierre-André TAGUIEFF, *L'antiracisme devenu fou. Le 'racisme systémique' et autres fables*, Hermann, 2021, 330 p. Patrick MOREAU, « *Nouvel antiracisme, nouveaux interdits : un regard québécois* », in *Pouvoirs*, n° 181, 2022/2, p. 119-130.

¹¹ Sur la généalogie de ces critiques, v. Alain POLICAR, « *Du woke au wokisme : anatomie d'un anatème* », in *Raison présente*, n° 221, 2022/1, p. 115-118.

E. Fondimare et R. Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 9-20

dans les médias¹² puis dans l'enceinte de l'Assemblée nationale¹³, repose ainsi sur l'idée que la lutte contre les discriminations viendrait légitimer la création d'un « *entre-soi* » et autoriser des préférences discriminatoires à l'encontre des personnes exclues de ces réunions¹⁴. Cette fois-ci, ce ne sont pas tant les restrictions à la liberté qui s'avèreraient problématiques, mais bien le fait que la doxa de la non-discrimination légitimerait une forme dévoyée de liberté d'association, à des fins communautaristes¹⁵. Aux critiques libérales ciblant l'immixtion de l'État dans le privé, ont en conséquence été associées des critiques républicaines visant à défendre une certaine conception de la non-discrimination, plus respectueuse d'un idéal universaliste.

Dénoncer les évolutions de la non-discrimination en raison de ses débouchés antilibéraux ou antirépublicains peut, de prime abord, apparaître paradoxal. Nombreux sont en effet les travaux théoriques ayant mis en lumière les limites du droit de la non-discrimination, lequel aurait précisément été forgé pour s'accommoder au libéralisme et au républicanisme¹⁶. Certaines auteures soulignent également l'inutilité, voire l'hypocrisie, du droit de la non-discrimination dont les voies de réalisation pèsent presque exclusivement sur des victimes qui, loin d'imposer leur dictat, ne disposent ni du temps, ni du coût, ni du langage du droit, façonnant de ce fait un modèle de protection illusoire¹⁷. D'autres ont, tôt, su démontrer l'incapacité de ce droit, en raison de sa mise en œuvre unidimensionnelle, à véritablement répondre aux situations d'oppression des groupes sociaux les plus exposés aux dynamiques cumulatives et intersectionnelles de discrimination¹⁸. En somme, l'idéologie libérale du droit de la non-discrimination, l'insuffisance du modèle de protection qu'il formule, ou encore l'ampleur

¹² V. par ex. l'intervention de Jean-Michel Blanquer sur BFM TV le 19 mars 2021, à la suite de la polémique concernant les réunions organisées par le syndicat étudiant UNEF « *pour permettre aux personnes touchées par le racisme de pouvoir exprimer ce qu'elles subissent* » (Mélanie Luce sur Europe 1, le 17 mars 2021) : « *La République française repose sur des principes intangibles. On ne distingue pas les gens en fonction de leur couleur de peau, c'est une absurdité [...]. Les gens qui se prétendent progressistes et distinguent les gens en fonction de leur couleur de peau, nous mènent vers des choses qui ressemblent au fascisme* ».

¹³ Éric POUILLIAT, rapporteur, séance du mercredi 30 juin 2021 à l'Assemblée nationale.

¹⁴ V. la demande en référé formée par Nicolas Dupont-Aignan visant à interdire la tenue du « *Camp d'été décolonial* » (CE, ordonnance du 14 août 2017, n° 413354, n° 413355).

¹⁵ Dans une version plus ancienne, ciblant certaines pratiques de la HALDE la veille de son intégration au sein du Défenseur des droits, v. déjà les critiques relayées par certains parlementaires, not. Jacques Mézard (sénateur rassemblement démocratique et social européen) in JORF, jeudi 3 juin 2010, n° 54, S (CR), p. 4333-4334 : « *Soyons clairs, mes chers collègues, au risque de ne pas toujours être 'politiquement corrects' : la lutte contre les comportements discriminants, qui s'avère nécessaire et doit être efficace, ne doit verser ni dans la discrimination positive ni dans la dérive consistant à permettre à quelque minorité que ce soit d'imposer ses comportements à la République et, de fait, de ne point être concernée par les lois de la République. Pour aller jusqu'au bout de ma pensée, je dirai que nous avons jugé corporatistes certaines réactions et inopportune l'utilisation de fonds publiques pour des campagnes promotionnelles* ».

¹⁶ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Elsa FONDIMARE, « Incompatibility Between the 'French republican model' and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », in Barbara HAVELKOVA, Mathias MÖSCHEL (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford University Press, 2019.

¹⁷ Kristin BUMILER, « Victimes dans l'ombre de la loi : une critique du modèle de la protection juridique, » *Politix*, 2011/2 n° 94, p. 134.

¹⁸ Kimberlé CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989/1, art. 8. ; Kimberlé CRENSHAW, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », *Stanford Law Review*, vol. 43, n° 6, 1991 p. 1241-1299.

E. Fondimare et R. Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 9-20

des situations consignées dans des angles morts qui lui demeurent inaccessibles contrastent avec les critiques, plus contemporaines, précédemment exposées.

Au-delà de la teneur, de la pertinence et des éventuelles contradictions qu'il est possible d'apporter aux critiques les plus récentes, encore faut-il comprendre les raisons de leur vigueur, du dynamisme qui les porte. Sur ce point, force est de constater que les craintes d'une expansion du droit de la non-discrimination à tous les domaines de la vie sociale ne sont pas infondées. Un rapide état des lieux du droit applicable permet de prendre la mesure d'une telle montée en puissance : le recouplement des sources juridiques extranationales et nationales du droit de la non-discrimination conduit dorénavant à une couverture quasi totale des espaces sociaux.

Au niveau extranational, les champs et les motifs de discrimination couverts par le droit de l'Union européenne ont été considérablement développés depuis le Traité d'Amsterdam de 1997¹⁹, auquel furent ajoutées les directives de 2000, de 2004 et de 2006²⁰. Une clause générale de non-discrimination a même incorporé le droit primaire en 2009, à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux qui s'applique aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. L'activité contentieuse de la Cour de justice de l'Union européenne, pour le moins soutenue, a en continuité permis de préciser la portée de ces instruments, interprétés parfois extensivement afin de leur conférer un effet utile. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a, quant à elle, permis une mobilisation importante de l'article 14 de la Convention²¹ depuis 1998 et le mécanisme de saisine individuelle automatique. L'affirmation par la Cour du caractère primordial du principe de non-discrimination qui, par effet horizontal, s'impose même dans les relations privées²², n'est pas non plus étrangère à sa mobilisation retentissante. L'assouplissement des critères d'invocabilité de l'article 14 participe à ce même mouvement, quand bien même la disposition n'est pas devenue une clause de non-discrimination autonome et possède un périmètre circonscrit à la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention. En droit international, certaines constatations rendues par les comités onusiens à l'égard de

¹⁹ Qui prévoyait une simple norme d'habilitation en matière de non-discrimination : art. 13 TCE (devenu art. 19 TFUE) : « *I. Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

²⁰ Directive 2000/43 du 29 juin 2000, **relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique** ; directive **2000/78 du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail** ; directive 2004/113 du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; directive 2006/54 du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

²¹ V. Claire LANGLAIS-FONTAINE, *L'identité en droit conventionnel de la non-discrimination : éprouver l'hypothèse d'un tournant 'identitaire' dans la jurisprudence de la Cour EDH*, thèse pour l'obtention du diplôme de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, 2023. Le corpus de décisions analysées par l'auteure fait état, jusqu'au 31 décembre 2021, de 580 arrêts rendus sur le fondement de l'art. 14 dans lesquels la Cour interprète matériellement cet article (§ 39 et s.).

²² Encore récemment : Cour EDH, 14 novembre 2022, n° 70133/16, *Dimici c. Turquie* : une fondation (personne privée) ne peut ainsi, sans violer le droit à la non-discrimination combiné au droit de propriété, exclure les femmes des bénéficiaires de ses revenus, en se fondant sur une pratique datant du 16^e siècle.

E. Fondimare et R. Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 9-20

la France ont également renforcé l'effet de déferlement de l'exigence de non-discrimination. En témoigne la violation de la liberté de religion et de l'interdiction de la discrimination constatée par le Comité des droits de l'homme des Nations unies au sujet de l'affaire de la crèche « *Baby-Loup* » et de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public²³. Ces constatations du Comité des droits de l'homme s'inscrivent à rebours des jurisprudences de la Cour de Strasbourg et de la Cour de cassation, ce qui a conduit Bertrand Louvel à admettre l'effet de « *déstabilisation* » qu'elles ont provoqué, tout en relevant « *l'autorité qui [s'y] attache de fait* » et la nécessité d'« *intégrer les directives croissantes d'origines diverses* » face à un « *phénomène d'internalisation* » du droit²⁴.

S'il intègre des exigences extranationales, en provenance des Nations unies²⁵ comme de l'Organisation internationale du travail²⁶, du droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, que l'on ne s'y trompe pas, le droit français ne fait en aucun cas office de parent pauvre du droit de la non-discrimination. Fort du processus initié par la loi Pleven de 1972, le législateur n'a ensuite cessé de poursuivre ce mouvement hors du droit pénal pour embrasser un large panel de relations sociales : employeurs privés/salariés²⁷, employeurs publics/fonctionnaires²⁸, administration/usagers²⁹, professionnels de santé/patients³⁰, bailleurs/preneurs³¹, fournisseurs de biens et de services/clients³², professionnels de l'éducation/élèves³³, organismes de protection sociale/assurés³⁴. Le droit civil a, lui aussi, pris de plein fouet l'exigence de non-discrimination avec la loi de modernisation de la justice du 21^e siècle et l'augmentation considérable du nombre de motifs de discriminations³⁵. Leur application à tous les champs de la loi du 27 mai 2008 tend, en effet, à ériger celle-ci en une loi généraliste dont l'assise s'avère considérable. Si l'on ajoute à ce dispositif complet le principe constitutionnel d'égalité, le principe d'égalité entre les femmes et les hommes de l'alinéa 3 du Préambule de 1946, l'interdiction

²³ Comité des droits de l'homme, 16 juillet 2018, communication n° 2662/2015, *Fatima Afif c. France*, et Comité des droits de l'homme, 17 juillet 2018, communication n° 2747/2016, *Sonia Yaker c. France*.

²⁴ Bertrand LOUVEL, *Audience d'installation des magistrats de la Cour de cassation*, 3 septembre 2018, [en ligne], p. 26.

²⁵ Les conventions sectorielles sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention relative aux droits de l'enfant ou encore celle relative aux droits des personnes handicapées s'ajoutent aux deux Pactes de 1966.

²⁶ *Inter alia* Convention n° 97 sur les travailleurs migrants (not. art. 6), Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération et Convention n° 111 concernant la discrimination.

²⁷ Loi Auroux n° 82-689 du 4 août 1982 (art. L. 122-45 devenu L. 1132-1 du Code du travail).

²⁸ Modification du statut général de la fonction publique par la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001. V. désormais les art. L. 131-1 à L. 133-3 du Code général de la fonction publique.

²⁹ Le principe d'égalité devant le service public a été reconnu de longue date, mais l'extension du principe de non-discrimination à l'accès au service public a été entérinée par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

³⁰ Loi n° 2002-403 du 4 mars 2002 (art. L. 1110-3 du Code de la santé public).

³¹ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 1.

³² Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, art. 2-3°.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Les 25 motifs de discrimination prohibés par la loi – bien que différents d'un dispositif juridique à l'autre – sont : l'apparence physique, l'âge, l'état de santé, l'appartenance ou non à une prétendue race, l'appartenance ou non à une nation, le sexe, l'identité de genre, l'orientation sexuelle, la grossesse, la situation de famille, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, le patronyme, les activités syndicales, l'origine, le lieu de résidence, l'appartenance ou non à une ethnie, les opinions politiques, la domiciliation bancaire, la perte d'autonomie, la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, la religion la vulnérabilité résultant de la situation économique, et les opinions philosophiques.

E. Fondimare et R. Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 9-20

des distinctions fondées sur l'origine, la race et la religion prévue à l'article 1^{er} de la Constitution, ou encore le principe d'égalité en tant que principe général du droit³⁶, le dispositif antidiscriminatoire français est, en soi, des plus vertigineux. Quant aux procédures de mises en œuvre de ce droit, elles n'ont cessé de se multiplier : question prioritaire de constitutionnalité, référé-liberté³⁷, en complément des traditionnels recours pour excès de pouvoir, recours de plein contentieux, actions publiques et civiles, à quoi il convient d'ajouter les constitutions partie civile des associations spécialisées permises par le Code de procédure pénale³⁸, les actions de substitution des syndicats et des associations successivement ouvertes devant les juridictions sociales³⁹, civiles⁴⁰ et administratives⁴¹, les réclamations adressées au Défenseur des droits⁴², ainsi que la déjà célèbre – mais non moins contestée – action de groupe⁴³.

Cet état des lieux technique⁴⁴, quoique nécessaire pour comprendre l'origine des critiques susmentionnées, demeure néanmoins insuffisant afin d'en saisir la virulence. On formulera ici l'hypothèse que, si la critique est aujourd'hui aussi forte, c'est que l'extension de la non-discrimination va de pair avec le questionnement et la remise en cause – même imparfaite⁴⁵ – des relations sociales dans leur rapport aux structures de domination. En d'autres termes, si la place désormais occupée par le droit de la non-discrimination est autant décriée, *a fortiori* dans certains espaces, c'est qu'elle implique une régulation croissante d'interactions – et notamment d'exclusions – sociales jusqu'alors considérées comme allant de soi, soumises à la seule volonté individuelle ou relevant pour l'essentiel de l'*intuitu personæ*. À cet égard, nombreux sont les courants féministes et antiracistes qui ont mis en lumière le fait que les espaces privés et intimes étaient des lieux privilégiés de production des inégalités structurelles. Le débat qui opposa, dès les années 70-80, différents courants féministes à propos des désirs sexuels, considérés par certaines comme moteurs de la domination masculine nécessitant leur

³⁶ D'abord principe d'égalité qui régit le fonctionnement du service public (CE, 9 mars 1951, *Sté des concerts du conservatoire*, n° 92004), puis principe de l'égalité de l'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics (CE, 28 mai 1954, *Barel*, n° 28238), ou encore principe d'égalité des usagers du service public (CE, 13 mai 1994, *École de musique de Dreux*, n° 116549).

³⁷ CE, ord. 1^{er} septembre 2017, *Commune de Dannemarie*, n° 413606, cons. 3 : « Si certaines discriminations peuvent, eu égard aux motifs qui les inspirent ou aux effets qu'elles produisent sur l'exercice d'une telle liberté, constituer des atteintes à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas, par elle-même, une atteinte de cette nature ».

³⁸ Art. 2-1, 2-6, 2-8 et 2-10 du Code de procédure pénale.

³⁹ Art. L. 1134-2 et L. 1134-3 du Code du travail.

⁴⁰ Art. 1263-1 du Code de procédure civile.

⁴¹ Art. R. 770-9 du Code de justice administrative.

⁴² Art. 5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

⁴³ Art. L. 1134-6 à L. 1134-10 du Code du travail, art. L. 77-11-1 à L. 77-11-6 du Code de justice administrative et art. 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

⁴⁴ Sur la nécessité et les modalités d'une consolidation des sources nationales du droit de la non-discrimination, comme sur les évolutions et les limites des dispositifs procéduraux mentionnés, v. Robin MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, LGDJ, 2022, 690 p.

⁴⁵ Nous renvoyons ici à la critique récurrente du droit de la non-discrimination perçu comme un outil teinté d'une idéologie libérale qui impute de manière préférentielle les traitements illégitimes appréhendés à des comportements et responsabilités individuels, sans précisément remettre en cause les structures dans lesquels ces comportements sont enchâssés et dont ils sont pour partie les produits.

E. Fondimare et R. Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 9-20

régulation⁴⁶, et par d'autres comme devant relever de la seule autonomie des individus⁴⁷, est symptomatique de cette idée, ancienne, comme de sa mise en discussion au sein même des courants critiques. Plus qu'au sein des foyers, les comportements au sein des associations, des écoles privées et des entreprises sont l'objet de régulations croissantes. Mais, précisément, parce que cette régulation des interactions sociales interroge encore et toujours les conceptions souhaitables de la liberté⁴⁸ et des usages qui en sont faits, alors il apparaît primordial que son essor sous les formes actualisées de la non-discrimination ne soit pas épargné et ne puisse poursuivre sa progression sans être confronté, soumis à débat et critiques.

L'objectif du présent ouvrage n'est donc pas uniquement d'illustrer la tension existante entre liberté et non-discrimination, dans ses différentes déclinaisons. L'ambition est encore, et avant tout, de mettre en évidence le vide conceptuel laissé par le droit français – et dans une certaine mesure par ses commentateurs – face à la complexité des enjeux consubstantiels à la résolution d'une telle tension. Là réside le second constat qui a présidé à l'amorce de cette recherche. Et là réside, en conséquence, sous réserve que le propos touche sa cible, la nécessité et l'originalité de la présente étude. La conciliation de ces deux éléments, liberté et non-discrimination, n'a pour l'heure pas été pensée de manière méticuleuse par le législateur français, et si peu par la doctrine.

La pauvreté des dispositions législatives nationales anticipant l'occurrence d'une confrontation entre la non-discrimination et les multiples versants de la liberté, individuelle ou collective, contraste, en effet, avec plusieurs législations observables à l'étranger. Un rapide regard jeté à titre de comparaison aux lois de consolidation adoptées dans divers ordres juridiques (Royaume-Uni, Australie...), certes davantage marqués par la *Common Law*, révèle une volonté autrement plus poussée des législateurs étrangers à prévoir des exemptions et justifications aux présomptions de discrimination. Ces dernières s'avèrent justement décisives afin de limiter la dimension illibérale du dispositif antidiscriminatoire⁴⁹. L'absence d'anticipation de la part du législateur national des interactions – pourtant inévitables – avec d'autres droits fondamentaux est, il est vrai, mieux compréhensible lorsqu'est considérée la construction, par touches successives, d'un dispositif législatif français longtemps chaotique. Gageons que les conditions d'adoption par le législateur français des grandes lois de la non-discrimination, régulièrement expédiées en quelques séances parlementaires⁵⁰, n'étaient pas les plus propices à la naissance de débats fertiles et

⁴⁶ Catharine MACKINNON, « Sexuality, Pornography, and Method : 'Pleasure under Patriarchy' », *Ethics*, vol. 99, n° 2, 1989, p. 319.

⁴⁷ Ellen WILLIS, « Lust Horizons : Is the Women's Movement Pro-Sex ? » [1981], in *No More Nice Girls : Countercultural Essays*, University of Minnesota Press, 2012, p. 6.

⁴⁸ V. la contribution de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ dans cet ouvrage : « Les préférences comme obstacles au plein déploiement du droit de la non-discrimination en droit états-unien. L'exemple de la liberté d'association ».

⁴⁹ Nous renverrons ici, à titre d'illustration, aux dispositions de l'*Equality Act* britannique ainsi qu'à celles des lois australiennes des États fédérés, en premier lieu au *Queensland Anti-Discrimination Act*.

⁵⁰ La procédure d'adoption de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 est sans doute la plus évocatrice de ce point de vue. Le projet de loi fut discuté en Commission la veille de la suspension des travaux de l'Assemblée nationale pour être examiné le jour

E. Fondimare et R. Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 9-20

de dispositions calibrées. Mais, poursuivant ce tour d'horizon, un autre constat surgit : à la pauvreté des dispositions législatives, répond l'aridité des débats sur le sujet, parlementaires comme universitaires. Car si la doctrine s'est bel et bien penchée sur l'objet juridique labellisé « *droit de la non-discrimination* »⁵¹, désormais identifié, elle l'a toutefois appréhendé essentiellement de manière statique et isolée, sans s'appesantir sur ses interactions normatives⁵². Une fois de plus, un regard porté hors de nos frontières, notamment sur les droits états-unien⁵³ et allemand⁵⁴, permet de mesurer à quel point, même lorsque la confrontation entre liberté et non-discrimination est à l'inverse pleinement saisie par le droit, la résolution de la tension évoquée implique des mécaniques juridiques complexes qui constituent autant d'objets scientifiques cruciaux pour la doctrine. Plus proches de nous, les rares travaux de spécialistes ayant analysé la conciliation entre la non-discrimination et les autres droits fondamentaux sont, au demeurant, antérieurs aux phénomènes récents susmentionnés ou, du moins, au plein déploiement de leurs effets⁵⁵. Ils invitent à approfondir l'étude du droit de la non-discrimination par ses marges et au travers des tensions qu'il occasionne. L'entreprise de cartographie des espaces situés aux frontières du droit de la non-discrimination, quoique délicate et incertaine, nous apparaît, pour ces raisons, absolument nécessaire.

Émerge alors la question, non moins délicate, de la méthode adaptée et des outils à disposition des cartographes. Si plusieurs options sont ouvertes, et peuvent être créditées d'atouts complémentaires, toutes présentent des failles qu'il importe de mesurer. Les tensions entre liberté et non-discrimination peuvent, d'abord, être dévoilées dans le cadre d'une perspective pragmatique, consistant à concentrer les regards sur les prétoires. De l'analyse scrupuleuse du contentieux qui s'y déroule ressortirait, par induction, les éléments d'information recherchés. Plus spécifiquement, en scrutant à la fois la manière dont est réalisé le contrôle de proportionnalité en cas de conflit entre la non-discrimination et une liberté fondamentale, quelle qu'elle soit, l'issue de la confrontation, et la motivation qui la soutient, il serait possible d'établir ce qui prime, dans quels cas, et pourquoi. Une difficulté essentielle survient cependant, en l'occurrence l'absence de contentieux exploitable dans de nombreux domaines pourtant explicitement couverts ou susceptibles de l'être par le droit de la non-discrimination. Elle neutralise la possibilité d'une généralisation de cette première approche. En alternative, il serait possible d'entrevoir

même de la reprise. La procédure accélérée ne permet, par ailleurs, que la tenue d'une séance par lecture et d'une seule lecture par chambre avant que soit réunie la Commission mixte paritaire.

⁵¹ V. not. sur le « *label* » retenu : Delphine THARAUD, *Droit de la non-discrimination*, Bréal, 2021, 260 p., Emmanuelle BRIBOSIA, Isabelle RORIVE et Sébastien van DROOGHENBROECK, *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Bruylant, 2016, 252 p. et Robin MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, op. cit. (n. 44). *A contrario*, v. Michel MINÉ, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Larcier, 2016, 852 p.

⁵² V. toutefois Hilème KOMBILA IBOUANGA, *L'interaction des principes de proportionnalité et de non-discrimination dans le système juridique de l'Union européenne*, thèse pour l'obtention du diplôme de doctorat en droit public, Université Paris-Est Créteil, 2013.

⁵³ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, art. cit. (n. 48).

⁵⁴ Laurie MARGUET, art. cit. (n. 9).

⁵⁵ V. Emmanuelle BRIBOSIA et Isabelle RORIVE, *Towards a balance between the right to equality and fundamental rights. À la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux*, Commission européenne, 2010, 72 p.

E. Fondimare et R. Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », in E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 9-20

les frontières entre préférences et discriminations en recourant à une autre méthode, plus prospective, consistant à convoquer le droit comparé et des analyses d'ordre théorique. Outre le décentrement intellectuel que permet le droit comparé, souvent instructif⁵⁶, la perspective semble d'autant plus séduisante que certains systèmes juridiques, davantage ancrés dans une tradition politique libérale, ont plus fortement anticipé les conflits et ont limité en conséquence l'emprise du droit de la non-discrimination à des espaces inflammables⁵⁷. La description des solutions retenues en cas de conflit de droits fondamentaux tranchés à l'étranger pourrait, le cas échéant, être alliée à un raisonnement par analogie doublé de toutes les précautions qu'exige un procédé de traduction. Celui-ci permettrait ainsi le développement de considérations sur ce qui pourrait probablement advenir dans l'ordre juridique français et dans des configurations similaires. La dimension spéculative du second temps de l'opération ne saurait toutefois pleinement satisfaire. Elle ne peut qu'être imparfaitement compensée par une troisième méthode, classique, qui repose sur la tentative d'identification de l'intention des autorités normatives, en premier lieu du législateur, au moment d'adopter des dispositions antidiscriminatoires et de concevoir les limites que celles-ci seraient susceptibles de rencontrer lors de leur application. Outre la dimension herméneutique d'une telle approche, comme évoqué précédemment, elle voit surtout sa pertinence limitée par le fait que les conflits entre non-discrimination et liberté ont été faiblement anticipés au moment de la conception du cadre législatif et réglementaire national. Actant l'imperfection d'une méthode unique et transversale, les analyses qui composent le présent ouvrage ont dès lors été formulées en convoquant alternativement ces diverses méthodes, entre autres, pour une approche sur mesure, développée au gré des nécessités et en fonction des particularités des terrains étudiés.

Concernant enfin les terrains étudiés, précisément, les regards des chercheurs du présent projet ont pris pour points d'ancrage diverses zones de frictions entre liberté et discrimination. À l'exception de deux illustrations saillantes en introduction, le choix n'a pas été fait de bâtir une réflexion structurée par l'identité des acteurs des tensions observées, où la non-discrimination affronterait tour à tour les libertés d'association, de religion, du commerce et de l'industrie, etc. Dès ses prémices, la recherche a permis de constater que la composition comme les enjeux du conflit, même entre deux acteurs identiques, étaient susceptibles de considérablement varier en fonction des contextes et des points de rencontre⁵⁸. Le choix fut en conséquence de cibler spécifiquement certains espaces et de retenir comme stratégie une étude *par les marges* du droit de la non-discrimination. Cette stratégie trouve son assise dans le fait que nous proposons à la fois de questionner un processus d'expansion, en l'occurrence celui du droit de la non-discrimination, et d'envisager les tensions qu'il rencontre en ses confins. Inévitablement, il convenait de localiser les frontières du droit analysé pour percer des espaces nouvellement régulés – ou

⁵⁶ Sur les fonctions de la comparaison en droit de la non-discrimination, v. not. Emmanuelle BRIBOSIA et Isabelle RORIVE, « Anti-Discrimination Law in the Global Age », *European Journal of Human Rights*, n° 1, 2015, p. 7-10.

⁵⁷ V. la contribution de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ dans cette introduction, art. cit. (n. 48).

⁵⁸ Une telle approche a par ailleurs déjà été esquissée in Emmanuelle BRIBOSIA et Isabelle RORIVE, *op. cit.* (n. 55).

E. Fondimare et R. Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », *in* E. Fondimare et R. Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Paris, IFJD, 2023, p. 9-20

en cours de régulation – par la non-discrimination. La volonté de révéler les potentiels amenuisements des libres préférences, qui céderaient le pas aux discriminations caractérisées, accréditant ainsi certaines critiques ci-dessus relatées, comme, à l'inverse, la volonté de comprendre la résistance et le maintien possibles de ces préférences, nous a par ailleurs conduits à cibler prioritairement certains types d'espaces : ceux qui concèdent historiquement une place prépondérante à la liberté, individuelle ou collective. Seront ainsi envisagés tour à tour – sans prétention à l'exhaustivité – l'espace public comme lieu de discours, les écoles confessionnelles, les associations, les syndicats, les entreprises, les familles et les foyers.