

## Actualités en matière de droit de la non-discrimination

Delphine THARAUD  
Professeure de droit privé  
OMIJ, UR 14 476 - Université de Limoges

*Une fois n'est pas coutume, l'équipe des "Billets de l'OMIJ" a décidé de donner la parole à l'un des membres de notre laboratoire sous forme d'interview. Delphine Tharaud, reconnue nationalement pour ses travaux de recherche sur la non-discrimination, a accepté de se prêter au jeu des questions-réponses.*

### **Billets de l'OMIJ - Qu'est-ce que le droit de la non-discrimination ?**

**Delphine Tharaud** - Le droit de la non-discrimination est l'ensemble des règles qui se préoccupent de l'existence des discriminations, ce qui comprend plusieurs volets : la prohibition des discriminations et les sanctions qui y sont associées, mais aussi un volet plus actif avec les moyens de lutte et les actions de lutte contre les discriminations.



### **Billets - Vous cherchez à promouvoir le droit de la non-discrimination, notamment par la rédaction d'ouvrages dans ce domaine. Pouvez-vous nous en dire plus ?**

**D.T.** - Avec ma collègue Caroline Boyer-Capelle, maître de conférences à l'OMIJ, nous avons codirigé le *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, publié chez l'Harmattan<sup>1</sup> en 2021 et qui compte 75 auteurs, dont beaucoup appartiennent à l'OMIJ. Ceci est lié au caractère transversal de la non-discrimination, qui rejoint le caractère transversal de la recherche à l'OMIJ : chacun peut trouver du droit de la non-discrimination au sein de ses propres domaines de recherche. Ce dictionnaire compte presque trois cents entrées et vise à établir qu'il existe un champ de réflexion et un champ scientifique autour de la non-discrimination.

J'ai par ailleurs écrit un manuel sous forme de fiches, publié chez Lexifac<sup>2</sup> en 2021 pour sa première édition, avec une deuxième édition qui interviendra dans les mois à venir. Il s'agit du

<sup>1</sup>THARAUD (D.) et BOYER-CAPELLE (C.) (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, éd. L'Harmattan, 2021, 394 p.

<sup>2</sup> THARAUD (D.), *Droit de la non-discrimination*, coll. Lexifac, éd. Bréal, 2021, 216 p.

premier manuel qui inscrit la non-discrimination en tant que matière juridique et qui essaye de traiter de tous les champs, que ce soit du droit pénal, civil, administratif, européen ; ainsi que de tous les motifs de discrimination, et ils sont nombreux.

**Billets - *Le droit de la non-discrimination est-il une branche du droit ? autonome, émergente ou en devenir ?***

**D.T.** - Je vais répondre en deux temps : d'une part, est-ce une branche du droit et ensuite, le cas échéant, quel est son état ? En ce qui concerne la première question, il est certain qu'il y a un corpus législatif et jurisprudentiel qui traduit une présence forte de cette question-là. Pour autant, est-ce suffisant pour identifier une branche du droit à part entière, c'est une question à se poser. Il est aussi certain qu'il y a une logique spécifique associée aux règles de non-discrimination en termes de charge de la preuve et en termes de prescription : il y a ainsi une spécificité de ces règles, règles dont la quantité et la qualité peuvent faire penser qu'il s'agit d'une branche du droit.

On peut cependant le prendre de manière inverse : cette omniprésence qui traverse toutes les matières juridiques peut aussi faire penser à un droit qui ne serait non plus une *branche* du droit mais une *racine* du droit -pour reprendre l'allégorie de l'arbre- qui innoverait les autres matières juridiques et qui viendrait parfois en modifier la logique.

Qu'il s'agisse d'une branche ou d'une racine, la question de son état peut être soulevée de la même manière : c'est une « discipline » pour sûr, pour adopter un mot plus neutre, discipline qui est relativement récente et qui est arrivée à maturité il y a une vingtaine d'années. Elle est donc nécessairement en construction. C'est aussi une matière vivace, avec beaucoup d'actions engagées, que ce soit du point de vue législatif ou jurisprudentiel. Beaucoup de choses se passent. C'est aussi une matière en devenir, car ses évolutions se font aussi de manière erratique. On a ainsi beaucoup de matière, avec un fond d'incohérence qu'il est nécessaire d'éradiquer à mon sens.

**Billets - *Le droit de la non-discrimination relève-t-il du droit public, du droit privé ou est-il transversal ?***

**D.T.** - Si l'on reprend la problématique de la racine des autres droits, c'est nécessairement un droit qui est transversal car il nourrit la réflexion autour des autres droits. Ce n'est ni du droit privé, ni public, ni interne, ni européen, ni onusien, c'est un peu de tout cela. Pour l'anecdote, je suis professeure en droit privé, et beaucoup me classent en droit public, ce qui montre que le droit de la non-discrimination est traversé par une logique générale transversale.

**Billets - *Quelles sont les actualités en ce domaine, puisque vous nous avez dit que c'est un droit en constante construction ?***

**D.T.** - Nombreuses ! L'actualité est fournie en ce qui concerne l'action de lutte contre les discriminations, puisque le législateur a beaucoup d'imagination en la matière ! Il y a beaucoup de moyens de lutte ou d'obligations qui sont mis en place, dans le domaine du droit du travail notamment, sur les questions de parité entre les hommes et les femmes ; sur les actions de moyens prioritaires et moyens de lutte prioritaires dans les quartiers.

L'actualité législative est toujours d'importance, mais il ne s'agit pas nécessairement de réformes d'ampleur, davantage de réformes par petites touches, par exemple sur des motifs de discrimination particuliers, où l'on pensera au glissement des lanceurs d'alerte dans les listes de motifs de discrimination, ou sur des matières spécifiques telles que le droit du travail ou le

droit des marchés publics. Tout ceci conduit toutefois à cette incohérence générale que je dénonce.

En ce qui concerne la jurisprudence, celle-ci est très importante, en particulier en droit du travail notamment depuis l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination, ce qui a amené une ouverture du contentieux. Cette évolution date du début des années 2000. On est toujours sur cette ouverture du contentieux et on voit qu'il y a beaucoup de choses qui se passent. Un grand nombre d'affaires devant la justice portent ainsi les traces de nouvelles formes de discrimination : ce sont les discriminations indirectes.

Enfin, les innovations les plus récentes concernent la thématique des discriminations systémiques qui seraient omniprésentes sous diverses formes dans le quotidien de chacun.

### **Billets - *Quel est selon vous le champ de bataille prioritaire du droit de la non-discrimination ?***

**D.T.** - Il s'agit de sa mise en cohérence, qui est associée à son accessibilité. Il y a une problématique d'incohérence entre certaines règles, entre certains motifs, et le travail ne manque pas dans ce domaine. Il est à mon sens urgent d'éradiquer ces incohérences, ce qui aura pour conséquence de rendre plus accessible ce droit.

Je travaille justement en ce moment à un projet qui entend résoudre ces deux problèmes : il s'agit d'élaborer un code de la non-discrimination. Ce code permettrait de compiler toutes les règles qui sont actuellement réparties dans beaucoup de lois et de codes différents. Par exemple, il y a une célèbre loi de 2008<sup>3</sup> qui n'est pas codifiée, il y a aussi des règles éparpillées dans le Code du travail, dans le Code général de la fonction publique, dans le Code pénal... J'ai fait le décompte : il y a plus d'une vingtaine de codes dans lequel le mot « discrimination » intervient ! et avec des dynamiques différentes, ce qui montre bien l'incohérence qui existe. À mon sens, la priorité est d'organiser toutes ces règles, ce qui montrera les disparités et les contradictions qui existent entre elles.

L'élaboration de ce code permettra aussi l'accessibilité des règles pour tous : il y a un vrai enjeu social afin que chacun puisse avoir accès à la compréhension de règles de non-discrimination.

### **Billets - *La non-discrimination est en ce moment un sujet à la mode au sein de la classe politique. Ne pourrait-on pas penser que le droit de la non-discrimination ne fait finalement que surfer sur un phénomène de mode ?***

**D.T.** - Ce sont les politiques qui surfent sur la non-discrimination et non l'inverse ! Le droit de la non-discrimination est un enjeu social et donc forcément politique. Il y a des priorités qui sont mises en œuvre dans le droit de la non-discrimination : on met l'accent sur l'égalité entre les hommes et les femmes davantage que sur d'autres thématiques par exemple. Ce sont des priorités au sein des motifs de discrimination qui sont clairement des priorités politiques, mises à l'agenda politique et assumées en tant que telles.

Ce que l'on voit ensuite actuellement est une instrumentalisation de la non-discrimination par le biais politique, et un accaparement des termes de la non-discrimination par le politique, avec un dévoiement des termes. C'est ainsi le cas pour la discrimination intersectionnelle, qui est identifiée comme une problématique liée à une religion en particulier, alors qu'il s'agit juste d'une technique générale de reconnaissance des discriminations qui arrivent lorsque l'on croise deux motifs de discrimination différents, et il ne s'agit pas d'autre chose que d'une technique

---

<sup>3</sup> Ndlr : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JO 28 mai 2008.

de reconnaissance des discriminations et de reconnaissance de l'existence de celles-ci. Mais ceci a été utilisé et dévoyé par certains politiques pour établir une forme de priorité donnée à une problématique religieuse.

Le second exemple que je peux citer est l'exemple du wokisme qui est un terme qui nous vient des États-Unis. Ce terme a été utilisé par les politiques avant même qu'il y en ait eu une utilisation par les spécialistes du domaine de la non-discrimination ! Ce terme signifie juste que les personnes sont ouvertes et conscientes en ce qui concerne la question des discriminations et de l'existence de ces discriminations, autrement dit, qu'elles ont pris conscience que les discriminations sont présentes. Ceci ne veut pas dire autre chose, et cela a été, par un glissement de l'utilisation de ce terme par certains politiques, identifié comme un mouvement militant qui souhaiterait éradiquer le passé pour faire simple. Ce n'est pas le cas du mouvement du wokisme dans son ensemble, même s'il existe bien sûr des militants qui sont plus ou moins extrémistes, à l'instar de tous les engagements militants. J'insiste vraiment sur le fait que la problématique essentielle est, pour le cas spécifique du wokisme, l'accaparement qui en a été fait par le politique avant d'avoir eu une réelle utilisation par les scientifiques. Et nous, les scientifiques, nous ne pouvons plus changer cette connotation qui a été politisée du terme.

**Billets - Certains pourraient estimer que l'un des risques de déviance du droit de la non-discrimination serait que tout est discrimination, faisant ainsi perdre de la force au concept.**

**D.T.** - Je conçois cette peur, dans le sens où le mot discrimination est un mot qui -en tant que tel- est récent, avec cette connotation négative qui est associée juridiquement à la discrimination. Il ne faut cependant pas oublier qu'initialement, le terme ne veut juste dire que l'on distingue de manière neutre. Il est par exemple utilisé pour les enfants à l'école primaire : il y a des exercices de *discrimination* des lettres de l'alphabet. C'est donc un terme tout à fait neutre, et sa connotation négative est utilisée par les sociologues et les juristes en particulier.

Si ce mot fait peur, c'est parce qu'on est dans le domaine de l'égalité, un mot que la France connaît bien. Et lorsque l'on parle de discrimination, cela veut dire qu'il y a eu un dysfonctionnement de l'égalité. Il faut l'admettre, bien qu'il soit plus facile d'être le plus souvent dans le déni. La peur du terme, de l'utilisation et de la surutilisation de ce terme se conçoit tout à fait : ceci est lié à un aspect culturel français et à une surexposition récente -et très forte- de ce terme. L'utilisation quotidienne dont il faut l'objet n'était pas du tout le cas il y a vingt ans.

Ce terme peut donc être considéré de manière abrupte voire violente par certaines personnes, et c'est une peur qu'il faut entendre. Mais si l'on est attaché à l'égalité, on doit aussi être attaché à la lutte contre les discriminations.