



HAL
open science

L'identité en droit conventionnel de la non-discrimination : éprouver l'hypothèse d'un tournant "identitaire" dans la jurisprudence de la Cour EDH

Claire Langlais-Fontaine

► To cite this version:

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. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2023. Français. NNT : 2023PA100012 . tel-04131207

HAL Id: tel-04131207

<https://theses.hal.science/tel-04131207v1>

Submitted on 16 Jun 2023

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.

Membre de l'université Paris Lumières

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 présentée et soutenue publiquement le 26/01/2023
en vue de l'obtention du doctorat de Droit public de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Mme Stéphanie Hennette-Vauchez (Université Paris Nanterre)

Jury * :

Rapporteur-e :	Madame Olivia Bui-Xuan	Professeure, Université Évry-Val d'Essonne
Rapporteur-e :	Madame Delphine Tharaud	Maîtresse de conférences HDR, Université de Limoges
Présidente du jury :	Madame Hélène Surrel	Professeure, Sciences Po Lyon
Membre du jury :	Monsieur Thomas Hochmann	Professeur, Université Paris Nanterre
Membre du jury (Directrice de thèse) :	Madame Stéphanie Hennette- Vauchez	Professeure, Université Paris Nanterre

L'Université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes parents

Remerciements

Mes remerciements vont en premier lieu à la Professeure Stéphanie Hennette-Vauchez qui a accepté d'assurer la direction de ce travail après mon Master. Son encadrement exigeant mais bienveillant a permis la réalisation de ce projet pierre par pierre. Nos échanges, vos conseils, votre regard critique et votre indulgence face à mon rythme d'écriture, se sont révélés extrêmement précieux.

Je tiens également à remercier les Professeures Olivia Bui-Xuan et Hélène Surrel, le Professeur Thomas Hochmann, ainsi que Delphine Tharaud, qui me font l'honneur d'avoir accepté d'évaluer ce travail de recherche et de le discuter en participant au jury de soutenance.

Cette thèse n'aurait pu être entreprise sans le soutien du CREDOF et de l'Université Paris-Nanterre. Merci également aux personnes qui ont accepté d'échanger avec moi sur la thèse au fil des années, et particulièrement à Vincent (R), Laurie, Elsa, Aurélia et Robin qui ont grandement participé à faire mûrir ma réflexion. Merci également à mes parents Pascale et Thierry, ainsi qu'à Robin, Elsa, Guillaume (C), Pénélope, Laurie, Agathe et Estelle pour leurs relectures vigilantes ; à Kévin, Maud et Laura, M. Richevilain et Thierry pour l'aide apportée lors de la manipulation d'Excel, logiciel complexe mais essentiel à la réalisation de mon travail ; et à Lisa, Éléa, Coralie et Estelle pour m'avoir aidé à construire l'index de cette thèse.

Plusieurs compagnons de route ont également contribué à nourrir la réflexion et à tenir le rythme durant ces années de doctorat. Hanna, Delphine, Maria, Élise, Pénélope, Audrey, Elsa, Laurie, Robin, Jean-Philippe, Laura, Andréa, Anthony, Guillaume (D) : merci pour votre aide et votre soutien. Merci à Elsa Fondimare, Marjolaine Roccati, Laurence Sinopoli et Jeanne De Gliniasty pour l'aide apportée en 2019 lors de la semaine d'écriture à Goutelas. Je n'oublie pas tous les membres, doctorant-e-s, maître-sse-s de conférences et professeur-e-s du CTAD et du CREDOF pour l'ambiance de travail et les opportunités de réflexion, mais également pour la sollicitude dont ils ont pu faire preuve dans les moments de doute. Un remerciement tout particulier à Charlotte Girard, Céline Fercot et Lionel Zevounou pour leurs conseils, leur écoute et leur bienveillance.

Dans des registres différents, merci à toute l'équipe formidable du BrewDog Le Marais pour m'avoir permis de souffler, à l'équipe de Foncia Lacombe-Vaucelles pour m'avoir prêté un bureau et un magnifique endroit où travailler, et à l'équipe de La Beer Fabrique pour les

encouragements sur la fin. Merci aux amis de longue date pour leurs attentions et leur soutien inconditionnel : Camille (F), Anne-Sophie, Leila, Sébastien, Guillaume (C), Kévin, Charlotte, Marion, Camille (R), Victoria, Coraline, Barbara, Vanina, Mélanie et Simon. À leurs côtés, Estelle, Agathe et Robin ont été de véritables piliers. Je n'en serais pas où j'en suis sans eux. Merci également au Dr Cyrielle Delandre, à Margaux Chiaradia, à Odette (et dans une certaine mesure à Lily et Moustache) pour avoir pris soin de ma santé de manière si bienveillante. Enfin, quelques lignes ne sauraient rendre justice au soutien de mes proches – Pascale, Thierry, Alexis, Lélia, Julie, Scarlett, Valérie en particulier – et toute ma famille qu'elle soit à Paris, Pornic, Saint-Nazaire, Rennes ou au Cap.

À Cha qui illumine de son sourire mon quotidien depuis tant d'années.

Abréviations

ACLJ	<i>American Center for Law and Justice</i>
aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique, droit administratif
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
al.	Alinéa
Am. U. Int. L. Rev	<i>American University International Law Review</i>
APCE	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
Art.	Article
ass. plén.	Assemblée plénière
Aust. YBIL	<i>Australian Yearbook of International Law</i>
BVerfG	<i>BundesVerfassungsGericht</i> (Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne)
BVerfGE	Recueil de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne
B.Y.I.L.	<i>British Yearbook of International Law</i>
c.	Contre
cat.	Catégorie
Ccass	Cour de cassation française
C. civ.	Code civil
C. pénal	Code pénal
CE	Conseil d'État
CEDAW	Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes
ch.	Chambre
chap.	<i>Chapter</i>
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
Commission EDH	Commission européenne des droits de l'homme
cons.	Considérant
Cour EDH / ECtHR	Cour européenne des droits de l'homme / <i>European Court of Human Rights</i>
CREDESPO	Centre de Recherches et d'Études en Droit et Sciences Politiques
CREDOF	Centre de Recherches et d'Études sur les Droits fondamentaux
CRISP	Centre de Recherche et d'Information Socio-Politique
DASS	Direction des Affaires Sanitaires et Sociales
DC	Décision du Conseil constitutionnel français rendue avant l'entrée en vigueur d'une loi
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
dir.	Direction
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
ECLI	<i>European Case Law Identifier</i> / Identifiant européen de la jurisprudence

ECLJ	<i>European Center for Law and Justice / Centre Européen pour le droit et la justice</i>
Éd.	Édition
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
EMS Éditions et al.	Éditions Management et Société Et autres
EUI	<i>European University Institute</i>
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GC / Gde ch.	Grande chambre
GEDI	Projet « Genre et discriminations sexistes et homophobes »
GIP	Groupement d'intérêt public
GPA	Gestation pour autrui
GRIF	Groupe de recherche et d'information féministes
Harv. L. Rev.	<i>Harvard Law Review</i>
Hum. Rts. L. Rev	<i>Human Rights Law Review</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem.</i> Mention utilisée pour indiquer que la référence est précitée immédiatement dans la note précédente. En cas de multiples références dans la note qui précède, c'est à la première que la mention renvoie.
<i>infra</i>	Mention utilisée pour renvoyer à un passage qui se trouve plus loin dans le texte
Int. J. Const. Law	<i>International Journal of Constitutional Law</i>
JCP G	La semaine juridique – Édition générale
JORF	Journal Officiel de la République française
JOUE	Journal Officiel de l'Union européenne
LBGT	Lesbiennes, Bi, Gay, Trans
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MIPROF	Mission interministérielle pour la protection des femmes contre les violences et la lutte contre la traite des êtres humains
n°	Numéro
NAACP	<i>National Association for the Advancement of Colored People</i>
not.	Notamment
obs.	Observations
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU / U.N.	Organisation des Nations Unies / <i>United Nations</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato.</i> Mention utilisée pour indiquer que la référence est préalablement citée dans l'étude
OEA	Organisation des États Américains
OUA	Organisation de l'Unité Africaine
p.	page
par. / §	Paragraphe
Phil. & Pub. Aff.	<i>Philosophy & Public Affairs</i>
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
plén.	Plénière

PMA	Procréation médicalement assistée
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
Pub. L.	<i>Public Law</i>
PUF	Presses universitaires de France
Pulim	Presses universitaires de Limoges
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RBDI	Revue belge de droit international
RCS	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
RDIA	Revue de droit international d'Assas
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue du droit public
Rec. CEDH	Recueil des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
req.	Requête
Rev. UE	Revue de l'Union européenne
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
R.S.B.C.	<i>Revised Statutes of British Columbia</i>
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R.S.O.	<i>Revised Statutes of Ontario</i>
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
s.	Suivants, suivantes
S.C.	<i>Statutes of Canada</i>
SCOTUS	<i>Supreme Court of the United States</i>
Sec.	Section
SHS	Sciences humaines et sociales
STE	Référence des traités du Conseil de l'Europe
SS	<i>Statutes of Saskatchewan</i>
<i>supra</i>	Mention utilisée pour renvoyer à un passage qui se trouve plus haut dans le texte
t.	Tome
TCEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
trad.	Traduction
UE / EU	Union européenne / <i>European Union</i>
UKPC	Recueil des décisions du <i>Judicial Committee of the Privy Council</i>
U.S.	<i>United States</i>
U.S.C.	<i>United States Code</i>
v.	Voir
vol.	Volume

Sommaire

Partie 1. La notion d'identité dans le droit conventionnel de la non-discrimination

Titre 1. Une dimension « identitaire » du droit de la non-discrimination ?

Chapitre 1. Les mutations du droit conventionnel de la non-discrimination

Chapitre 2. La notion d'identité dans les méthodes du droit conventionnel de la non-discrimination

Titre 2. Le malentendu du « droit à l'identité »

Chapitre 1. Le « droit à l'identité », une notion floue

Chapitre 2. Un « droit à l'identité » fantasmé

Partie 2. La permanence d'une conception universaliste du droit conventionnel de la non-discrimination

Titre 1. L'absence de remise en cause du principe d'indifférence aux différences

Chapitre 1. L'indifférenciation du droit

Chapitre 2. Les différenciations dans le droit

Titre 2. L'absence de conception collective de l'égalité

Chapitre 1. La permanence d'une conception individualiste de l'égalité

Chapitre 2. Un objectif d'égalité individuelle entre personnes situées

Introduction générale

« Le Je, le Je, voilà le profond mystère »

Ludwig WITTGENSTEIN,

Carnets (1914-1916), Paris, Gallimard,
1971.

1. La crainte d'une « montée des communautarismes » en Europe est particulièrement vivace depuis le début des années 2000 dans le débat public¹. L'utilisation d'expressions telles que « risque de communautarisation »² ou « communautarisme »³, ou les références à des « communautés »⁴ suspectées de remettre en cause – si ce n'est de rompre – le « pacte social »⁵, la « cohésion sociale »⁶ ou « la volonté de vivre ensemble »⁷ est ainsi récurrente dans la sphère politique.

2. Cette « montée des communautarismes » est entendue comme la peur d'une fracture de la société française en autant de groupes communautaires⁸. Le terme de communautarisme « dénomme [alors] un ennemi abstrait, il désigne une menace, il signale un danger, il exprime

¹ V. par exemple en France : Travaux parlementaires, Mission d'informations sur la question du port des signes religieux à l'école, décembre 2003.

² Rapport n°156 (1998-1999) de Guy-Pierre CABANEL au nom de la Commission des lois du Sénat, déposé le 20 janvier 1999.

³ Michèle ALLIOT-MARIE, ministre d'État, intervention lors de la séance du 14 septembre 2010 relative au projet de loi n°2520 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public : « En fait, *la véritable question est celle du communautarisme* ».

⁴ Rapport d'information n°698 (2009-2010) de Mme Christiane Hummel, fait au nom de la Délégation aux droits des femmes, déposé le 8 septembre 2010 : le terme « communauté » apparaît à trois reprises – deux fois pour parler de la « communauté française » et une fois pour la « communauté musulmane ». Cette rhétorique d'opposition entre une « communauté » nationale et un groupe plus restreint est souvent utilisée pour démontrer le supposé « repli » du groupe vis-à-vis de la « communauté » nationale.

⁵ Étude d'impact, Projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, mai 2010.

⁶ *Ibid.*

⁷ V. Audition de Michèle ALLIOT-MARIE, ministre d'État, retranscrite dans le Rapport n°2648 de Jean-Paul GARRAUD au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°2520 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public : « [La volonté de vivre ensemble] exige le refus du repli sur soi et du rejet de l'autre qui caractérisent les *communautarismes* » ; Michèle ALLIOT-MARIE, ministre d'État, intervention lors de la séance du 14 septembre 2010, *op. cit.* : « Notre préoccupation, en l'occurrence, est de lutter contre le communautarisme et de préserver le "vivre ensemble". Un tel fondement ne réglerait pas les problématiques en jeu et ne répondrait pas à notre volonté de *lutter contre le communautarisme et d'assurer le "vivre ensemble"* ». Nous soulignons.

⁸ L. BOUVET, *Le communautarisme : mythes et réalités*, Paris, Lignes de repères, 2007.

une inquiétude et indique en conséquence une tendance inquiétante, il dévoile la tentation supposée croissante, il dénonce une "dérive" (dont on sait que, conformément à l'idée reçue, elle ne peut mener qu'au "pire") »⁹. Les communautarismes représentent une menace car ils sont suspectés de remettre en cause un modèle reposant sur l'unité, l'uniformité du corps social et sur l'universalité des règles de droit applicables. Ce modèle – celui de l'universalisme, notamment illustré par le républicanisme universaliste français – repose sur l'idée d'une « communauté nationale » abstraite au sein de laquelle les distinctions, notamment juridiques, sont suspectes. Il est en effet à l'origine d'une interprétation majoritairement formelle du principe juridique d'égalité selon laquelle les différenciations juridiques entre individus ne sont admises que par exception.

3. La crainte exprimée dans les débats publics et politiques d'une remise en cause du modèle universaliste se retrouve au niveau doctrinal, notamment à l'égard du contentieux des droits de l'homme. Certaines juridictions, dont la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰, sont particulièrement suspectées de favoriser ce phénomène¹¹. Pour certains observateurs de la jurisprudence conventionnelle¹², celle-ci exacerberait des logiques individualistes¹³ et communautaires¹⁴ et participerait alors à la remise en cause du modèle universaliste des droits. La reconnaissance par la Cour de la nécessité de protéger certains groupes de personnes vulnérables est particulièrement visée par cette critique¹⁵.

4. Cette opposition entre un modèle universaliste et abstrait et la prise en compte en droit des appartenances à des groupes d'individus, des « communautés » de personnes, n'est pas nouvelle. Sous l'Ancien Régime, les différenciations juridiques entre groupes de personnes

⁹ P.-A. TAGUIEFF, *La République enlisée : pluralisme, communautarisme et citoyenneté*, Paris, Éditions des Syrtes, 2005, p. 131.

¹⁰ Ci-après « la Cour » ou « Cour EDH ».

¹¹ V. par exemple : B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 28, pp. 1946-1953.

¹² B. MATHIEU, « S'opposer à la Cour européenne des droits de l'homme ? C'est possible et justifié », *Le Figaro.fr*, 17 novembre 2016 : « La France doit pouvoir affirmer que la lutte contre l'islam radical et politique peut conduire à des différences de traitement auxquelles le principe de non-discrimination ne saurait faire obstacle. Or, la Cour européenne retient une conception très large de la notion de discrimination en interdisant notamment les dispositions nationales pouvant conduire indirectement à des effets préjudiciables à l'égard d'un groupe de personnes ».

¹³ B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *Droits*, 2012, n° 55, pp. 129-138, p. 133.

¹⁴ G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *Le Figaro.fr*, 28 décembre 2018, en ligne : <http://www.lefigaro.fr/vox/monde/2018/12/26/31002-20181226ARTFIG00181-charia-ce-que-revele-la-decision-de-la-cedh.php> (consulté le 4 février 2019) : « La Cour a choisi une approche à la fois libérale et communautariste ».

¹⁵ C'est le cas par exemple des personnes trans.

étaient acceptées et reposaient sur l'appartenance des individus à des classes sociales prédéfinies, des ordres, qui fonctionnaient de manière comparable à des « communautés d'appartenance ». En effet, les distinctions se fondaient sur l'origine sociale ou les croyances des membres de ces groupes et l'appartenance à un ordre se transmettait par hérédité ou par l'octroi d'une charge par les membres du groupe à une personne extérieure au groupe. En 1789, ces différenciations sont interdites afin de mettre fin aux privilèges accordés à certaines catégories d'individus au détriment d'autres (exemption d'impôts, participation au pouvoir politique etc.). En ce sens, l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prohibe les « distinctions sociales » entre individus, sauf à ce qu'elles soient « [fondées] sur l'utilité commune »¹⁶. L'uniformité du groupe auquel les règles de droit s'appliquent devient alors un fondement de l'application « juste » du droit.

5. Cette conception des droits héritée des révolutionnaires de 1789, selon laquelle les règles de droit s'appliquent de manière uniforme aux citoyens – c'est-à-dire par principe sans distinction –, serait remise en cause aujourd'hui. Surtout, cette dénonciation des « communautarismes » renvoie à la question de la politisation de la notion d'« identité » - illustrée par le succès en Europe et aux États-Unis de certains partis politiques populistes – et à sa judiciarisation. L'identité y serait alors comprise comme le fondement du sentiment d'appartenance des groupes communautaires, lesquels revendiqueraient une protection juridique spécifique de leurs différences. L'émergence potentielle d'un « droit à l'identité »¹⁷, ou à tout le moins d'un droit à la différence, laquelle serait de nature identitaire, rend compte de l'influence des débats politiques sur le débat doctrinal et sur les solutions contentieuses. Les « revendications identitaires » de certains requérants qui sont au fondement des décisions décriées renvoient alors à l'idée d'une incompatibilité manifeste entre l'identité – individuelle ou de groupe – et la reconnaissance de droits –, *a fortiori* lorsque ces derniers sont catégoriels ou attribués à des « minorités » (ethniques, sociales ou de genre). Cela contreviendrait alors à une certaine conception du principe de non-discrimination, laquelle supposerait la disparition progressive des différenciations juridiques. Est particulièrement décriée l'introduction dans le droit de la non-discrimination de dispositifs qui seraient par nature des instruments de la

¹⁶ Précisément, l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

¹⁷ V. par exemple pour l'emploi de l'expression par la Cour européenne des droits de l'homme : Cour EDH, 3^{ème} Section, *Bensaid c. Royaume-Uni*, 6 février 2001, req. n°44599/98, *Rec. CEDH 2001-I*, §47 : « L'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel [...] » (nous soulignons) ; Cour EDH (GC), *Odièvre c. France*, 13 février 2003, req. n° 42326/98, *Rec. CEDH 2003-III*, §29.

reconnaissance des identités ou d'un droit des groupes¹⁸. L'utilisation de la terminologie de « discrimination identitaire »¹⁹, souvent en opposition à une interprétation universaliste du droit de la non-discrimination, rend compte de ces tensions.

6. Il convient de prendre au sérieux ces critiques formulées à la fois dans le débat public et par la doctrine juridique, car elles rendent compte de la crainte d'une possible subversion des droits²⁰, ou *a minima*, d'un potentiel changement de paradigme dans le droit des droits de l'homme. Une étude doit être menée afin de déterminer si ces craintes sont juridiquement fondées, si l'identité s'oppose à l'universalisme, si elle le sert, ou encore si elle n'a pas d'incidence. Parmi les droits suspectés de subvertir le droit des droits de l'homme, le principe de non-discrimination, garanti à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²¹, fait l'objet de critiques du fait de son usage par les requérants. Est notamment critiqué un usage à des fins de reconnaissance du vécu des requérants – ce que nous nommerons un usage reconnaissant –, dans une logique de revendications identitaires. L'analyse des rapports entre identité et non-discrimination apparaît ainsi fondamentale (1). Cette clarification permet dans un second temps de confronter le discours doctrinal et son objet, à savoir la jurisprudence de la Cour relative au principe de non-discrimination. Cette confrontation permet de comparer les craintes soulevées et la réalité du droit positif, et de déterminer si les craintes soulevées sont fondées (2). Il s'agira alors de montrer que si la notion d'identité n'est pas absente de la jurisprudence relative au principe de non-discrimination, sa seule présence nominale n'aboutit pas pour autant à une remise en cause de principes universalistes tels que la garantie d'une égalité entre individus et non entre groupes de personnes, ou encore le principe d'indifférenciation (3).

1. Les rapports entre identité et non-discrimination

7. La notion d'identité est centrale dans les critiques actuelles du changement de paradigme du droit des droits de l'homme puisque c'est sur l'usage « identitaire » de certains droits, et notamment du droit de la non-discrimination, que repose une part importante de l'argumentaire

¹⁸ E. CEDIEY, S. FRAISSE-D'OLYMPIO, *Dossier « Discriminations et politiques discriminatoires »*, ENS Lyon, 2008, en ligne : <http://ses.ens-lyon.fr/articles/discriminations-et-politiques-antidiscriminatoires-31414> (consulté le 10 janvier 2019) : « L'action positive n'est pas forcément, ni automatiquement ni par nature, un instrument pour la reconnaissance des identités ou un droit des groupes, ni une politique communautariste, comme on s'empresse trop souvent de s'en effrayer en France ».

¹⁹ V. par exemple le manifeste d'appel du Printemps républicain, du 20 mars 2016, lequel désire s'élever « contre toutes les dérives, assignations ou discriminations identitaires ».

²⁰ B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *Droits*, 9 octobre 2015, n° 49, pp. 107-134.

²¹ Ci-après « la Convention » ou « la Convention européenne des droits de l'homme » ou « la Convention EDH ».

de la montée de communautarismes. Il est ainsi nécessaire de revenir sur la définition des termes « identité » et « non-discrimination » lesquels renvoient à deux principes utilisés par la Cour : le principe d'autonomie personnelle d'une part (1.1.), et le principe de non-discrimination d'autre part (1.2.). Ce n'est qu'à partir de ces définitions qu'il sera ensuite possible de lier identité et non-discrimination (1.3.).

1.1. Identité et principe d'autonomie personnelle

8. Le débat public actuel apparaît saturé par la question de l'identité²². Le débat relatif au supposé « wokisme » dans et hors des universités françaises, la montée des nationalismes en Europe, la lutte contre les violences faites aux femmes, l'exercice de la liberté de religion notamment par les femmes musulmanes sont autant de domaines dans lesquels la question identitaire est soulevée. Quant au domaine du droit des droits de l'homme, c'est l'usage « identitaire » de certains droits qui fait l'objet de critiques. L'identité est ainsi partout relevée mais rarement définie. S'il s'agit d'une notion complexe à définir (a), elle est au cœur du principe juridique d'autonomie personnelle (b), qui a émergé dans le droit européen des droits de l'homme à partir des années 2000 et a, lui aussi, fait l'objet de critiques²³.

a. L'identité : une notion polysémique et complexe

9. L'identité est une notion complexe à définir, notamment du fait de la polysémie du terme²⁴ et de son traitement interdisciplinaire (sociologie, psychologie, droit, etc.)²⁵. Notion centrale aujourd'hui dans les débats politiques mais aussi dans le discours doctrinal, l'identité est souvent peu définie alors même qu'elle « joue un rôle social de premier plan »²⁶ et « est une évidence socialement nécessaire »²⁷. C'est d'ailleurs ce rôle social qui rend « difficile pour le scientifique de prendre une distance critique »²⁸. La diversité des significations et des domaines auxquels elles s'appliquent est impressionnante. Ainsi, et de manière non exhaustive, nous pouvons parcourir quelques-uns des sens les plus utilisés donnés à la notion.

²² Pour la philosophe Julia DE FUNES, il s'agit de la valeur cardinale de notre modernité. V. J. DE FUNES, *Le siècle des égarés*, Paris, Editions de l'observatoire, 2022.

²³ V. par exemple : M. FABRE-MAGNAN et al., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008, n° 48, pp. 3-58 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 31.

²⁴ J.-C. KAUFMANN, *L'invention de soi : une théorie de l'identité*, Paris, Hachette littératures, Pluriel, 2005, not. p. 8.

²⁵ *Ibid.*, p. 10.

²⁶ *Ibid.*, p. 9.

²⁷ *Ibid.*, p. 10.

²⁸ *Ibid.*, p. 9.

10. Dans le langage courant, l'identité est tout à la fois, le « caractère de deux ou plusieurs êtres identiques (identité qualitative, spécifique ou abstraite) » ; le « caractère de ce qui, sous des dénominations ou des aspects divers, ne fait qu'un ou ne représente qu'une seule et même réalité (identité numérique) concrète », il s'agit alors d'un « rapport d'identité » ; le « caractère de ce qui demeure identique ou égal à soi-même dans le temps (identité personnelle) »²⁹. En psychologie, l'identité est la « conscience de la persistance du *moi* »³⁰. Le terme est aussi utilisé en mathématiques pour rendre compte de l'« égalité entre deux quantités connues [ou de l'égalité] entre des quantités inconnues, qui reste valable quelles que soient les valeurs prises par celles-ci »³¹. Il est également employé en logique sous la forme d'un « principe d'identité » c'est-à-dire du « principe selon lequel une chose ne peut être elle-même et son contraire »³². En philosophie encore, l'identité est étudiée dans deux dimensions principales : sous l'angle de la « mêmété »³³ c'est-à-dire le caractère de ce qui est identique, et sous un angle existentiel, comme une réponse à la question « Qui suis-je »³⁴. En droit enfin, l'identité est appréhendée principalement sous une forme administrative à travers deux outils : la carte d'identité, utilisée comme un outil de preuve que l'individu qui la détient est bien celui qu'il prétend être, ou comme « l'ensemble des traits ou caractéristiques qui, au regard de l'état civil, permettent de reconnaître une personne et d'établir son individualité au regard de la loi »³⁵ c'est-à-dire comme un outil de mémorisation des individus par l'administration. On fait alors référence aux diverses données anthropométriques utilisées par l'administration depuis la création de la méthode par Alphonse BERTILLON, ou encore au « service de la police judiciaire qui détient les fiches anthropométriques des personnes arrêtées »³⁶ (l'identité judiciaire). Ces deux usages fonctionnels de la notion d'identité, c'est-à-dire pas tant comme une définition de son essence que comme une caractérisation de ses fonctions, démontre la nécessité pour l'État d'identifier les individus et donc de déterminer des critères d'*identification* (patronyme, origines géographiques, description physique plus ou moins détaillée, âge et/ou date de naissance, et enfin photographie d'identité). L'identité, en droit, se confond donc souvent avec l'identification, excluant alors les questions existentielles des individus du domaine juridique,

²⁹ « Identité », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, 2018, en ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/identite> (consulté le 31 octobre 2018).

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, Essais, 1990.

³⁴ J.-C. KAUFMANN, *L'invention de soi*, *op. cit.* note 24, p. 16.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

avec un risque essentialiste de figer les identités, par nature mouvantes et difficiles à appréhender.

11. De ces nombreux usages de la notion d'identité, il est intéressant de constater que deux sens principaux se dégagent, lesquels semblent *a priori* contradictoires mais sont en réalité liés. Dans un premier sens, l'identité renvoie à l'*idem* latin, c'est-à-dire l'idée selon laquelle deux objets sont semblables, analogues et donc *identiques*. Appliqué aux individus, ce sens de l'identité-*idem* ou du *sameness* anglais rend compte d'une nécessaire comparaison entre les individus et de l'émergence de caractères communs entre eux qui peuvent, par suite, les regrouper. C'est alors le sens des « rapports d'identité » dans le langage courant mais c'est également le sens employé en mathématique, en logique ou encore dans les ouvrages de philosophie classique autour du concept de « mêmeté ». Dans un second sens, l'identité renvoie à l'*ipse* latin³⁷ – le *selfness* anglais –, c'est-à-dire ce qui fait qu'un individu est unique et absolument distinct d'un autre. Ce sens renvoie alors à l'idée de l'existence de critères distinctifs permettant de discerner, au sein d'un ensemble d'objets ou d'individus, un unique objet. L'identification juridique rend compte de cet usage lorsque le processus de définition de l'unicité de l'individu vient d'un acteur externe à ce dernier (l'administration, l'État) ; la philosophie moderne ou la psychologie se concentrent sur l'identification par l'individu lui-même de ce qui le rend unique parmi d'autres êtres humains. Si le premier sens permet de déterminer des caractéristiques semblables et comparables entre les individus et renvoie alors à une logique d'inclusion des individus, notamment au sein de groupes, le second sens permet de déterminer ce qui caractérise le *soi*, c'est-à-dire ce qui fait qu'un individu est dissemblable à tout autre et donc singulier, original voire unique. Il convient toutefois de nuancer cette distinction binaire entre l'*ipse* qui renverrait à l'identité individuelle et l'*idem* qui permettrait de caractériser des identités partagées, puisque la logique de l'*ipse* peut évidemment être aussi utile pour caractériser l'identité d'un groupe d'individus. En effet, si l'identité sert à déterminer des caractéristiques semblables aux individus pour les inclure dans un groupe (la mêmeté) elle sert également à délimiter, à tracer des frontières, entre différents groupes et donc à déterminer les caractéristiques qui rendent chaque groupe singulier. L'*ipse* et l'*idem* servent donc principalement de clé de lecture des logiques de construction de l'identité, qui permet tout à la fois d'inclure et d'exclure.

³⁷ P. RICEUR, *Soi-même comme un autre*, *op. cit.* note 33.

12. Par ailleurs, ces deux sens sont intimement liés à la distinction entre l'identité propre à une personne – l'*identité personnelle* – et l'identité partagée par un groupe de personnes – que nous appellerons *identité de groupe*. À ces deux types – non-exclusifs – d'identité, on peut ajouter une identité plus vaste encore : l'*identité humaine*. Jill MARSHALL distingue l'identité personnelle, qui renvoie à la singularité de l'individu, l'identité partagée par un certain nombre d'individus, et enfin une forme d'identité universelle car commune à l'espèce humaine qu'elle nomme « *core identity* » et qui renvoie notamment aux caractéristiques génétiques propres aux êtres humains³⁸. De la même manière, Charles TAYLOR définit l'identité comme « quelque chose qui ressemble à la perception que les gens ont d'eux-mêmes et des caractéristiques fondamentales qui les définissent comme êtres humains »³⁹. Ces distinctions sont d'autant plus intéressantes que la Cour européenne des droits de l'homme elle-même, dans sa jurisprudence, emploie le terme « identité » ou « *identity* » dans différents contextes⁴⁰, lesquels peuvent faire l'objet d'une typologie comme celle développée par Yussef AL-TAMIMI. Pour cet auteur, la notion est employée par la Cour soit dans un sens d'identité privée ou « *private identity* »⁴¹ (identité de genre, identité personnelle, identité des enfants, identité ethnique), soit dans un sens d'identité partagée par un groupe d'individus, que celle-ci soit sociale (c'est-à-dire se référant aux liens que les individus tissent entre eux à l'image de la citoyenneté ou de l'identité au travail), religieuse⁴² ou collective⁴³ (identité nationale, identité d'une minorité nationale, ou encore identité d'une minorité ethnique). Le fait de mettre en avant le ou les titulaires de l'identité est donc intimement lié à la question de la définition de la notion et de ses usages. L'identité privée peut ainsi se recouper avec l'identité personnelle des individus, tandis que les identités sociale, religieuse ou encore collective peuvent renvoyer à des identités de groupe. Néanmoins, il est possible de nuancer ces distinctions en considérant qu'un même type d'identité (identité de genre, identité religieuse, identité d'une minorité ethnique...) peut renvoyer à différents niveaux de perception de l'identité. En effet, selon les cas, l'identité religieuse peut tout à la fois renvoyer à l'identité personnelle d'un individu qu'au groupe

³⁸ J. MARSHALL, *Human Rights Law and Personal Identity*, New York, Routledge, Research in Human Rights Law, 2014, p. 7.

³⁹ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Flammarion, Champs Essais 372, 2009, trad. D.-A. CANAL, p. 41.

⁴⁰ Y. AL TAMIMI, « Identity and Belonging at the European Court of Human Rights », *Workin paper* (2017) d'une intervention au forum *Identities and Identifications : Politicized Uses of Collective Identities (7th Edition)*, Lucca, 14-15 juin 2018, en ligne : <https://euroacademia.eu/presentation/identity-and-belonging-at-the-european-court-of-human-rights/> (consulté le 4 février 2019).

⁴¹ Y. AL TAMIMI, « Human Rights and the Excess of Identity: A Legal and Theoretical Inquiry into the Notion of Identity in Strasbourg Case Law », *Social & Legal Studies* 31 juill. 2017, p. 6.

⁴² *Ibid.*, p. 8.

⁴³ *Ibid.*, p. 9-10.

religieux auquel il s'identifie. De la même manière, l'identité de genre comprise comme le sentiment d'appartenance à un genre est une identité personnelle quand bien même elle est partagée par un très grand nombre d'individus. Ainsi, les différents niveaux de perception de l'identité – personnelle, de groupe ou de l'humanité – permettent de mieux appréhender les identités des individus et démontre la complexité de la notion. Ces distinctions servent donc principalement à simplifier la réalité afin de mieux l'appréhender, notamment en droit.

13. Les garanties juridiques, notamment en termes de protection par le droit des droits de l'homme, sont au cœur de la critique formulée à l'encontre de la Cour, mais également des débats relatifs à la montée des communautarismes sous l'influence de la reconnaissance progressive de droits pour les membres de ces groupes communautaires. Il est donc nécessaire d'analyser les réelles protections juridiques accordées à ces différentes identités.

b. La protection juridique des identités et l'émergence du principe d'autonomie personnelle

14. Les identités individuelle, de groupe ou universelle ne sont pas formellement protégées dans les textes par un « droit à l'identité » ou un « droit au respect de l'identité ». Elles font cependant effectivement l'objet de protections juridiques, dont les sources et les fondements sont différents. On peut notamment distinguer les garanties juridiques entourant la notion d'identité universelle, de celles relatives aux identités individuelle ou de groupe.

15. L'identité universelle fait l'objet de nombreuses protections tant en droit international qu'en droit français. Si le terme d'identité n'apparaît pas explicitement dans les textes, ses éléments sont protégés comme caractéristiques centrales de l'espèce humaine c'est-à-dire comme élément de définition de l'être humain le rendant unique et distinct des êtres non-humains (une forme d'*ipse* définissant l'espèce humaine)⁴⁴. Les critiques relatives à la montée

⁴⁴ V. par exemple : Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de La dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et La médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine n°164, 4 avril 1997. Ainsi, la Convention d'Oviedo fait référence à « la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine et reconnaissant l'importance d'assurer sa dignité » (Préambule, al. 10) ou encore protège le génome humain considéré comme un élément central de l'identité de l'espèce humaine : « une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une *modification dans le génome de la descendance* » (art. 13, nous soulignons). L'identité génétique des êtres humains est ainsi protégée et encadrée, le texte se préoccupant de la protection du patrimoine génétique transmis à la descendance. V. également dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies (ci-après « ONU ») : *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies n°53/152, 11 nov. 1997. La Déclaration dispose notamment que : « *le génome humain sous-tend*

des communautarismes, à une division des sociétés occidentales en divers groupes identitaires, et à l'exacerbation de l'individualisme ne renvoient pas à cette notion d'identité universelle ou d'identité de l'espèce humaine. Cette forme d'identité se concentre sur les caractéristiques rendant l'ensemble des êtres humains distincts de l'ensemble des êtres non-humains. C'est en cela qu'elle est *universelle* car elle uniformise l'espèce humaine, la rendant indivisible. Toutefois, les critiques relatives à la montée des communautarismes, à une division des sociétés occidentales en divers groupes identitaires, et à l'exacerbation de l'individualisme ne renvoient pas à cette notion d'identité universelle ou d'identité de l'espèce humaine. De ce fait, ce type d'identité doit être exclu de notre étude. Il n'en est pas de même pour les deux autres types d'identité, dont la protection juridique fait l'objet de plus vifs débats.

16. La protection des identités individuelle ou de groupe s'est quant à elle mise en place progressivement. Si les sources d'une telle protection sont d'une grande variété, elle émane toutefois d'une seule et même logique de droit au respect de la vie privée⁴⁵. Celui-ci fait l'objet de garanties en droit des droits de l'homme, tant à l'échelle internationale que régionale. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dispose que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes »⁴⁶. Une garantie identique est prévue par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴⁷. De la même manière, en Europe, l'article 8 de la Convention garantit formellement un « droit au respect de la vie

l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le *patrimoine de l'humanité* » (Préambule, nous soulignons). On retrouve la même logique de protection du génome humaine face à des expérimentations médicales aux articles 5, 10, 11 et 12 de la Déclaration, et l'impossibilité de la marchandiser à l'article 4. Le génome humain est ainsi érigé en caractère fondamental de l'identité de l'espèce humaine. V. également pour le droit français : Art. 16-4 C. civ., al. 1 (qui protège « l'intégrité de l'espèce humaine » contre différentes expérimentations médicales) ; art. 16 à 16-9 C. civ. (parmi les expérimentations prohibées, on peut citer l'interdiction de l'eugénisme et du clonage reproductif aux art. 16-4 C. civ., al. 2 et 3) ; art. 16-4 C. civ., al. 4 (interdisant de transformer les « caractères génétiques dans le but de modifier la descendance ») ; art. 214-1 à 215-3 C. pénal (punissant les « crimes contre l'espèce humaine » et notamment les crimes d'eugénisme et de clonage reproductif).

⁴⁵ J. MARSHALL, *Human Rights Law and Personal Identity*, *op. cit.* note 38, not. p. 33 : « *The last fifty to eighty years has seen an evolution of certain rights to personal identity, personal development, personality or publicity rights as property rights in our person. These rights are derived from a variety of sources, but largely emanate from rights to privacy or respect for one's private life* ».

⁴⁶ La Déclaration universelle des droits de l'homme, résolution n°217 A (III), 10 déc. 1948, <http://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>, art. 12.

⁴⁷ ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966, art. 17 : « (1) Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. (2) Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

privée et familiale » et protège les individus contre les immixtions non consenties de l'État dans leurs vies⁴⁸. Il est donc conceptualisé comme un droit défensif : il s'agit pour les individus de ne pas subir des mesures ayant des effets négatifs sur leur vie privée. Si certaines ingérences de l'État dans la vie privée des individus sont acceptées, elles ne le sont que parce qu'elles poursuivent un « but légitime » et sont « nécessaires dans une société démocratique ». Le droit au respect de la vie privée est donc interprété comme une liberté négative⁴⁹, liberté qui n'est pas absolue mais strictement encadrée. Elle protège la sphère privée des individus, par opposition à une sphère publique dans laquelle l'intervention de l'État est pensée comme un principe et non une exception.

17. De cette liberté négative permettant de défendre les individus contre des intrusions extérieures, la Cour a fait découler un droit d'obtenir la reconnaissance, dans la sphère sociale, de « choix »⁵⁰ faits dans la sphère privée. Ce nouveau droit s'exprime à travers la notion d'autonomie personnelle, apparue récemment en Europe – bien qu'existant dans d'autres ordres juridiques auparavant⁵¹ – et qui s'est progressivement construite dans la jurisprudence de la Cour au début des années 2000. La juridiction européenne a d'abord considéré que le droit au respect de la vie privée protégeait également le « droit d'opérer des choix concernant son propre corps »⁵² et « la faculté de chacun de mener sa vie comme il l'entend »⁵³, laquelle « peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature

⁴⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales 4.XI.1950, 4 novembre 1950, art. 8 : « (1) Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. (2) Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁴⁹ J. MARSHALL, *Human Rights Law and Personal Identity*, *op. cit.* note 38, p. 36.

⁵⁰ L'idée de « choix » ressort à la fois de la définition donnée par la Cour de l'autonomie personnelle et de la doctrine sur le sujet. Cette terminologie peut néanmoins faire l'objet de critiques, certaines identités considérées comme des « choix individuels » échappant en tout ou partie auxdits choix (par exemple : l'identité de genre ou l'identité des minorités sexuelles).

⁵¹ C. KAFKA, *L'autonomie personnelle : Étude des jurisprudences de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique et de la Cour Suprême du Canada*, Thèse de doctorat, Amiens, 2012, p. 39 : « L'autonomie personnelle apparaît en Europe relativement tard et elle peut être considérée comme une notion nouvelle dont les contours n'ont pas encore été précisés en raison d'un manque d'expérience au niveau jurisprudentiel. Toutefois, comme on a pu le voir, il ne s'agit guère d'une notion qui fait son apparition brusquement dans la jurisprudence européenne, mais elle entre au contraire dans le raisonnement du juge par le biais d'un dialogue avec les juridictions qui connaissent la notion depuis longtemps ». V. également pour une analyse du principe d'autonomie personnelle : H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

⁵² Cour EDH, 4ème Section, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, *Rec. CEDH 2002-III*, §66.

⁵³ *Ibid.*, §62.

physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse »⁵⁴. L'autonomie personnelle est en partie composée de la liberté personnelle⁵⁵, laquelle se décompose en deux dimensions, l'une négative comprise comme « le droit, pour son titulaire, de ne pas subir de contraintes excessives »⁵⁶, l'autre, positive, correspondant au fait de « garantir le respect de la personne dans sa singularité et rendre [la personnalité] opposable dans les relations sociales de celle-là »⁵⁷. Dans le cadre de l'autonomie personnelle, la liberté personnelle est donc celle de pouvoir disposer librement de sa personne et de ses attributs, c'est-à-dire de son corps, sans subir de contraintes extérieures excessives. À cette faculté de disposer de son corps, la Cour a ajouté un « droit au développement personnel » compris comme « le droit pour chacun d'établir les *détails de son identité d'être humain* »⁵⁸. L'autonomie personnelle poursuit alors un objectif d'épanouissement des individus : « L'article 8 de la Convention protège le *droit à l'épanouissement personnel*, que ce soit sous la forme du *développement personnel* (...) ou sous l'aspect de *l'autonomie personnelle* qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (...). Ce droit implique le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur »⁵⁹.

18. Par conséquent, cet élargissement du droit au respect de la vie privée est passé par la définition de la notion de « vie privée », concept central dans l'émergence en Europe du principe d'autonomie personnelle : « [comme] la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de "vie privée" est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (...). Elle peut parfois englober *des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu* (...). Des éléments tels que, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relève de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (...). Cette disposition *protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur* (...). Bien qu'il n'ait pas été établi dans aucune affaire antérieure

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ C. KAFKA, *L'autonomie personnelle : Étude des jurisprudences de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique et de la Cour Suprême du Canada*, op. cit. note 51, not. p. 120 et s.

⁵⁶ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, Manuels, 2002, p. 546.

⁵⁷ A. PENA-SOLER, « À la recherche de la liberté personnelle désespérément », *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1709-1721, p. 1695.

⁵⁸ Cour EDH (GC), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n°28957/95, *Rec. CEDH 2002-VI*, §90. Nous soulignons.

⁵⁹ Cour EDH, 1ère Section, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005, req. n°42758/98 et 45558/99, §83. Nous soulignons.

que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que *la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* »⁶⁰. La vie privée, dont le respect est protégé par l'article 8 de la Convention, est ainsi assimilée à la vie personnelle et intime des individus puisque sont protégés des aspects de la vie qui ont trait à la personne même, à la définition de sa personnalité, et à ses relations avec d'autres personnes⁶¹. La vie privée au sens de la Convention peut donc être rapprochée de la notion d'identité : les individus ont le droit de voir certaines de leurs caractéristiques particulières, spécifiques, originales et par suite distinctives, être protégées contre des immixtions extérieures (*l'ipse*) ; ils ont également le droit d'être protégés contre de telles ingérences dans leurs relations interpersonnelles, lesquelles peuvent se construire autour de traits communs partagés (*l'idem*). D'ailleurs, la Cour opère un glissement sémantique de la protection de la vie privée, intime, des individus à la protection de leur(s) identité(s), estimant que l'article 8 de la Convention « protège *un droit à l'identité* et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur [...]. À cet épanouissement contribuent *l'établissement des détails de son identité d'être humain* et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son *identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs* »⁶².

19. Surtout, l'élargissement du droit au respect de la vie privée comme englobant le principe d'autonomie personnelle transforme la logique même de ce droit. D'un droit défensif contre les ingérences étatiques injustifiées, on passe à un droit reconnaissant : il ne s'agit pas tant de protéger les individus dans leurs espaces et sphères privés contre des interventions étatiques que de leur donner la possibilité de se définir eux-mêmes et de pouvoir demander et obtenir la reconnaissance dans la sphère sociale et publique de supposés choix faits dans la sphère intime. L'objectif poursuivi n'est donc plus la défense des individus contre l'État mais plutôt la reconnaissance par l'État de l'individualité et de l'identité des individus. C'est cette mutation du droit et de ses usages qui fait l'objet des critiques les plus vives⁶³.

⁶⁰ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §61. Nous soulignons.

⁶¹ Cour EDH, 1ère Section, *Mikulić c. Croatie*, 7 février 2002, req. n°53176/99, *Rec. CEDH 2002-I*, §53 : « La Cour estime que la vie privée inclut l'intégrité physique et psychologique d'une personne et englobe quelquefois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu. Le respect de la « vie privée » doit aussi comprendre, dans une certaine mesure, *le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables* ». Nous soulignons.

⁶² Cour EDH (GC), *Odièvre c. France*, 13 février 2003, *op. cit.* note 17, §29. Nous soulignons.

⁶³ V. *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, §52 et s.

20. Une logique similaire s'observe en matière de droit de la non-discrimination, en perpétuelle évolution devant la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁴.

1.2. Discrimination, non-discrimination et principe de non-discrimination

21. Si les normes du droit des droits de l'homme en général, et la Convention européenne des droits de l'homme en particulier, ne connaissent pas directement la notion d'identité, il n'en est pas de même pour la notion de discrimination, ou plus précisément de la notion de non-discrimination. En effet, celle-ci est présente dans de nombreux textes de protection des droits de l'homme au sein de clauses d'interdiction de la discrimination⁶⁵. Il convient néanmoins de définir la discrimination – ou la non-discrimination – pour comprendre la place qu'occupent ces clauses dans le droit des droits de l'homme, et plus particulièrement en ce qui concerne le système conventionnel européen, le principe de non-discrimination issu de l'article 14 de la Convention.

22. Étymologiquement, la discrimination n'a pas nécessairement un sens négatif. Discriminer signifie alors distinguer, discerner deux objets⁶⁶, sans que l'un ou l'autre de ces deux objets ne soit pour autant considéré comme « lésé » par la distinction opérée. La notion de discrimination prend un sens péjoratif dans les sphères politiques et juridiques car si

⁶⁴ Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, req. n°5856/72, *Série A n°26*, §31.

⁶⁵ V. entre autres : ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, Résolution 217 (III) A, vol. Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948, art. 7 ; PIDCP, *op. cit.* note 47, art. 26 ; ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, Pacte international relatif aux droits économiques, Sociaux et Culturels, Résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1966, art. 2 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, art. 24 ; OUA, Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), 27 juin 1981, art. 2.

⁶⁶ « Discriminer », *Larousse dictionnaire français en ligne*, 2018, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/discriminer/25879> (consulté le 3 décembre 2018) : « v. t., latin *discriminare*, distinguer. Établir une différence entre des personnes ou des choses en se fondant sur des critères distinctifs. Syn. Discerner, distinguer, séparer ».

distinguer entre deux objets est le propre de la matière juridique⁶⁷, certaines distinctions vont être réputées illégitimes et être, par suite, interdites⁶⁸.

23. En droit, la discrimination est comprise comme une distinction *illégitime et arbitraire*, parce que non justifiée, entre les personnes dans la fixation ou l'exercice de droits⁶⁹, ou encore comme « la non-admission dans la jouissance de droits, de *distinctions arbitraires*, notamment fondées sur la race, le sexe, les opinions, la naissance, la religion, l'appartenance sociale, etc. »⁷⁰. Se pose alors la question de savoir ce qui permet de dire qu'une distinction est illégitime ou arbitraire. Recherchant une solution à cette interrogation, Danièle LOCHAK démontre que certaines distinctions sont frappées d'une illégitimité absolue « en fonction d'un jugement de valeur, d'un *a priori* d'ordre éthique : ainsi en va-t-il des distinctions *fondées sur* la race ou la couleur de peau »⁷¹. Lorsque la distinction ne concerne pas un fondement absolument illégitime, le caractère arbitraire peut être trouvé dans « le domaine dans lequel interviennent les différences de traitement »⁷². Dans ce cas, « [le] caractère illégitime de la différence de traitement ressort de la confrontation entre *le critère de la distinction opérée* et de l'objet sur lequel elle porte »⁷³. Enfin, lorsque des différences de traitement sont envisageables, « [entre] alors en jeu [...] la justification de la distinction opérée, son adéquation ou sa non-adéquation au but poursuivi »⁷⁴. L'illégitimité de la distinction repose donc sur les motifs de ladite

⁶⁷ Une des finalités du droit est effectivement l'ordonnancement social ou juridique. En ce sens, la distinction et la catégorisation ont une place prépondérante dans l'activité juridique. V. M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, vol. 1, pp. 53-68, p. 53 : « La distinction, dans un premier sens du terme, est conçue comme une action : action d'analyser, de séparer, selon les uns, instrument nécessaire de classification dont la maîtrise révèle une "qualité première du juriste" perçue comme un art, selon les autres ». V. également sur l'ordonnancement social : A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes : étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc Tome 30, 2011, p. 3 : « Traduction du monde sensible en langue juridique, le droit crée des catégories abstraites permettant d'organiser les relations entre les membres d'une société humaine par des règles communes à tous. Or ces catégories ne sont pas toujours l'exact reflet de la réalité ; seuls certains aspects factuels sont parfois retenus pour servir de base à leur création ».

⁶⁸ LOCHAK Danièle, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social* 1987, vol. 11, p. 778 : « C'est la distinction ou la différence de traitement illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, et interdite parce qu'illégitime ».

⁶⁹ On rejoint alors la définition donnée par John RAWLS : V. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Éd. du Seuil, Empreintes, 1987, trad. C. AUDARD : « Des institutions sont justes quand on ne fait aucune distinction arbitraire entre les personnes dans la fixation des droits et des devoirs de base, et quand les règles déterminent un équilibre adéquat entre les revendications concurrentes à l'égard des avantages de la vie sociale ».

⁷⁰ « Discrimination », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige Dicos poche, 8e édition mise à jour, 2007..

⁷¹ D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.* note 68, pp. 778-790, p. 779. Nous soulignons.

⁷² *Ibid.*, p. 780.

⁷³ *Ibid.* Nous soulignons.

⁷⁴ *Ibid.*

distinction, lesquels fondent l'interdiction⁷⁵. Plusieurs éléments doivent dès lors être réunis pour qu'une distinction juridique soit qualifiée de discrimination : la différence de traitement doit être fondée sur un critère réputé inacceptable (illégitime, arbitraire, injustifié) ; la distinction doit entraîner un effet discriminatoire pour un individu ou groupe d'individus (traitement défavorable, effet disproportionné) ; elle doit enfin être injustifiée. Il ne s'agit alors pas seulement de distinguer mais bien d'appliquer une différence de traitement injuste et injustifiée à une personne ou un groupe de personnes par rapports aux autres⁷⁶. Si le traitement défavorable et différencié est explicitement fondé sur un critère prohibé, on parlera alors de discrimination directe. Lorsqu'il est fondé sur un critère *a priori* neutre mais produit des effets disproportionnés sur un groupe de personnes, il s'agira alors d'une discrimination indirecte. La non-discrimination suppose, à l'inverse, qu'il est interdit de traiter différemment, sur le fondement de motifs illégitimes, des personnes placées dans des situations analogues. À cette première facette de la non-discrimination a été ajoutée une seconde facette selon laquelle la non-discrimination suppose également qu'il est interdit de traiter de manière identique, en fonction de motifs illégitimes, des personnes placées dans des situations différentes⁷⁷.

24. Certains éléments sont ainsi centraux dans la compréhension de ce qu'est une discrimination⁷⁸ et de la distinction entre une différence de traitement légitime et une discrimination. La différence de situation entre deux individus ou deux groupes d'individus apparaît ainsi comme le déclencheur du raisonnement antidiscriminatoire, au même titre que le champ d'application défini par les motifs illégitimes. Surtout, il est établi que l'injustice de la différence de traitement renvoie à l'idée d'inégalité⁷⁹. L'interdiction des discriminations poursuit donc des finalités égalitaires, de lutte contre les inégalités. Cela se constate dans la

⁷⁵ V. DOUMENG, citée par Xavier BIOY, in X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, Droit et justice, 2008, p. 51 : « [la discrimination] peut se définir comme une inégalité d'attribution et d'exercice de droits, plus précisément une distinction entre des personnes, placées dans des conditions ou des situations semblables, fondée sur un critère prohibé ou neutre, mais ayant un effet discriminatoire sur un groupe de personnes, et en l'absence de tout motif légitime ou d'une justification objective et raisonnable ». Nous soulignons.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 52.

⁷⁷ Sur ce point, le droit français est réticent à admettre cette dimension quand la Cour EDH l'admet depuis 2000 : Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, req. n°34369/97, *Rec. CEDH 2000-IV*. Pour une analyse précise de cette jurisprudence, V. *infra* §59 et s.

⁷⁸ Pour une analyse plus précise de la notion de non-discrimination, V. J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Thèse de doctorat, Université d'Angers, 12 décembre 2017.

⁷⁹ G. CALVES, « Entretien avec Gwénaële Calvès. Propos recueillis par Frédéric Dupin », *Le Philosophoire*, Association Le Lisible et l'illisible, 2012, vol. 37, n° 1, pp. 11-25. L'auteure en revanche estime que « L'objectif de la lutte contre les discriminations, qui surgit lui aussi au début des années 2000, assure la même fonction de dépolitisation de la question des inégalités [que la promotion de l'égalité des chances] » (p. 21).

conception donnée par la Cour européenne des droits de l'homme au principe de non-discrimination. Elle a construit au fil de sa jurisprudence ce principe en le rattachant à une définition classique comme violation de l'égalité formelle, comprise comme une égalité de traitement entre les individus⁸⁰. Cette conception suppose donc que le principe de non-discrimination impose l'indifférenciation juridique entre les individus, sauf à justifier de manière exceptionnelle d'une différenciation.

25. Au-delà de la question de la définition de la discrimination en droit, il est indispensable s'interroger sur la nature de la norme interdisant les discriminations. L'interdiction des discriminations dans la jouissance des droits garantis par certains traités et conventions internationaux ne constitue pas uniquement une simple clause de non-discrimination. En effet, et particulièrement dans le système international comme dans le système conventionnel des droits de l'homme, la clause d'interdiction des discriminations s'interprète en réalité comme un principe de non-discrimination⁸¹, lequel est « matriciel » de la protection internationale des droits fondamentaux⁸². Pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme, il s'agit même d'une norme de *jus cogens*⁸³. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de non-discrimination est un principe fondamental « qui [sous-tend] la Convention »⁸⁴. Il est prévu à l'article 14 de la Convention qui dispose :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine

⁸⁰ F. SUDRE, « Rapport introductif », in F. SUDRE, H. SURREL, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, Droit et justice, 2008, pp. 17-48, p. 33.

⁸¹ Pour la distinction entre règle et principe, V. R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, Léviathan, 1995. Pour DWORKIN, les principes sont l'ensemble des arguments permettant de justifier une interprétation de la règle de droit. V. notamment sur une explication de la métaphore d'Hercule et du roman à la chaîne, T. ACAR, « La théorie du droit de Ronald Dworkin : une théorie pédagogique à l'égard des juges », *Pédagogie et droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2014, pp. 167-180 : « il faut imaginer un juge idéal, Hercule, qui au-delà des règles écrites d'un système juridique, peut déterminer des principes, des standards qui se dégagent implicitement des textes en vigueur et qui peuvent l'emporter sur les règles écrites ». Appliqué au principe de non-discrimination et à sa distinction avec une clause d'interdiction des discriminations, cela signifie que le principe, plus vaste que la seule clause de non-discrimination inscrite dans la Convention, correspond à l'ensemble des arguments qui servent de justification aux interprétations de ladite clause par la Cour. Par ailleurs, ce principe est dit « matriciel » car il innerve l'ensemble du droit des droits de l'homme.

⁸² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, Droit fondamental Classiques, 15e édition mise à jour, 2021, p. 417.

⁸³ Cour IADH, *Situation juridique et droits des travailleurs migrants sans-papier*, 17 septembre 2003, Avis consultatif OC-18/03.

⁸⁴ Cour EDH, 3ème Section, *Străin et autres c. Roumanie*, 21 juillet 2005, req. n°57001/00, *Rec. CEDH 2005-VII*, §59 : « compte tenu de l'atteinte portée par cette privation aux principes fondamentaux de non-discrimination et de primauté du droit qui sous-tendent la Convention [...] ».

nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »⁸⁵.

26. La spécificité du principe de non-discrimination conventionnel s'explique par le fait qu'il s'applique aux droits garantis par la Convention. En d'autres termes, la dépendance du principe de non-discrimination à l'égard des autres droits de la Convention lui confère une valeur particulière de « principe fondamental » ou de « principe matriciel » puisque son champ d'application est alors circonscrit à l'application de l'ensemble des droits fondamentaux garantis non seulement par la Convention, mais également aux droits que les États ont entendu protéger dans leur droit interne de manière plus ample que ce que prévoit la Convention⁸⁶.

27. L'utilisation du principe de non-discrimination fait aujourd'hui l'objet de critiques multiples relatives à l'extension de son champ d'application⁸⁷. Un présupposé semble émerger selon lequel, au regard des évolutions récentes du droit de la non-discrimination, celui-ci tendrait à la reconnaissance en droit des différences de fait – situationnelle ou identitaire – notamment par le biais de mécanismes de discrimination dite positive⁸⁸. Cela suppose un rapport d'opposition entre le principe de non-discrimination (ou le principe d'égalité) et l'appréhension en droit des différences de fait. Autrement dit, les critiques soulèvent une opposition entre l'acceptation des différences de fait pour fonder des différenciations juridiques et une lecture traditionnelle du principe de non-discrimination compris comme une égalité de traitement entre individus. La mutation de l'objectif égalitaire poursuivi par le principe de non-discrimination est donc au centre des interrogations et critiques actuelles : si le principe de non-discrimination poursuit un objectif égalitaire plus seulement compris comme égalité formelle mais également comme égalité substantielle, réelle, concrète ou *de facto*, selon les conceptions, n'y a-t-il pas alors une remise en cause de l'universalisme dans la conception même du principe de non-discrimination ? Il y a donc une suspicion d'illégitimité de la différence de traitement

⁸⁵ Art. 14, Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.* note 48.

⁸⁶ Ce fut le cas dans l'arrêt de Grande Chambre *Stec et autres contre Royaume-Uni*, puisque la Convention ne garantit pas formellement le droit à une allocation pour diminution de la rémunération en cas d'accident de travail, ni le droit à une allocation de retraite. En revanche, le droit britannique garantissant l'accès à de tels dispositifs, l'État se devait de garantir l'accès sans discrimination fondée sur l'âge, sauf à justifier la différence de traitement. V. Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, req. n° 65731/01 et 65900/01, *Rec. CEDH 2006-VI*.

⁸⁷ B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *op. cit.* note 11, pp. 1946-1953 Pour une approche plus descriptive de l'extension du champ d'application de l'article 14 de la Convention, V. F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, Thémis Droit, 7e édition mise à jour, 2015, p. 103.

⁸⁸ V. par exemple A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, avril 2004, n° 114, pp. 166-177.

juridique si celle-ci repose sur des différences de fait, d'autant plus si ces différences de fait renvoient à des caractéristiques « identitaires ». Il convient dès lors d'analyser les rapports qui relient les notions d'identité et de (non) discrimination en droit, notamment dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

1.3. Lier identité et non-discrimination

28. Les notions d'identité et de non-discrimination entretiennent des rapports qu'il est nécessaire de mettre en évidence. Historiquement, l'usage de caractéristiques identitaires à des fins discriminatoires est au fondement de l'interdiction constitutionnelle et internationale des discriminations (a). L'identification des individus se trouve donc au cœur de l'émergence de clauses d'interdiction des discriminations. Il ne s'agit toutefois pas du seul rapport entretenu par ces deux notions : l'identité et la non-discrimination partagent également un lien stratégique. L'usage de ces deux notions en droit poursuit en effet, selon certains auteurs, un même objectif de reconnaissance, lequel transformerait la compréhension et la conception actuelle du droit des droits de l'homme (b).

a. Un lien historique : l'identification comme fondement de la discrimination

29. À la lecture des critères de distinction habituellement prohibés en droit de la non-discrimination, le lien entre interdiction de la discrimination et caractéristiques relatives à l'identité des individus semble évident. En effet, la race, le sexe, l'origine ethnique, l'appartenance à une minorité religieuse ou à une minorité nationale sont autant de caractéristiques des identités de groupes ou des identités individuelles considérées comme étant illégitimes pour fonder une distinction juridique entre les individus. Cela s'explique historiquement par le contexte d'émergence de clauses de non-discrimination, tant en droit français qu'en droit international, au cours du XX^{ème} siècle.

30. En effet, si le droit de la non-discrimination a pris une telle importance dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, cela s'est fait en réaction aux législations européennes opérant des distinctions suite à des « marquages identitaires »⁸⁹, c'est-à-dire au fait pour certaines

⁸⁹ J.-C. KAUFMANN, *L'invention de soi, op. cit.* note 24, not. p. 21 en référence au « carnet anthropométrique d'identité » rendu obligatoire par la loi du 16 juillet 1912, art. 3 et 4. : « L'idée d'un marquage identitaire indélébile avait fait un pas décisif ».

législations de prévoir une identification poussée de certaines catégories de population, laquelle a pu servir d'appui à des différences de traitement arbitraires.

31. De nombreuses catégories de population ont fait l'objet de telles identifications et de telles distinctions, lesquelles seraient aujourd'hui probablement qualifiées de discriminatoires. Aux États-Unis, les lois « Jim Crow », apparues après la guerre de Sécession dans les États du Sud, établissaient des distinctions raciales dans les services publics (hôpitaux, transports, établissements scolaires, justice, etc.) et entravaient l'exercice des droits constitutionnels des Noirs. En France, les populations autochtones dans les colonies étaient distinguées des citoyens français. La loi du 28 juin 1881 conférait au pouvoir administratif local un droit de répression disciplinaire⁹⁰. Cette loi, baptisée « code de l'indigénat », soumettait les populations autochtones – et uniquement elles – à différentes mesures répressives : travaux forcés, restrictions à la liberté d'expression, restrictions à la liberté de circulation notamment la nuit, etc. Alors qu'elle devait être temporaire et s'appliquer pendant 7 ans en Algérie, cette législation a été généralisée dans l'ensemble des colonies françaises dès 1887. Le statut des indigènes, dénommés « sujets français » et distincts des citoyens jouissant de l'intégralité de leurs droits civils et politiques, a perduré jusqu'en 1946. Il en a été de même des populations nomades, lesquelles ont fait les premières l'objet de législations et réglementations prévoyant le relevé systématique de caractéristiques physiques afin de réglementer leur circulation sur le territoire. La loi du 16 juillet 1912 sur l'exercice des professions ambulantes et la réglementation de la circulation des nomades ainsi que le décret d'application du 16 février 1913 prévoyaient la création d'un « carnet anthropométrique d'identité »⁹¹ lequel devait mentionner⁹² : les noms et prénoms, les surnoms du porteur du carnet, l'indication du pays d'origine, la date et le lieu de naissance, mais également la hauteur de la taille, la hauteur du buste, l'envergure de la personne,

⁹⁰ Art. 1, Loi conférant aux administrateurs des communes mixtes en territoire civil la répression, par voie disciplinaire, des infractions spéciales à l'indigénat, 28 juin 1881.

⁹¹ Art. 3 al. 1, Loi sur l'exercice des professions ambulantes et la réglementation de la circulation des nomades, 16 juillet 1912 : « Sont réputés nomades pour l'application de la présente loi, quelle que soit leur nationalité, tous individus circulant en France, sans domicile ni résidence fixes et ne rentrant dans aucune des catégories ci-dessus spécifiées, mêmes s'ils ont des ressources ou prétendent exercer une profession. *Ces nomades devront être munis d'un carnet anthropométrique d'identité* ». Nous soulignons.

⁹² Art. 8 al. 1 et 2, Décret du 16 février 1913 portant réglementation publique pour l'exécution de la loi du 16 juillet 1912 sur l'exercice des professions ambulantes et la réglementation de la circulation des nomades : « Le carnet anthropométrique porte les nom et prénoms, ainsi que les surnoms sous lesquels le nomade est connu, l'indication du pays d'origine, la date et le lieu de naissance, ainsi que toutes les mentions de nature à établir l'identité. Il doit, en outre, recevoir le signalement anthropométrique qui indique notamment la hauteur de la taille, celle du buste, l'envergure, la longueur et la largeur de la tête, le diamètre bizygomatique, la longueur de l'oreille droite, la longueur des doigts médiums et auriculaires gauches, celle de la coudée gauche, celle du pied gauche, la couleur des yeux : des cases sont réservées pour les empreintes digitales et pour les deux photographies (profil et face) du porteur du carnet ».

la longueur et la largeur de la tête, le diamètre bizygomatique, la longueur de l'oreille droite, la longueur de certains doigts et du pied gauche, la couleur des yeux, les empreintes digitales et deux photographies d'identité. La description physique et anthropométrique était réalisée sur des carnets d'identité individuels mais également collectifs⁹³. État ici en cause l'identification par l'État des individus circulant sur son territoire, laquelle peut être différente de celle applicable aux individus résidant sur le territoire. L'identification différenciée par l'État de catégories de population a pris par la suite une ampleur inédite sous le régime de Vichy. Les lois du 3 octobre et du 27 octobre 1940⁹⁴ prévoyaient ainsi une distinction des cartes d'identité : une carte d'identité spéciale portant la mention « Juif » était prévue par la première législation, tandis que la seconde prévoyait la « carte d'identité de Français ». Cette distinction dans l'identification administrative des individus a servi de point d'appui aux mesures discriminatoires à l'encontre des Juifs français sous le régime de Vichy. Les emprisonnements et l'extermination de catégories entières de la population sur le fondement de la race, des opinions politiques ou de l'orientation sexuelle pendant la Seconde Guerre mondiale, en France comme dans les pays d'Europe centrale et d'Europe de l'Est, sont un fondement idéologique indéniable à l'émergence, au sortir de la guerre, de conventions et traités internationaux de protection des droits fondamentaux, lesquels condamnent tous sans exception les discriminations : la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁹⁵, la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme de 1950⁹⁶, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966⁹⁷.

32. Ainsi, ce n'est pas tant « l'identité » comprise comme la réponse à la question existentielle du « Qui suis-je ? » que le processus d'identification par l'État de ses administrés qui peut être source de potentielles discriminations : la catégorisation des individus par l'État – processus hautement simplificateur⁹⁸ de la « réelle » identité des individus – peut servir d'appui à des politiques ou mesures discriminatoires. C'est en ce sens que l'on peut comprendre l'émergence de clauses d'interdiction des discriminations sur des éléments de l'identité des individus. On peut ainsi affirmer, avec Xavier BIOY, que la question de la définition du caractère

⁹³ Art. 4, Loi sur l'exercice des professions ambulantes et la réglementation de la circulation des nomades, *précitée* ; Art. 9, Décret du 16 février 1913, *précité*.

⁹⁴ V. Loi du 3 octobre 1940 portant statut des Juifs, JORF du 18 octobre 1940, p. 5323 ; Loi du 27 octobre 1940 instituant la carte d'identité de Français, JORF du 20 novembre 1940, p. 5740.

⁹⁵ ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, Résolution 217 (III) A, *op. cit.* note 65, art. 2.

⁹⁶ Art. 14, Convention EDH, *op. cit.* note 48.

⁹⁷ ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, Résolution 2200 A (XXI), *op. cit.* note 47, art. 4.

⁹⁸ J.-C. KAUFMANN, *L'invention de soi*, *op. cit.* note 24, p. 22.

illégitime des critères de discrimination recoupe celle de l'identité individuelle définie précédemment : « [la] question des critères illégitimes recoupe en définitive celle de l'identité de la personne. La non-discrimination implique de rester indifférent à l'identité de la personne. À ce sujet, les auteurs varient dans leur terminologie pour évoquer des "critères intrinsèques ou extrinsèques", "objectifs ou subjectifs". Mais, dans un contexte d'individualisme libéral ces formulations paraissent dénuées d'intérêt. L'identité est aujourd'hui quelque chose qui se revendique ou se cache au gré des souhaits individuels, elle est aussi quelque chose dont on hérite et qui en même temps se constitue. L'identité n'est pas affaire d'objectivité ou d'intrinsèque »⁹⁹.

33. Il convient néanmoins de distinguer l'identité, c'est-à-dire les différents éléments « qui font de telle personne un sujet unique »¹⁰⁰, et l'identification par l'État des individus afin de les « désigner en tant que sujet »¹⁰¹. L'identification est en effet nécessaire au fonctionnement de l'État, tandis que l'identité renvoie à la substance des individus¹⁰². Tandis que l'identification est supposée indisponible aux personnes, l'identité peut se revendiquer¹⁰³. La question qui se pose n'est donc pas tant celle des problèmes de discrimination soulevés par l'identification par l'État des individus, que celle de l'utilisation du droit de la non-discrimination comme appui juridique à ces revendications. En d'autres termes, se pose la question de la place donnée dans le contentieux de la non-discrimination au droit pour les individus « d'imposer à l'État la prise en compte d'une modification pertinente »¹⁰⁴ de l'état civil pour que celui-ci corresponde à leur vécu. Si l'identification permet d'éclairer l'émergence historique des clauses d'interdiction des discriminations, elle n'est donc plus au cœur du débat sur les liens entretenus entre l'interdiction des discriminations et les identités des individus.

⁹⁹ X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.* note 75, p. 61.

¹⁰⁰ E. MILLARD, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », *Mélanges en l'honneur du doyen P. Blanc*, Perpignan, Toulouse, Presses Universitaires de Perpignan et Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 723.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*, p. 728 : « La logique de l'identification doit être clairement séparée de la logique de constitution de l'identité : elles ne s'opposent pas, mais elles visent simplement deux choses parfaitement distinctes, que l'on a pu confondre sous le vocable « identifier ». Identifier par l'identification, c'est maîtriser les données relatives à l'identité, quelles qu'elles soient [...]. C'est donc essentiellement une question de formalités (et c'est l'état civil). Identifier par la constitution de l'identité, c'est dire quelles (sic.) est le contenu de ces données. C'est donc naturellement une question substantielle (et c'est l'état des personnes) ».

¹⁰³ X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.* note 75, p. 61.

¹⁰⁴ E. MILLARD, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », *op. cit.* note 99, p. 723, not. p. 727.

b. Un lien stratégique : l'usage reconnaissant des principes d'autonomie personnelle et de non-discrimination au fondement d'une remise en cause de l'universalisme des droits de l'homme

34. Les critiques actuelles ne renvoient pas tant à la place de l'identité comme identification dans le principe de non-discrimination qu'à un certain usage à des visées « identitaires » ou de « revendications » du principe de non-discrimination. Or, l'usage concomitant de problématiques de non-discrimination et de problématiques dites « identitaires » met en lumière la confrontation entre un usage reconnaissant du principe de non-discrimination, et plus largement du droit des droits de l'homme, et d'une conception universaliste de ces droits. On entend alors par « usage reconnaissant » l'idée selon laquelle les droits de l'homme, et plus particulièrement le principe de non-discrimination, serait utilisé par les individus pour faire reconnaître en droit des différences identitaires spécifiques, que cette reconnaissance soit ponctuelle ou qu'elle se matérialise par l'octroi de droits spécifiques.

35. Selon la conception universaliste, les droits de l'homme s'adresseraient à tous les hommes, à tous les citoyens¹⁰⁵. C'est cette universalité des droits qui justifie l'interdiction de certaines distinctions qualifiées de discriminatoires. Pour Louis FAVOREU et ses co-auteurs, il convient ainsi de distinguer entre deux formes de restrictions aux droits fondamentaux : les « discriminations primaires » d'une part et les « discriminations secondaires » d'autre part. Pour ces derniers, « [l]'on parlera d'absence de "discrimination primaire" si le seul critère d'appartenance à l'ensemble des bénéficiaires consiste dans le fait d'appartenir, en tant qu'individu, au genre humain. On qualifiera de "discriminations secondaires" les différences introduites entre les éléments de cet ensemble à partir de critères qui ne tiennent pas à des discriminations primaires, c'est-à-dire qui ne sont pas fondés sur des propriétés naturelles, dont la modification est objectivement hors de portée des intéressés »¹⁰⁶. Il n'y a ainsi de droits fondamentaux protégés que s'ils s'adressent à l'universalité des êtres humains et les distinctions primaires entre individus ne peuvent être tolérées que sous certaines conditions et à titre exceptionnel. Ainsi, « [une] distinction entre personnes selon la couleur de leur peau, leur lignage ou leur sexe constitue une discrimination primaire ; une distinction en raison de l'obtention d'un diplôme, d'une qualification professionnelle ou du fait d'être propriétaire de

¹⁰⁵ L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Précis, 7e édition, 2016, p. 93.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 93-94.

certaines biens constitue une discrimination secondaire »¹⁰⁷. Si les distinctions primaires doivent être combattues en application du principe de non-discrimination, les distinctions secondaires peuvent être plus facilement justifiées, car elles ne reposent pas sur des critères immuables ou hors de portée des individus. Une telle conception du système juridique des droits fondamentaux sert d'appui à certaines critiques de l'évolution récente du droit des droits de l'homme. Ainsi, pour Xavier BIOY, « [puisqu]'en matière de droits fondamentaux la liberté et l'autonomie priment aujourd'hui sur bien d'autres considérations, on doit garder à l'esprit que l'individu peut revendiquer son identité et en disposer dans une large mesure, y compris le sexe. On a le sentiment que le noyau dur des critères illégitimes renvoie aux éléments indisponibles : l'appartenance physique à un supposé groupe, l'âge, le sexe (bien que ce dernier puisse évoluer lui aussi). D'autres éléments font l'objet d'un choix personnel »¹⁰⁸. De même, pour Anne-Marie LE POURHIET, « il y a en premier lieu, une catégorisation à faire entre les différences non choisies, échappant à la libre détermination de chacun, et celles qui résultent de choix (ou de non-choix) sur lesquels l'individu a un minimum de prise »¹⁰⁹. L'idée d'une distinction entre des éléments indisponibles à l'individu et des éléments relatifs à des choix personnels des individus se retrouve également dans la critique portée par Muriel FABRE-MAGNAN du principe d'autonomie personnelle¹¹⁰. Pour l'ensemble de ces auteurs¹¹¹, les discriminations secondaires reposant sur des choix personnels et leur mutabilité justifie une plus grande souplesse dans l'application du principe de non-discrimination. Se pose alors la question du classement des motifs de discrimination selon leur immutabilité ou selon la propension des individus à opérer des choix dans ces domaines. Est critiquée la reconnaissance par le droit de la non-discrimination de différences de fait reposant sur des choix supposés, sur l'autonomie de l'individu, et donc *in fine* sur une identité choisie.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 94.

¹⁰⁸ X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.* note 75, p. 62.

¹⁰⁹ LE POURHIET Anne-Marie, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat* avr. 2001, n° 114, p. 166.

¹¹⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *op. cit.* note 23, p. 31.

¹¹¹ V. également : G. CALVES, « Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques », *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe, Paris, Société de législation comparée*, Paris, Société de législation comparée, 2011, pp. 9-23, p. 11. L'auteure soutient « que le critère de la "religion" se prête assez mal – en tous cas moins bien que d'autres – à une mise en œuvre du principe de non-discrimination, principe dont la portée est au demeurant limitée par le fait qu'il doit composer avec les exigences de son principe jumeau, la liberté de religion ». Elle estime notamment qu'il résulte de l'application du droit de la non-discrimination en matière de discriminations religieuses « qu'on finit par figer et présenter comme *subi*, un critère dont la spécificité est au contraire de renvoyer à l'exercice d'une liberté (de croire, de ne pas croire, de cesser de croire, de changer de croyance...) » (p. 14).

36. Le droit de la non-discrimination fait ainsi l'objet de critiques liées à un supposé usage moderne par les titulaires des droits fondamentaux, lequel se fonderait sur une logique de « revendications » de droits permettant la reconnaissance dans la sphère juridique de choix opérés dans la sphère sociale. Ainsi, il s'agit pour ces auteurs de critiquer la reconnaissance de « revendications identitaires » qui proliféreraient dans les sociétés européennes, reconnaissance qui prendrait notamment forme au travers de décisions juridictionnelles relatives au droit des droits de l'homme en général, et au droit de la non-discrimination en particulier. Les « revendications identitaires » montrées du doigt sont ici comprises comme une expression des identités collectives dans le débat public ou dans des stratégies politiques ou juridiques¹¹². Pour Nancy FRASER, il s'agit de revendications qui visent à « [insister] sur le respect des différences personnelles et collectives qui marquent les individus dans leurs rapports aux autres »¹¹³. En ce sens, des groupes d'individus, qui peuvent parfois être qualifiés de « communautaires » dans le débat public¹¹⁴, expriment leurs identités propres en vue « de faire accepter leur différence pleinement et sans compromis »¹¹⁵. On constate alors un lien entre identité et non-discrimination non pas tant car l'un des fondements des critères d'interdiction de la discrimination serait la protection des identités, mais car ces deux notions rendent compte d'une même dynamique. Ainsi, tant le principe de non-discrimination que la notion d'identité – au travers de l'autonomie personnelle – seraient traversés par une logique de reconnaissance¹¹⁶. C'est donc le passage de droits fondamentaux défensifs, ou protecteurs, à des droits fondamentaux reconnaissifs qui est décrié, notamment car cette nouvelle conception du droit des droits fondamentaux entrerait en contradiction avec l'universalisme des droits de l'homme¹¹⁷.

¹¹² Cette définition serait confirmée par des écrits en sciences sociales qui prennent les terminologies « revendications identitaires » et « expressions identitaires » comme étant synonymes. V. par exemple : M. ORIOL, « L'ordre des identités », *Revue européenne des migrations internationales*, 1985, vol. 1, n° 2, pp. 171-185.

¹¹³ N. FRASER, « Penser la justice sociale : entre redistribution et revendications identitaires », *Politique et sociétés*, 1998, vol. 17, n° 3, pp. 9-36.

¹¹⁴ V. par exemple : Rapport d'information n°698 (2009-2010) de Mme Christiane HUMMEL, fait au nom de la Délégation aux droits des femmes, déposé le 8 septembre 2010, *op. cit.* note 4.

¹¹⁵ N. FRASER, « Penser la justice sociale : entre redistribution et revendications identitaires », *op. cit.* note 112, pp. 9-36.

¹¹⁶ V. S. NOUR, « La reconnaissance : le droit face à l'identité personnelle », *Droit et société*, 4 octobre 2011, n° 78, pp. 355-368 ; C. LAZZERI, « Identité et appartenance sociale », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 1 décembre 2013, n° 13, pp. 73-102, DOI:10.4000/traces.5705 ; C. LAZZERI, A. CAILLE, « La reconnaissance aujourd'hui. Enjeux théoriques, éthiques et politiques du concept », *Revue du MAUSS*, 2004, vol. 23, n° 1, pp. 88-115 ; A. HONNETH, « La théorie de la reconnaissance : une esquisse », *Revue du MAUSS*, 2004, vol. 23, n° 1, pp. 133-136.

¹¹⁷ Ainsi, pour Anne-Marie LE POURHIET, les sociétés post-modernes actuelles favorisent le fait « de transformer *a priori* en "droit" n'importe quelle revendication, aspiration, envie ou pulsion, de telle sorte que son éventuelle contestation soit par avance interdite ou condamnée par le politiquement correct mué en juridiquement correct. Il fut une époque où, avant de consacrer un droit, on se donnait la peine de mûrement réfléchir à l'opportunité de satisfaire telle ou telle revendication particulière ». V. A.-M. LE POURHIET, « Droit à la différence et revendication

Est notamment dénoncée dans la logique cognitive du droit de disposer de soi et du droit à ne pas être discriminé, la souveraineté que l'individu exerce ou veut pouvoir exercer sur sa propre personne, laquelle entrerait en concurrence avec la souveraineté des États¹¹⁸. La logique cognitive entrerait donc en contradiction avec la logique universaliste des droits fondamentaux car elle participerait à l'application différencialiste¹¹⁹ du droit et *in fine* à une fragmentation de la société¹²⁰, à la « ghettoïsation »¹²¹ des groupes et communautés culturelles.

2. Méthodologie de la recherche : la confrontation de la critique de la Cour à la jurisprudence relative à l'article 14

37. Il s'agit dans le cadre du présent travail de confronter les critiques à l'encontre de la Cour à la jurisprudence relative à l'article 14, afin d'interroger leur correspondance ou non au droit positif. Ces dernières tant en matière de participation du droit des droits de l'homme à la montée des communautarismes qu'en matière d'utilisation identitaire, cognitive et individualiste du droit sont en effet particulièrement vives à l'encontre de la Cour EDH. Elle est notamment critiquée car elle ferait de plus en plus de place au « vécu » personnel des requérants dans son traitement jurisprudentiel des requêtes qui sont portées devant elle. Ainsi, pour Xavier BIOY, la question est de « savoir qui relaie le "vécu" de ceux qui arguent de discrimination à leur égard. Le juge arrive en première ligne, notamment pour dénoncer les préjugés de la majorité dans le domaine des choix sexuels. La formulation retenue par la Cour européenne dans l'arrêt *Thlimmenos contre Grèce* en atteste clairement, ne pas discriminer est discriminatoire, pour ne pas violer la non-discrimination il devient nécessaire de discriminer »¹²². En d'autres termes, la Cour participerait à une application différencialiste du

égalitaire : les paradoxes du postmodernisme », *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 251-261.

¹¹⁸ B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138, not. pp. 132-133 : « Cette nouvelle conception d'un sujet qui n'a de compte à rendre à personne puisqu'il est auto-fondé, et qui est par conséquent *son propre législateur*, lui permet de transgresser toutes les lois ». Nous soulignons.

¹¹⁹ Sur l'emploi du terme « différencialiste », et non du terme « différentialiste », nous renvoyons à la thèse d'Olivia BUI-XUAN : O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Corpus Essais, 2004, p. 5 : « "Différencialisme" est employé ici à dessein plutôt que "différentialisme", lequel désigne souvent une doctrine à connotation naturaliste ou essentialiste : ainsi Emmanuel TODD qualifie de "différentialiste" le groupe humain qui "revendique une essence unique, inimitable et manifeste son hostilité aux idées mêmes d'équivalence des hommes et de fusion des peuples". Cette orthographe permet d'éviter toute confusion avec le "racisme différentialiste" de Pierre-André TAGUIEFF : le différencialisme ne renvoie à aucun courant de pensée ou doctrine, mais suppose la simple prise en considération des différences de fait ».

¹²⁰ L. BOUVET, *Le communautarisme*, *op. cit.* note 8, p. 7.

¹²¹ SCHLESINGER A. M., *L'Amérique balkanisée, une société multiculturelle désunie*, trad. H. BERNARD, Paris : Economica, 1999, 171 p.

¹²² X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.* note 75, p. 69. V. pour la jurisprudence citée par l'auteur : Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77.

droit, laquelle prend appui sur la logique cognitive qui innoverait aujourd'hui tant l'application du principe de non-discrimination que celle du principe d'autonomie personnelle. La jurisprudence *Thlimmenos* est notamment suspectée d'avoir servi de fondement à cet usage cognitif du principe de non-discrimination à des visées identitaires. En effet, la Cour ayant estimé que l'article 14 est également violé lorsqu'un État ne traite pas différemment des personnes placées dans des situations différentes, cette jurisprudence servirait d'appui à des revendications identitaires ou différentialistes. Le droit de la non-discrimination est ainsi présenté comme un « droit individuel à dimension collective »¹²³ c'est-à-dire un domaine juridique dans lequel ressurgit de manière particulière la « problématique droit du groupe / droit de l'individu »¹²⁴. En effet, « le principe général de non-discrimination [...] assure une garantie d'uniformité de traitement de tous les individus et permet aux personnes appartenant aux minorités de jouir, sur un strict pied d'égalité, des mêmes droits que les autres citoyens »¹²⁵, ce qui relève d'une logique d'universalisation des garanties et protections. Parallèlement, il assure « l'octroi aux membres des minorités de droits spéciaux, leur permettant de bénéficier d'un traitement préférentiel »¹²⁶, ce qui relève de la logique cognitive du droit de la non-discrimination décrite comme menant à une différenciation juridique et par suite à une inégalité.

38. Surtout, ce type de raisonnement serait une preuve supplémentaire que la Cour européenne des droits de l'homme représente un élément d'extranéité. Pour certains auteurs, le développement du pouvoir du juge, et notamment du juge supranational des droits de l'homme, serait par nature anti-démocratique¹²⁷, car la Cour s'inscrirait dans une logique concurrente de celle du pouvoir politique, en termes de mise en œuvre de la séparation des pouvoirs¹²⁸. Est alors critiqué le pouvoir normatif de la Cour qui a largement étendu le champ d'application de la Convention. Cela est dû, d'une part, à l'interprétation de la Convention « à la lumière des

¹²³ SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12e édition mise à jour, 2015, Paris, PUF, coll. Droit fondamental Classiques, p. 96 ; MARGUENAUD Jean-Pierre, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », in *Le droit à la différence*, 2002, Aix-en-Provence, Presses Universitaires de France, p. 207.

¹²⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.* note 82 p. 97.

¹²⁵ J.-P. MARGUENAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », *op. cit.* note 122, pp. 205-221, p. 211.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *op. cit.* note 11, pp. 1946-1953.

¹²⁸ B. MATHIEU, *Justice et politique : la déchirure ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, Forum, 2015, not. p. 16 et p. 22-23.

conditions d'aujourd'hui »¹²⁹ ayant pour conséquence de « transformer la Convention »¹³⁰, et, d'autre part, à la reconnaissance de droits non-inscrits dans le texte de la Convention, à l'image du développement du principe d'autonomie personnelle à partir du droit au respect de la vie privée et familiale ou encore du développement d'un droit des minorités à partir des articles 14 et 8 de la Convention. En prenant une autonomie vis-à-vis de la lettre de la Convention, la Cour participerait à subvertir les droits de l'homme¹³¹, lesquels sont supposés correctement interprétés par les acteurs nationaux (législateurs et tribunaux). La concurrence entre l'échelon national et le droit conventionnel tel qu'interprété par la juridiction strasbourgeoise est particulièrement bien illustrée par l'idée selon laquelle « la Cour européenne des droits de l'homme [...] peut donc involontairement éveiller chez certains militants tenaces l'espoir d'un accueil favorable à des revendications violemment étouffées par les autorités étatiques et pudiquement ignorées par la communauté internationale »¹³².

39. Concentrer l'analyse sur le contentieux de la Cour européenne des droits de l'homme se justifie donc à ces deux égards : d'une part, les interprétations des droits garantis par la Convention sont suspectées d'entrer en concurrence avec l'interprétation universaliste et nationale des droits de l'homme ; d'autre part, le principe de non-discrimination tel qu'interprété par la Cour est en particulier un terrain propice à cette démarche cognitive. Analyser le principe de non-discrimination garanti à l'article 14 de la Convention comme le vecteur de la reconnaissance des « revendications identitaires » suppose alors de déterminer si la Cour fait droit à une application différencialiste du principe de non-discrimination, laquelle participerait à une remise en cause plus globale de l'universalisme des droits de l'homme protégés par la Convention. Les critiques tant doctrinales que politiques doivent donc être prises au sérieux car elles soulèvent finalement la question de la participation de la Cour à un glissement plus global qui s'observerait dans la société et que le droit viendrait – potentiellement – accentuer, à savoir celui d'un repli identitaire et communautaire remettant en cause l'universalisme juridique. Il convient alors de confronter ces critiques au contentieux de la Cour.

¹²⁹ Cour EDH [plén.], *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n°6833/74, *Série A n°31*.

¹³⁰ B. MATHIEU, *Justice et politique*, *op. cit.* note 127, p. 27.

¹³¹ B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *op. cit.* note 20, pp. 107-134, p. 113.

¹³² J.-P. MARGUENAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », *op. cit.* note 122, pp. 205-221, p. 205.

40. Pour ce faire, il a été entrepris de construire une base jurisprudentielle afin de mener cette confrontation, en sélectionnant les arrêts rendus par la Cour en matière d'application du principe de non-discrimination. Selon la base de jurisprudence de la Cour¹³³, la juridiction strasbourgeoise a rendu 910 arrêts et décisions en matière d'application de l'article 14 entre le premier arrêt rendu en la matière en 1968¹³⁴ et le 31 décembre 2021. Au sein de ces arrêts et décisions, ont été écartés les arrêts dans lesquels la Cour estime que le grief fondé sur l'article 14 est manifestement mal-fondé, ainsi que les décisions d'irrecevabilité rendues par la Cour, afin de ne conserver que les arrêts dans lesquels la Cour interprète matériellement l'article 14 de la Convention. Les 580 arrêts ainsi obtenus sont composés de 292 arrêts dans lesquels la Cour constate la violation de l'article 14 combiné avec une autre disposition de la Convention ou de ses protocoles, et de 288 arrêts dans lesquels la Cour conclut à l'absence de violation du principe de non-discrimination. Les arrêts ont ensuite fait l'objet de divers traitements afin de répertorier les motifs de discrimination soulevés, l'État défendeur, la solution retenue par la Cour, la mention ou de l'absence de mention de la notion d'identité, la forme de discrimination alléguée (discrimination directe, indirecte, par absence de différenciation), etc. Ces diverses classifications permettent de confronter les critiques à l'encontre de la Cour, non plus seulement aux arrêts que les auteurs emploient dans leur argumentation, mais à l'ensemble du contentieux en matière d'application du principe de non-discrimination, afin d'évaluer la pertinence de certaines hypothèses émises par la doctrine. La présente étude a ainsi une visée analytique et non pas normative, le bien fondé des solutions adoptées par la Cour n'étant pas mis au cœur de la discussion.

3. Démarche de la thèse : l'identité présente au sein du droit de la non-discrimination conventionnel, mais ne remettant pas en cause les principes universalistes du droit des droits de l'homme

41. La confrontation des critiques à l'encontre de la Cour, notamment en matière d'application du principe de non-discrimination, avec son contentieux permet de déterminer la place qu'occupe la notion d'identité dans le droit de la non-discrimination conventionnel. Elle permet également d'évaluer ses conséquences sur la potentielle remise en cause du paradigme universaliste lequel s'oppose à la reconnaissance des groupes et communautés comme sujets de

¹³³ Disponible sur le site : <https://hudoc.echr.coe.int/fre>.

¹³⁴ Cour EDH [plén.], *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, 23 juillet 1968, req. n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, Série A n°6.

droits, ou à l'admission de différenciations juridiques fondées sur des différences individuelles ou collectives.

42. Il s'agira ainsi de montrer, dans un premier temps, que l'identité n'est pas entièrement absente de la lutte contre les discriminations et que le droit de la non-discrimination conventionnel intègre des questions identitaires, notamment depuis les évolutions intervenues à partir des années 2000. L'enrichissement du droit de la non-discrimination par l'ajout de nouvelles formes de discrimination – qu'il s'agisse des discriminations par absence de différenciation depuis la jurisprudence *Thlimmenos contre Grèce*¹³⁵ permettant de condamner un État qui n'aurait pas traité différemment des personnes placées dans des situations différentes, ou qu'il s'agisse des discriminations indirectes depuis les jurisprudences *Zarb Adami contre Malte*¹³⁶ et *D.H. et autres contre République tchèque*¹³⁷ permettant de prohiber les normes ou comportements fondées sur un critère neutre mais ayant des effets disproportionnés sur un groupe de personnes – a contribué à faire du droit de la non-discrimination un terrain propice pour recevoir des revendications identitaires. Sur le fond, ces nouvelles formes de discrimination conduisent à admettre l'existence de groupes de personnes s'identifiant à partir d'une caractéristique partagée. Elles conduisent également à ce que des mesures différentialistes soient adoptées à l'échelon national pour corriger les inégalités factuelles¹³⁸, pour réduire les effets défavorables disproportionnés subis par certains groupes de personnes, ou en raison d'une différence de situation que le juge conventionnel invite à prendre en compte.

43. Toutefois, l'admission de revendications collectives et la mobilisation du droit conventionnel de la non-discrimination sur de nouveaux terrains – lutte contre les stéréotypes racistes, de genre ou sexuels¹³⁹, lutte contre les violences racistes¹⁴⁰, lutte contre les violences

¹³⁵ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77.

¹³⁶ Cour EDH, 4ème Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, req. n°17209/02, *Rec. CEDH 2006-VIII*.

¹³⁷ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, req. n°57325/00, *Rec. CEDH 2007-IV*.

¹³⁸ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85.

¹³⁹ V. entre autres : Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, req. n°30078/06, *Rec. CEDH 2012-III*, not. §143 (stéréotypes de genre) ; Cour EDH, 4ème Section, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, 25 juillet 2017, req. n°17484/15 (stéréotypes liés à la sexualité) ; Cour EDH, 1ère Section, *Jurčić c. Croatie*, 4 février 2021, req. n°54711/15 (stéréotypes sexistes liés à la grossesse) ; Cour EDH (GC), *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, req. n°43577/98 et 43579/98, *Rec. CEDH 2005-VII* (obligation des autorités de rechercher un lien entre des attitudes ou stéréotypes racistes et des faits de violence).

¹⁴⁰ V., entre autres : Cour EDH (GC), *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, *op. cit.* note 138 ; Cour EDH, 3ème Section, *B.S. c. Espagne*, 24 juillet 2012, req. n°47159/08 ; Cour EDH, 4ème Section, *Abdu c. Bulgarie*, 11 mars 2014, req. n°26827/08.

domestiques¹⁴¹, etc. – n’aboutit pour autant pas à la reconnaissance d’un droit à l’identité protégé par l’article 14 de la Convention. Admettre que l’identité a une place dans le droit de la non-discrimination n’équivaut ainsi pas à reconnaître un *droit à*¹⁴² l’identité protégé ou garanti par le principe de non-discrimination. En effet, si le principe de non-discrimination sert de fondement à la lutte contre les discriminations subies par certains individus ou groupes d’individus en raison de leur identité, il ne mène pas pour autant à la consécration d’un « droit à l’identité », lequel peut être compris comme un droit à établir les détails de son identité¹⁴³, comme un droit au choix de son identité¹⁴⁴, ou comme un droit à manifester son identité¹⁴⁵. Au contraire, le principe de non-discrimination prohibe les traitements défavorables subis par des personnes ou des groupes de personnes à raison d’une caractéristique personnelle¹⁴⁶ – ce qui pourrait se rapprocher de l’identité – mais également à raison de motifs impersonnels tels que compris dans l’expression « ou toute autre situation »¹⁴⁷. L’identité, présente dans le droit de la non-discrimination, se retrouve ainsi exclue du raisonnement car sa place n’est pas centrale pour démontrer l’existence d’une discrimination.

44. La thèse entreprend de démontrer, dans un second temps, que le droit de la non-discrimination conventionnel n’a pas évolué jusqu’à remettre en cause l’universalisme des droits de l’homme. En effet, si les nouvelles formes de discrimination introduites dans le courant des années 2000 dans le système conventionnel ont conduit à la mise en place de différenciations juridiques – telles que des aménagements du droit face à la différence ou des discriminations positives –, ces différenciations restent compatibles avec le paradigme universaliste. Ces différenciations sont en effet suspectées de remettre en cause l’universalisme, surtout dans sa conception française (universalisme républicain ou républicanisme), fondé sur le principe d’égalité de tous les êtres humains et sur une conception abstraite et universelle de l’individu, transcendé dans la figure du citoyen. Hérité des Lumières puis de la Révolution

¹⁴¹ V., entre autres : Cour EDH, 3ème Section, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, req. n°33401/02, *Rec. CEDH 2009-III* ; Cour EDH, 2ème Section, *Eremia c. Moldavie*, 28 mai 2013, req. n°2564/11 ; Cour EDH, 3ème Section, *T.M. et C.M. c. Moldavie*, 28 janvier 2014, req. n°26608/11 ; Cour EDH, 1ère Section, *Talpis c. Italie*, 2 mars 2017, n° 41237/14 ; Cour EDH, 3ème Section, *Volodina c. Russie*, 9 juillet 2019, req. n°41261/17.

¹⁴² M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, Economica, Recherches juridiques, 2006.

¹⁴³ Sous l’angle de l’article 8 : Cour EDH (GC), *Odièvre c. France*, 13 février 2003, *op. cit.* note 17.

¹⁴⁴ À propos du changement de sexe à l’état civil pour les personnes transgenres : Cour EDH (GC), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, *op. cit.* note 58.

¹⁴⁵ Sous l’angle de l’article 11 : Cour EDH (GC), *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 février 2004, req. n°44158/98, *Rec. CEDH 2004-I*.

¹⁴⁶ Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, req. n°5095/71, 5920/72 et 5926/72, *Série A n°23*, not. §56.

¹⁴⁷ Cour EDH [plén.], *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n°5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, *Série A n°22*, not. §72.

française, l'universalisme implique d'un point de vue normatif d'appliquer à tous les individus les mêmes règles et principes, sans distinction reposant sur des caractéristiques individuelles ou collectives. La diversité factuelle est ainsi écartée au moment de l'édiction de la norme qui doit, pour garantir l'égalité de tous, être neutre aux différences et désigner abstraitement ses destinataires. La mise en œuvre de mécanismes juridiques de rattrapage des inégalités factuelles, tels que les aménagements raisonnables ou les actions positives, vient se heurter à ce modèle universaliste. La différence est alors prise en considération dans l'édiction des règles. L'évolution de la conception de l'égalité est une bonne illustration de cette tension entre universalisme et différencialisme¹⁴⁸. De nombreuses interprétations et conceptions de l'égalité existent : de l'égalité formelle imposant l'indifférenciation des énoncés juridiques, qui doivent être neutres aux différences factuelles, à des égalités concrètes (matérielle, substantielle ou réelle), renvoyant à une recherche d'effectivité de l'égalité formelle¹⁴⁹, ce qui peut mener à la mise en œuvre de différences de traitement pour corriger ou compenser des inégalités de fait.

45. On s'attachera donc à analyser la place de l'identité dans le droit conventionnel de la non-discrimination afin de rejeter la conclusion amenant à considérer qu'il existerait un « droit à l'identité » dans la jurisprudence antidiscriminatoire de la Cour (Partie 1), pour ensuite montrer que cette place relative de l'identité n'aboutit davantage pas à remettre en cause frontalement le paradigme universaliste, puisque l'égalité protégée par le principe de non-discrimination reste une égalité entre individus et que la Cour applique par principe l'article 14 comme imposant la réduction des différenciations juridiques, et par exception comme invitant à mettre en œuvre des différenciations (Partie 2).

¹⁴⁸ Sur ce point, et s'agissant du droit français, Elsa FONDIMARE estime que : « L'ancrage de l'égalité formelle en droit français se donne ainsi à voir dans la réticence des interprètes de l'égalité à adopter des mesures différencialistes, et ce même lorsque celles-ci ont pour objectif de lutter contre les inégalités de fait ». V. E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 2018, p. 28.

¹⁴⁹ J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *Revue de droit du travail*, 17 juin 2011, n° 6, p. 354.

Partie 1. La notion d'identité dans le droit conventionnel de la non-discrimination

46. Le terme « identité » n'est pas entièrement absent de la jurisprudence européenne en matière d'interdiction des discriminations. Au contraire, si l'on cherche le nombre d'occurrences du terme dans la jurisprudence antidiscriminatoire, la notion est employée régulièrement par la Cour. Le terme apparaît dans 30,9% des décisions rendues sur le fondement de l'article 14¹⁵⁰. Cela ne signifie pas pour autant que la Cour accorde une place à cette notion dans sa jurisprudence : l'analyse des occurrences d'un terme ne révèle pas son importance conceptuelle. Cela étant, c'est souvent dans un sens d'identification que la Cour recourt au terme d'identité : mention d'un document d'identité, recherche de l'identité civile d'une personne partie à l'affaire, etc.¹⁵¹ Il en est ainsi par exemple des affaires mobilisant les articles 3 et 14 de la Convention lorsque l'identification des auteurs de traitements inhumains ou dégradants ou d'actes de torture est l'une des questions centrales de l'affaire¹⁵². Cet usage se distingue d'un autre sens du terme, identité au sens identitaire. C'est souvent sur ce second sens que prend appui toute une littérature critique des développements contemporains du droit de la non-discrimination qui croit y voir le levier par lequel les « politiques de l'identité » (*identity politics*) nord-américaines s'infiltreraient en droit européen. Les problématiques identitaires liées à une montée des mouvements de revendication des identités personnelles et culturelles prospèrent en effet depuis les années 1970-1980. Des mouvements sociaux se sont constitués autour de « demandes visant le respect, la protection ou la reconnaissance de particularités

¹⁵⁰ De 1968, année du premier arrêt rendu en matière de discrimination, au 31 décembre 2021, 910 arrêts et décisions ont été rendus comportant au moins un grief relatif à l'article 14. Le terme « identité » apparaît dans 282 de ces arrêts et décisions. V. le formulaire de recherche de la Cour européenne des droits de l'homme : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D>. Ce pourcentage a été obtenu par une recherche du mot clé « identité » dans toutes les décisions et arrêts rendus dont un des griefs portait sur l'article 14, sur la base des arrêts et décisions publiés en langue anglaise.

¹⁵¹ Pour une distinction entre les différentes formes d'identité, V. *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, §138 et s.

¹⁵² V. par exemple : Cour EDH, 1^{ère} Section, *Šečić c. Croatie*, 31 mai 2007, req. n°40116/02, §30 (le terme « identité » apparaît à propos de l'identité civile d'un potentiel suspect des agressions) ; Cour EDH, 1^{ère} Section, *Petropoulou-Tsakiris c. Grèce*, 6 décembre 2007, req. n°44803/04, §14 (le terme apparaît à propos de l'identification de l'officier de police suspecté d'avoir agressé le requérant) ; Cour EDH, 3^{ème} Section, *Stoica c. Roumanie*, 4 mars 2008, req. n°42722/02, §48 (le terme apparaît dans l'argumentation du gouvernement, lequel conteste le fait que des officiers de police aient agressé le requérant en se fondant sur l'absence d'identification des potentiels agresseurs). V. également pour d'autres usages du terme dans des affaires mobilisant les articles 3 et 14 : Cour EDH, 2^{ème} Section, *Membres de la congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, 3 mai 2007, req. n°71156/01, §108 (le terme apparaît à propos de l'identité civile des requérants). V. également sur les articles 2 et 14 : Cour EDH, 5^{ème} Section, *Anguelova et Iliev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, req. n°55523/00, §101.

culturelles »¹⁵³, menant à des débats politiques¹⁵⁴. La place occupée par la notion d'identité dans les milieux politiques, littéraires et académiques¹⁵⁵ est croissante depuis la fin des années 1990¹⁵⁶.

47. Pour certains auteurs, par sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme participe de l'exacerbation de ces logiques individualistes¹⁵⁷ et communautaires¹⁵⁸ qui reposent sur la satisfaction d'un besoin de reconnaissance par la société¹⁵⁹ de certaines identités¹⁶⁰. Nous serions ainsi rentrés selon Marcel GAUCHET dans une « ère de la "politique de la reconnaissance" »¹⁶¹ marquée par « l'emploi du droit comme instrument d'agitation et de transformation sociale, au titre de la conquête de "nouveaux droits" »¹⁶², notamment au profit de certaines minorités définies par une identité commune¹⁶³. Dans le même sens, pour Bernard EDELMAN, la Cour européenne serait allée trop loin dans l'extension du champ d'application de la Convention¹⁶⁴ et l'interprétation donnée à la notion de discrimination en application de l'article 14 de la Convention devrait être circonscrite. Il prend notamment appui sur les propos

¹⁵³ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, European University Institute, Department of Law, 2005, p. 17.

¹⁵⁴ V. par exemple : le débat sur « l'identité nationale » en France en 2007 lancé par Nicolas Sarkozy ; BOUVET Laurent, *L'insécurité culturelle. Le malaise identitaire français*, Fayard, 2015.

¹⁵⁵ V. par exemple en littérature : MAALOUF Amin, *Les Identités meurtrières*, Grasset, 1998 ; FINKIELKRAUT Alain, *L'Identité malheureuse*, Stock, 2013 ; J. DE FUNES, *Le siècle des égarés*, *op. cit.* note 22. V. par exemple dans les milieux académiques : BALIBAR Étienne et WALLERSTEIN Immanuel, *Race, nation, classe : les identités ambiguës*, La Découverte, 1988 ; BAYART Jean-François, *L'Illusion identitaire*, Fayard, 1996 ; DE COCK Laurence et MEYRAN Régis (éds.), *Paniques identitaires. Identité(s) et idéologie(s) au prisme des sciences sociales*, Éditions du Croquant, 2017 ; N. HEINICH, *Ce que n'est pas l'identité*, Lonrai, Gallimard, Le débat, 2018 ; M. DOAT, J. RIOS RODRIGUEZ, *L'identité en droit*, Paris, Mare & martin, Droit & science politique, 2022.

¹⁵⁶ M. WIEVIORKA, « Culture, société et démocratie », in M. WIEVIORKA, *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, La Découverte, 1997, pp. 9-60, not. pp. 12-13 : « La poussée des identités, le communautarisme, le nationalisme contemporain, le racisme d'une certaine façon, ou les passions qui explosent, parmi les intellectuels, dès que sont prononcés des mots tels que "différence culturelle", "multiculturalisme", "minorités", ne renvoient pas à des questions entièrement nouvelles. Mais leur intensité et leur centralité croissantes dans la vie collective sont indissociables d'un changement d'historicité où sont simultanément mises en cause l'unité et la division du corps social ».

¹⁵⁷ B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138.

¹⁵⁸ G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14.

¹⁵⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *Recueil Dalloz*, 8 décembre 2005, p. 2973

¹⁶⁰ X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *op. cit.* note 75, not. p. 62 : « Puisqu'en matière de droits fondamentaux la liberté et l'autonomie priment aujourd'hui sur bien d'autres considérations, on doit garder à l'esprit que l'individu peut revendiquer son identité et en disposer dans une large mesure ».

¹⁶¹ M. GAUCHET, « Trois figures de l'individu », *Le Débat*, 1 novembre 2010, vol. n° 160, n° 3, pp. 72-78, p. 75.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ V. sur ce point : J.-L. HAROUËL, *Les droits de l'homme contre le peuple*, Desclée De Brouwer, 19 mai 2016, pp. 11 et 34. L'auteur considère notamment que les musulmans usent des droits de l'homme et notamment du droit de la non-discrimination à des fins politiques d'instauration de l'islamisme politique.

¹⁶⁴ B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *op. cit.* note 11, pp. 1946-1953.

du juge dissident LOUCAIDES sous l'arrêt *E.B. c. France*¹⁶⁵ du 22 janvier 2008, lequel estimait que « [les] homosexuels, comme quiconque, ont le droit d'être eux-mêmes et ne doivent pas faire l'objet d'une discrimination ou de tout autre traitement défavorable à cause de leur orientation sexuelle. Ils doivent toutefois, comme toute autre personne présentant une certaine particularité, accepter de ne pouvoir peut-être pas prétendre à certaines activités qui, par leur nature et dans certaines circonstances, ne se concilient pas avec leur mode de vie ou leur particularité »¹⁶⁶. Pour le juge strasbourgeois comme pour l'auteur, l'application du droit de la non-discrimination ne devrait pas permettre la reconnaissance de particularités individuelles, y compris, si ce n'est surtout, celles relevant de l'identité des personnes.

48. De manière générale, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'interdiction des discriminations est suspectée de permettre l'émergence d'un droit à la différence¹⁶⁷, contraire à la conception traditionnelle du principe de non-discrimination compris comme poursuivant un objectif d'égalité par l'indifférenciation des individus dans la jouissance de leurs droits fondamentaux¹⁶⁸. Une telle lecture emporte deux conséquences. D'une part, elle présuppose que les juges strasbourgeois ont progressivement fait muter le principe de non-discrimination d'une norme d'indifférenciation prohibant la prise en compte des différences entre individus dans la formulation des règles de droit, à une norme différencialiste¹⁶⁹, c'est-à-dire imposant la prise en compte des différences par le droit. La jurisprudence *Thlimmenos contre Grèce*¹⁷⁰, qui a introduit en droit conventionnel une double interprétation du principe de non-discrimination comme interdisant à la fois de traiter différemment des personnes placées dans des situations analogues et de traiter de manière identique des personnes placées dans des situations différentes, constitue un point de rupture¹⁷¹..

¹⁶⁵ Cour EDH (GC), *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, req. n°43546/02.

¹⁶⁶ Opinion dissidente du juge LOUCAIDES sous *Ibid.*. Cité par B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *op. cit.* note 20, pp. 107-134, p. 133.

¹⁶⁷ Pour une définition de la notion de « droit à la différence », V. G. KOUBI, « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France », *RTDH*, 1993, n° 14, pp. 244-262.

¹⁶⁸ N. ROULAND, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques (de 476 à 1792)*, Paris, Odile Jacob, 1995, pp. 356-357 : « L'idéologie du droit à la différence n'a rencontré en France qu'un succès épisodique (entre 1981 et 1985), bien moindre que les politiques d'"Affirmative Action" menées en Amérique, basées sur les discriminations positives qui, aujourd'hui, sont vivement critiquées. Mais s'élabore un droit de la différence, qui fait sa place aux particularismes religieux (surtout ceux nés de l'immigration), locaux, linguistiques [...], voire coutumiers ».

¹⁶⁹ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, not. p. 20. Pour l'usage du terme « différencialisme » et non « différentialisme », V. *supra*, note 110.

¹⁷⁰ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77.

¹⁷¹ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 152, p. 176 : « L'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000 marque une étape cruciale dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour en matière de non-discrimination ».

D'autre part, cette lecture du droit de la non-discrimination comme permettant l'émergence d'un droit à la différence suppose que l'appréciation des différences et par suite de certaines identités soit rendue possible par le fonctionnement même du droit de la non-discrimination. Autrement dit, le raisonnement antidiscriminatoire rendrait possible la prise en compte – et par suite la protection – des identités comprises comme des singularités, spécificités, particularités distinctives des individus ayant trait à la personne même, à la définition de sa personnalité.

49. Ainsi, le droit de la non-discrimination serait particulièrement propice à la prise en compte des identités (Titre 1) du fait de ses évolutions et des logiques de raisonnement qu'il induit, au point que certains y voient la possible reconnaissance par la jurisprudence antidiscriminatoire d'un « droit à la différence ». Toutefois, cette place donnée à la protection des identités dans le droit conventionnel de la non-discrimination ne va pas jusqu'à la consécration un « droit à l'identité » sur le fondement de l'article 14 (Titre 2). Cela nous permet d'affirmer que si la jurisprudence antidiscriminatoire offre bien une place aux identités, celle-ci n'est que relative. *In fine*, si le principe de non-discrimination tel qu'il est interprété par la Cour n'exclut pas catégoriquement la protection de l'identité des personnes, celle-ci semble toutefois être seulement subsidiaire.

Titre 1. Une dimension « identitaire » du droit de la non-discrimination ?

50. L'article 14 de la Convention consacre une interdiction des discriminations limitée aux droits et libertés protégés par la Convention, que la Cour européenne des droits de l'homme a interprétée comme érigeant un principe de non-discrimination dans la jouissance des droits et libertés. Une interprétation dynamique de la Convention¹⁷² a progressivement étendu la portée de l'article 14 ; il s'est notamment vu reconnaître une autonomie de plus en plus forte¹⁷³. De cette norme écrite d'interdiction des discriminations, la Cour a ainsi dégagé un principe de non-discrimination lui-même qualifié de « matriciel »¹⁷⁴ par Frédéric SUDRE puisque le principe de non-discrimination peut trouver à s'appliquer même en l'absence de manquement à l'un des droits garantis par la Convention et parce qu'il s'applique également aux relations interindividuelles¹⁷⁵. On ne s'attache pas ici toutefois au principe de non-discrimination en lui-même¹⁷⁶ mais plutôt au droit conventionnel de la non-discrimination compris comme l'ensemble cohérent de règles, principes et notions issus du corpus jurisprudentiel de la Cour européenne des droits de l'homme. Cet ensemble juridique repose sur des notions clés (discriminations directes et indirectes), des règles d'interprétation (proportionnalité, marge nationale d'appréciation, consensus) et des méthodes de raisonnement (analogie des situations et justifications objectives et raisonnables) existant dans d'autres systèmes juridiques et que la Cour a dégagés au fil de sa jurisprudence en interprétant l'article 14.

51. Le droit conventionnel de la non-discrimination n'est toutefois pas un ensemble figé. Il s'est d'ailleurs enrichi à partir des années 2000 par l'inclusion dans le champ d'application de

¹⁷² J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme : droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, Manuels, 7^e édition, 2017, p. 141.

¹⁷³ Cette autonomie est notamment passée par une interprétation souple de l'applicabilité de l'article 14 à la condition que les faits litigieux « se situent dans le domaine » ou « tombent sous l'empire » d'une autre disposition de la Convention (V. Cour EDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, req. n° 8777/79, *Série A n°87*, §29 ; Cour EDH [plén.], *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. n°9214/80, 9473/81 et 9474/81, *Série A n°94*, §71). Ce lien entre un droit substantiel garanti par la Convention et l'article 14 a été progressivement distendu, la Cour n'exigeant plus qu'il y ait violation d'un droit garanti par la Convention mais seulement ingérence. Sur cette autonomie, V. F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 86, pp. 101-105.

¹⁷⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.* note 82, p. 417.

¹⁷⁵ V. par exemple : Cour EDH, 2^{ème} Section, *Témoins de Jéhovah de Gladni c. Géorgie*, 3 mai 2007, *op. cit.* note 151.

¹⁷⁶ Sur le processus de construction d'un principe, V. par exemple : M.-X. CATTO, « Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps », Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso éditions, 2018, not. pp. 11-13. Sur la construction du principe de non-discrimination, V. J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.* note 78.

l'article 14 de nouvelles formes de discriminations prohibées telles que les discriminations indirectes. Or, ces mutations du droit de la non-discrimination coïncident avec un renouvellement en Europe des « préoccupations identitaires »¹⁷⁷. Y a-t-il pour autant un « tournant identitaire »¹⁷⁸ du droit de la non-discrimination conventionnel ? L'expression renvoie pour Laurent BOUVET au phénomène de « montée en puissance de revendications politiques et sociales articulées à l'identité culturelle, sous la forme d'une demande de reconnaissance publique (médias, politiques publiques, *droit*...) de tel ou tel critère identitaire propre à des individus qui permet de les regrouper au sein de ce que l'on nomme une « minorité »¹⁷⁹. Le droit de la non-discrimination tel qu'il est interprété et appliqué par la Cour servirait d'outil en vue d'une plus forte protection des identités personnelles mais aussi et surtout collectives¹⁸⁰.

52. Ce que révèle l'analyse serrée du corpus jurisprudentiel produit par la Cour européenne des droits de l'Homme dans le cadre de son interprétation de l'article 14, c'est qu'il existe bien une place pour les identités en droit conventionnel de la non-discrimination, tant du fait des nouvelles mobilisations de ce droit depuis le début des années 2000 que du fait des méthodes de raisonnement propres à cette branche du droit. En effet, les mutations récentes du droit de la non-discrimination rendent possible la protection, si ce n'est des identités à proprement parler, à tout le moins de différences particulières (Chapitre 1). Toutefois, la focalisation du droit de la non-discrimination sur les différences n'est pas due à ces phénomènes récents puisque les méthodes de raisonnement de la Cour en matière de non-discrimination, dégagées avant même ces mutations, renvoyaient déjà à l'existence de différences, lesquelles peuvent être identitaires (Chapitre 2).

¹⁷⁷ L. BOUVET, *L'insécurité culturelle*, Paris, Fayard, 2015.

¹⁷⁸ L. BOUVET, « Le tournant identitaire américain. Du "pluralisme-diversité" au "pluralisme-différence" », *Les États-Unis*, Paris, Fayard, 2006, pp. 233-244 ; L. BOUVET, « La France du tournant identitaire », *Outre-Terre*, 26 octobre 2017, n° 51, pp. 96-101.

¹⁷⁹ L. BOUVET, « La France du tournant identitaire », *op. cit.* note 177, pp. 96-101, p. 96. Nous soulignons.

¹⁸⁰ V. notamment la critique développée par Bernard EDELMAN : B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *op. cit.* note 11, pp. 1946-1953 ; B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138 ; B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *op. cit.* note 20, pp. 107-134. Pour une analyse plus précise de ces critiques, V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, §§265 et s.

Chapitre 1. Les mutations du droit conventionnel de la non-discrimination

53. D'une conception unifiée de la discrimination comprise comme « une distinction introduite entre des situations comparables ou analogues »¹⁸¹, la Cour européenne des droits de l'homme a progressivement élargi le sens donné à la notion de discrimination. D'une logique de poursuite d'un objectif d'égalité formelle¹⁸², le droit conventionnel de la non-discrimination a progressivement inclus une logique de concrétisation de l'égalité¹⁸³ et notamment d'égalité substantielle¹⁸⁴. Ainsi, le principe de non-discrimination peut être réputé violé si des personnes placées dans des situations différentes ne font pas l'objet d'un traitement différent¹⁸⁵. Ce glissement, opéré au cours des années 2000, fait émerger une conception plurielle des discriminations prohibées¹⁸⁶. Elle a pour conséquence un accroissement de la prise en compte des différences de situation entre les individus puisque celles-ci permettent de justifier la conventionalité de mesures différenciées. Or, une prise en compte croissante des différences

¹⁸¹ Cour EDH [plén.], *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *op. cit.* note 128.

¹⁸² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.* note 82, pp. 431-434. Pour une définition de l'égalité formelle, V. J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354. L'auteur y définit l'égalité formelle comme une « égalité juridique ou égalité en droit, par opposition à une égalité dite en fait. Pour cette raison, elle est souvent conçue comme une égalité abstraite, en ce que les exigences d'égalité se réalisent d'abord dans le droit lui-même ». V. également : E. FONDIMARE, « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes ? », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 18 janvier 2017, n° 11, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/2885> (consulté le 23 mars 2018) ; F. LEMAIRE, « Égalité formelle », in C. BOYER-CAPELLE, D. THARAUD, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 160-163. Pour Félicien LEMAIRE, l'égalité formelle est « à l'origine de la conception française de l'égalité. Des Lumières à la Révolution, c'est qu'en effet la demande d'égalité a d'abord été pensée, dans sa conception strictement universaliste, comme une égalité formelle, à savoir une demande des mêmes droits pour tous, sans distinction ». Nous soulignons.

¹⁸³ Pour une définition de l'égalité concrète, V. J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354. L'auteur y explique qu'« une autre égalité se dessine en contrepoint de l'égalité formelle. [...] À l'égalisation en quelque sorte apparente de l'égalité formelle répondraient des formes plus immédiates et plus réelles de l'égalité ». Plus qu'une égalité concrète, il s'agit de « l'égalité en quête de concrétisation ». Elle se subdivise en « [trois] conceptions différentes de l'effectivité de l'égalité » : l'égalité matérielle, l'égalité substantielle, et l'égalité réelle.

¹⁸⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.* note 82.

¹⁸⁵ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77. Pour une définition de l'égalité substantielle, V. J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354. L'auteur explique que l'égalité substantielle « implique de traiter différemment des situations différentes. L'égalité substantielle repose toutefois sur un régime de réalisation propre [par opposition à l'égalité matérielle]. Elle consiste à égaliser les moyens d'accéder à des biens sociaux (emploi, logement, etc.). Il s'agit en quelque sorte d'une égalité d'accès ».

¹⁸⁶ C. LANGLAIS-FONTAINE, « La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme : une source d'imprévisibilité », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 15 janvier 2019, n° 15, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/5202> (consulté le 19 novembre 2019).

peut, dans certains cas, être rattachée à une logique de « droit à la différence »¹⁸⁷, comprise comme l'ensemble des mesures qui visent à adapter le droit aux spécificités, par exemple ethnoculturelles ou identitaires, d'une population donnée, voire comme l'ensemble des mesures qui visent à respecter ou valoriser les différences¹⁸⁸, au risque que ce « droit à la différence ne se transforme en un droit au particularisme »¹⁸⁹. Les mutations du droit de la non-discrimination tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme accentueraient ainsi les différences entre les individus. Elles conduiraient également à une prise en compte des groupes de personnes, au point d'introduire dans le droit de la non-discrimination une « dimension collective »¹⁹⁰, si ce n'est communautaire. En effet, pour certains auteurs, les nouvelles formes de discrimination protégées permettent que « l'appartenance au groupe [...] fonde le bénéfice du droit à la non-discrimination et c'est en tant que membre du groupe que l'individu peut se prévaloir de ce droit »¹⁹¹. Les nouvelles mobilisations du droit conventionnel de la non-discrimination vont dans le même sens : depuis le début des années 2000, on observe un fort développement des contentieux relatifs à l'appartenance à un groupe¹⁹².

54. Si ces deux mouvements – introduction de nouvelles notions en droit conventionnel de la non-discrimination, d'une part, et nouvelles mobilisations du droit par les justiciables, d'autre part – sont advenus en parallèle, c'est en raison de leur interpénétration. En effet, la mobilisation du droit conventionnel de la non-discrimination dans de nouveaux cas de figure a poussé la Cour à faire évoluer son interprétation de l'article 14. De la même manière, l'introduction de notions en droit de la non-discrimination a donné une assise aux revendications antidiscriminatoires des justiciables. Il apparaît cependant nécessaire, d'un point de vue didactique, d'examiner en premier lieu les évolutions du droit (Section 1), avant de s'intéresser aux nouvelles mobilisations contentieuses de celui-ci (Section 2).

¹⁸⁷ G. KOUBI, « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France », *op. cit.* note 166, pp. 244-262.

¹⁸⁸ Sur ces deux derniers points, V. les notions de « différencialisme adaptateur » et de « différencialisme reconnaissant » d'Olivia Bui-Xuan. O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 20.

¹⁸⁹ E. DUBOUT, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007) », *RTDH*, 2008, n° 75, pp. 821-856, p. 842.

¹⁹⁰ E. DUBOUT, « Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ? (en marge de l'arrêt D. H. et autres c. République tchèque du 7 février 2006) », *RTDH*, 2006, n° 68, pp. 851-883 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.* note 82, p. 436.

¹⁹¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.* note 82, p. 436.

¹⁹² V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, §§99 et s.

Section 1. Le renouvellement des qualifications du droit de la non-discrimination

55. Deux affaires phares de la Cour européenne des droits de l'homme rendues au cours des années 2000 ont marqué un point d'inflexion dans le droit de la non-discrimination tel qu'appliqué par la Cour. Une première extension du champ d'application de l'article 14 résulte de l'arrêt *Thlimmenos*¹⁹³ dans lequel la Cour a admis que traiter de manière analogue des personnes placées dans des situations différentes pouvait s'analyser comme une discrimination¹⁹⁴. Par l'arrêt de Grande Chambre rendu dans l'affaire *D.H. et autres*¹⁹⁵, la Cour procède à une seconde extension et introduit la notion de discrimination indirecte en droit conventionnel de la non-discrimination¹⁹⁶. Ces deux extensions successives¹⁹⁷ ont permis une meilleure prise en compte des différences. La notion de discrimination par absence de différenciation¹⁹⁸ induit la nécessité de différencier les individus en raison de l'existence de différences de situation tandis que la notion de discrimination indirecte induit la nécessité de prendre en considération lors de l'édiction des normes l'existence de différences de situation préexistantes¹⁹⁹.

¹⁹³ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77.

¹⁹⁴ Pour Frédéric EDEL, cet arrêt « constitue une indéniable avancée dans l'histoire de la garantie de l'égalité par la Convention européenne des droits de l'homme ». V. F. EDEL, *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2010, p. 75.

¹⁹⁵ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136.

¹⁹⁶ À propos de cette affaire, Edouard DUBOUT estime qu'il s'agit « plus d'une révolution que d'une simple évolution dans la protection conventionnelle contre les discriminations ». V. E. DUBOUT, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007) », *op. cit.* note 188, pp. 821-856.

¹⁹⁷ Il est à noter que l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* a pu être interprété comme la première étape vers l'interdiction des discriminations indirectes en droit conventionnel. Les deux extensions que nous développons ici sont donc imbriquées. V. par exemple : J.-P. MARGUENAUD, « Requiem pour l'adage *Ubi lex non distinguit* ? La Cour européenne des droits de l'homme pourfend les lois trop générales qui n'établissent pas de discriminations positives », *RTD Civ.*, 2000, n° 2, p. 434 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes (1) - Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme », in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, Droit et justice, 2008, pp. 197-222, p. 211.

¹⁹⁸ La notion de discrimination par absence de différenciation permet d'introduire une première classification des formes de discrimination en opposant la discrimination par application d'un traitement différent injustifié à la discrimination par absence de différenciation. S'agissant de l'expression en elle-même, nous reprenons ici la dénomination donnée par Julie RINGELHEIM. V. J. RINGELHEIM, *La non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bilan d'étape*, Working paper, n° 2, Université catholique de Louvain, 2017, p. 15.

¹⁹⁹ La notion de discrimination indirecte introduit une seconde classification des formes de discrimination en opposant la discrimination directe à la discrimination indirecte.

56. Or, l'identité personnelle ou collective des individus et l'existence de différences de situation entre les individus peuvent se recouper. Pour reprendre le raisonnement développé par Pierre-André TAGUIEFF, l'identification de l'identité d'une entité collective X présuppose sa différenciation avec d'autres entités collectives Y, Z, etc.²⁰⁰ La question de l'appartenance d'un individu à un groupe, par exemple, présuppose une identité partagée entre membres du groupe – c'est-à-dire l'existence d'une ou de plusieurs spécificités identitaires partagées telles que le sexe, l'origine ethnique, l'origine nationale, la religion, etc. – et une différenciation avec d'autres groupes et par suite leurs membres. Les différences individuelles ou collectives se confondent alors avec les identités individuelles ou collectives, et la prise en compte par le droit de l'existence de différences individuelles ou collectives peut servir d'appui à des revendications identitaires, d'autant que la preuve de différences de situation peut reposer sur l'existence de différences individuelles ou collectives.

57. Les mutations récentes du droit de la non-discrimination conventionnel permettent ainsi une appréhension plus fine des différences individuelles et collectives en droit. La possibilité de prévoir ou d'admettre des différences de traitement juridique justifiées par l'existence de différences de situation entre individus ou groupes d'individus traduit la prise en considération des différences, et par suite des identités, dans l'édiction des normes de droit. De même, la discrimination indirecte permet la prise en compte de l'existence d'inégalités préexistantes, et donc des différences de situation entre entités collectives. *In fine*, ces deux nouvelles notions du droit antidiscriminatoire conventionnel que sont la discrimination par absence de différenciation (1) et la discrimination indirecte (2) focalisent l'attention du juge et des observateurs de la jurisprudence de la Cour sur les différences, l'existence de groupes de personnes, et par extension sur la notion d'identité. Ces évolutions participeraient ainsi au « tournant identitaire »²⁰¹ du droit de la non-discrimination conventionnel.

1. Les différenciations juridiquement admises : la prise en compte des différences individuelles

58. À l'interprétation classique de l'article 14 de la Convention selon laquelle le droit de ne pas subir de discrimination serait violé lorsque les États font subir, sans justification objective

²⁰⁰ P.-A. TAGUIEFF, « L'identité nationale saisie par les logiques de racisation. Aspects, figures et problèmes du racisme différentialiste », *Mots. Les langages du politique*, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1986, n° 12, pp. 91-128, p. 95.

²⁰¹ L. BOUVET, « Le tournant identitaire américain. Du "pluralisme-diversité" au "pluralisme-différence" », *op. cit.* note 177, pp. 233-244.

et raisonnable, un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues²⁰², l'arrêt de principe *Thlimmenos contre Grèce* a ajouté une seconde interprétation : « [le] droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »²⁰³. La Cour ajoute ainsi une « forme de discrimination supplémentaire » en vertu de laquelle « c'est l'absence de différenciation qui est [...] à l'origine de la discrimination »²⁰⁴. Cette interdiction des discriminations dues à une absence de différenciation juridique repose sur le constat de différences de situations, individuelles ou collectives, lesquelles auraient donc dû être prises en considération dans l'élaboration des normes (1.1.). De cette interdiction posée en 2000 ont progressivement découlé des obligations faites aux États d'adapter les normes aux différences (1.2.).

1.1. La discrimination par absence de différenciation : la nécessaire prise en compte des différences individuelles

59. L'introduction de la notion de discrimination pour absence de différenciation étend le champ d'application du droit antidiscriminatoire aux situations dans lesquelles l'État n'a pas opéré de distinction entre des personnes placées dans des situations différentes. En cela, elle constitue une mutation du droit de la non-discrimination conventionnel en « [bouleversant] l'ancienne conception de l'égalité jouissance des droits au sens de l'article 14 de la Convention »²⁰⁵. Elle entraîne une focalisation de l'analyse sur l'existence de situations différentes, lesquelles peuvent provenir de différences individuelles ou d'appartenance communautaires. L'arrêt de principe de la Grande Chambre dans l'affaire *Thlimmenos contre Grèce* est éclairant sur ce point²⁰⁶.

²⁰² Cour EDH [plén.], *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, *op. cit.* note 172, §72.

²⁰³ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77, §44.

²⁰⁴ J. RINGELHEIM, *La non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bilan d'étape*, *op. cit.* note 197, p. 15.

²⁰⁵ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Bibliothèque de droit public, 2022, p. 207.

²⁰⁶ On peut relever toutefois qu'il ne s'agit pas, en réalité, du premier arrêt dans lequel la Cour examine la question de savoir si l'application d'un même traitement à des situations différentes est ou non conforme aux exigences tirées de l'article 14 de la Convention. V. F. EDEL, *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 193, pp. 71-72 ; Cour EDH [plén.], *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, req. n° 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 et 9405/81, *Série A n°102*, not. §§182-183.

60. En l'espèce, le requérant reprochait aux autorités grecques de n'avoir établi aucune distinction « entre les personnes condamnées pour des infractions commises exclusivement en raison de leurs convictions religieuses et les personnes reconnues coupables d'autres infractions »²⁰⁷. Or, le requérant, témoin de Jéhovah, avait été jugé coupable d'insubordination par le tribunal militaire permanent pour avoir refusé de porter l'uniforme à la suite de la mobilisation générale de 1983, estimant que sa religion le lui interdisait. Il fut condamné à quatre années d'emprisonnement et placé en liberté conditionnelle au bout de deux ans. À sa libération, il s'était présenté à un examen d'État pour la nomination d'experts-comptables et, malgré son excellent classement, le bureau directeur de la Chambre des experts-comptables de Grèce avait refusé de le nommer, au motif qu'il avait été reconnu coupable d'un crime, en application de la législation grecque encadrant cette profession. Toutefois, un tel traitement équivalent des personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pénale pour objection de conscience et des personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pour d'autres motifs est considéré par la Grande Chambre comme discriminatoire, car l'État n'a pas appliqué de traitement différent à des personnes « dont les situations sont sensiblement différentes »²⁰⁸. Pour la Cour, il revenait à l'État de prendre en considération la différence de situation entre le requérant et les personnes ayant fait l'objet d'une autre condamnation, tenant compte d'une part de l'appartenance du requérant à un « groupe religieux »²⁰⁹, et d'autre part du fait que « l'infraction pour laquelle il a été condamné ait été la conséquence de ses convictions religieuses »²¹⁰. La différence de situation est ainsi établie par le renvoi aux raisons de la condamnation, laquelle découle elle-même de l'exercice d'une liberté fondamentale – la liberté d'exprimer ses convictions religieuses – par un membre d'un groupe religieux. Aux yeux de la Cour, de telles différences auraient donc dû être prises en considération dans l'élaboration de la législation encadrant la profession d'experts-comptables, afin de ne pas créer une situation d'inégalité injustifiée car fondée sur la religion.

61. La Cour est allée plus loin en affirmant dans l'arrêt *Stec contre Royaume-Uni* que « dans certaines circonstances, l'absence de traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de [l'article 14] »²¹¹. Ainsi, « une mesure générale qui s'applique à tous ses destinataires de la même manière peut être source de discrimination si ces derniers se

²⁰⁷ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77, §42.

²⁰⁸ *Ibid.*, §44.

²⁰⁹ *Ibid.* §42.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §51.

trouvent dans des situations différentes et si ces situations différentes, au contact de la mesure, engendrent un traitement défavorable illégitime apprécié au regard d'un motif de discrimination »²¹². Autrement dit, la différence de traitement peut être admise en droit conventionnel – c'est-à-dire interprétée comme ne violant pas le principe de non-discrimination – si les individus concernés par le traitement différencié sont placés dans une situation différente par rapport à d'autres individus. Sur cette base, la Cour a appliqué dans certains cas ce que Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA nomme une « approche compensatrice du droit à la non-discrimination »²¹³ selon laquelle l'absence de traitement différencié pour corriger des inégalités est considérée comme contraire au principe de non-discrimination. Or, tant dans la qualification de l'absence de traitement différencié comme traitement discriminatoire que dans l'affirmation de la possibilité pour les États de prévoir un traitement différencié pour compenser des inégalités factuelles, on constate que la notion de discrimination pour absence de différenciation met l'accent sur l'existence de différences entre les individus, lesquelles peuvent être identitaires. En effet, l'absence de traitement différencié est discriminatoire lorsque les personnes sont placées dans des situations différentes. De plus, l'existence d'un traitement différencié se justifie pour corriger des inégalités factuelles²¹⁴ entre catégories de personnes, inégalités qui soulignent l'existence de différences individuelles.

62. Par le cadre jurisprudentiel fixé par les arrêts *Thlimmenos* et *Stec*, la Cour souligne la nécessité pour les États de prendre – dans certaines circonstances – des mesures différenciées en faveur de certains individus ou groupes d'individus en raison de leurs différences. Certains observateurs ont ainsi vu dans l'application de ces jurisprudences une autorisation plus ou moins explicitée des discriminations positives en droit conventionnel, voire l'application possible d'un droit des groupes en droit conventionnel.

²¹² R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 208.

²¹³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes (1) - Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 196, pp. 197-222, not. p. 220.

²¹⁴ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §51 : « dans certaines circonstances, l'absence de traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de [l'article 14] ».

1.2. De l'autorisation des discriminations positives à l'obligation de mise en œuvre de certaines mesures différenciées : questionnements autour de l'adaptation du droit aux différences

63. La jurisprudence *Thlimmenos* est interprétée par certains auteurs comme ouvrant la voie à l'autorisation des « discriminations positives » en droit conventionnel²¹⁵, en ce que l'article 14 désormais n'interdit pas aux États de traiter différemment des catégories ou des groupes de personnes²¹⁶ pour « corriger des « inégalités factuelles » entre eux »²¹⁷. Néanmoins, les juges strasbourgeois n'ont pas pour autant, à la lecture des arrêts *Thlimmenos* et *Stec*, créé une obligation à la charge des États de mettre en œuvre des mesures de discrimination positive. D'une part, la notion même de discrimination positive est quasiment absente du discours jurisprudentiel à Strasbourg et fait l'objet de controverses doctrinales quant à sa définition précise (a). D'autre part, la Cour a en réalité fait découler de ces deux jurisprudences certaines obligations positives dans des circonstances bien particulières, au point que l'on peut dire avec Manuela BRILLAT que la Cour fait preuve d'une hésitation, voire d'une certaine timidité, quant à l'adaptation du droit aux différences²¹⁸ (b). Ainsi, la Cour autorise bel et bien la mise en œuvre par les États de politiques de discrimination positive, ce qui participe d'une consécration de l'adaptation du droit aux différences – y compris identitaires – en droit conventionnel. Toutefois, la Cour reste prudente et hésitante, nous permettant de considérer que la place donnée à la protection des identités reste relative.

a. Les hésitations quant aux contours de la notion de « discrimination positive »

64. S'agissant de la notion même de discrimination positive, il s'agit d'une qualification doctrinale, particulièrement peu employée par les juges strasbourgeois²¹⁹. L'expression même de « discrimination positive » apparaît dans 12 des 910 arrêts et décisions rendus par la Cour

²¹⁵ V. par exemple : J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit. note 171, pp. 136-137 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit. note 82, pp. 433-434..

²¹⁶ Sur la distinction entre groupe et catégorie de personnes, nous rejoignons l'analyse portée par Olivia Bui-Xuan. V. O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit. note 118, p. 214 : « alors que les frontières d'une catégorie sont lâches et perméables (personnes « défavorisées », jeunes, personnes âgées...), celles des groupes sont plus étanche dans la mesure où les personnes qui les constituent possèdent en commun un trait distinctif stable participant de leur identité ».

²¹⁷ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, op. cit. note 85, §51.

²¹⁸ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, Collection des thèses n°110, 2015, p. 103.

²¹⁹ Pour une analyse convergente, V. G. GONZALEZ, « La convergence des jurisprudences », *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, 2008, pp. 273-275.

depuis 1968²²⁰. Par ailleurs, elle n'apparaît pas, dans la majorité des cas, dans le corps même des arrêts. On la retrouve ainsi majoritairement dans les opinions séparées des juges : une opinion du juge PETTITI sous l'arrêt *Buckley contre Royaume-Uni*²²¹, une opinion concordante du juge COSTA sous l'arrêt de chambre dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*²²², une opinion dissidente du juge KOVLER sous l'arrêt de chambre dans l'affaire *Konstantin Markin contre Russie*²²³, une opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE sous la décision *Biao contre Danemark*²²⁴, une opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE sous la décision *Khamtokhu et Aksenchik contre Russie*²²⁵, et une opinion dissidente du juge DEDOV sous la décision *Bayev et autres contre Russie*²²⁶. Dans la première opinion séparée, laquelle date – il faut le souligner – de 1996 soit quatre ans avant la jurisprudence *Thlimmenos*, le juge PETTITI appelait de ses vœux une correction des inégalités subies par la communauté tzigane²²⁷. Dans la deuxième opinion séparée, le juge COSTA exprimait son hésitation quant à son vote concordant en ce que le principe d'écoles spéciales pouvait, dans certains pays, tendre « à corriger, par une discrimination positive en termes de moyens, les inégalités de chances subies par [certains] élèves »²²⁸. Dans la troisième, le juge KOVLER relevait seulement que s'agissant de son interrogation relative à « la fameuse « discrimination positive [...] en l'espèce », la majorité n'offrait pas de réponse claire²²⁹. Dans

²²⁰ Pour une explication de la construction de cette base jurisprudentielle, V. *supra*, Introduction générale, §39.

²²¹ Cour EDH, *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, req. n°20348/92, *Rec. CEDH 1996-IV*.

²²² Cour EDH, 2ème Section, *D.H. et autres c. République tchèque*, 7 février 2006, req. n°57325/00.

²²³ Cour EDH, 1ère Section, *Konstantin Markin c. Russie*, 7 octobre 2010, req. n°30078/06.

²²⁴ Cour EDH (GC), *Biao c. Danemark*, 24 mai 2016, req. n°38590/10, *Rec. CEDH 2016*.

²²⁵ Cour EDH (GC), *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, 24 janvier 2017, req. n°60367/08 et 961/11.

²²⁶ Cour EDH, 3ème Section, *Bayev et autres c. Russie*, 20 juin 2017, req. n°67667/09, 44092/12 et 56717/12, *Rec. CEDH 2017*.

²²⁷ Opinion dissidente du juge PETTITI sous l'arrêt Cour EDH, *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, *op. cit.* note 220 : « Dans l'ensemble de l'Europe et au sein des États membres du Conseil de l'Europe, la minorité tzigane a généralement été l'objet de discriminations, de mesures de rejet et d'exclusion et n'a pas vu reconnaître la culture et la vie sociale qu'elle revendique. [...] La Convention européenne peut-elle apporter un remède à cette situation ? La réponse doit être affirmative puisque la vocation de la Convention est bien d'assurer la sauvegarde des droits fondamentaux sans discrimination, par une obligation positive des États. L'affaire présente permettait-elle une première application positive ? Telle était l'interrogation que suscitait pour la Cour l'affaire *Buckley*. [...] Le gouvernement britannique conteste pratiquer une politique de discrimination. Toutefois, plusieurs textes visent expressément les Tsiganes pour restreindre leurs droits au moyen de réglementations administratives. Or la seule discrimination acceptable au titre de l'article 14 (art. 14) est la discrimination positive, celle qui implique que pour parvenir à l'égalité des droits par l'égalité des chances on est conduit dans certains cas à accorder plus de droits aux populations les plus déshéritées, telles celles du quart monde et les communautés tzigane ou yéniche ». Nous soulignons.

²²⁸ Opinion concordante du juge COSTA sous l'arrêt Cour EDH, 2ème Section, *D.H. et autres c. République tchèque*, 7 février 2006, *op. cit.* note 221, §6, à propos des « zones d'éducation prioritaires » en France.

²²⁹ Opinion dissidente du juge KOVLER sous l'arrêt Cour EDH, 1ère Section, *Konstantin Markin c. Russie*, 7 octobre 2010, *op. cit.* note 222 : « La question qui se pose ici est de savoir si le "traitement préférentiel" des militaires de sexe féminin s'agissant du congé parental constitue une discrimination envers les militaires de sexe masculin. Qu'en est-il de la fameuse "discrimination positive" dans le cadre de l'affaire en l'espèce ? Le présent arrêt n'offre pas de réponse claire à ma question ».

la quatrième, le juge PINTO DE ALBUQUERQUE soulevait que « la question de savoir sur quoi porte la différence de traitement dont les requérants ont fait l'objet et si celle-ci est fondée sur une « autre situation » ou sur la « race » ou l'« origine ethnique » est importante pour l'appréciation de la présente affaire »²³⁰ puisque, notamment, « des mesures de « discrimination positive » fondées sur une caractéristique raciale ou ethnique identifiable prises en application d'une loi, d'un règlement ou d'une politique en faveur d'une catégorie de personnes défavorisées peuvent être admises lorsque la loi, le règlement ou la politique en question sont essentiels pour faire cesser ou atténuer une discrimination de facto dans la jouissance d'un droit découlant de la Convention »²³¹. Dans la cinquième opinion séparée, le même juge estimait que le fait pour la Cour d'affirmer que « certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait »²³² renvoie « précisément [à] l'objectif des politiques de discrimination positive »²³³. Dans la sixième opinion enfin, le juge dissident DEDOV estimait que : « La présente affaire soulève également des questions relatives à la discrimination positive résultant de l'affirmation d'une préférence pour la famille traditionnelle. La discrimination positive visait non seulement à soutenir une catégorie de personnes mais aussi à protéger les valeurs traditionnelles de la société russe sans porter atteinte aux droits de la communauté LGBT »²³⁴. Dans aucun de ces six arrêts l'expression n'apparaît en tant que telle dans le raisonnement, suggérant dans certains cas la réticence de la majorité des juges à corriger des inégalités par l'application de politiques de discrimination positive, et, plus généralement, suggérant qu'une telle qualification ne semblait pas nécessaire d'être reprise aux yeux de la majorité. Elle est ainsi délibérément écartée dans le corps des arrêts de la Cour. Toutefois, on constate un parallèle entre les principes posés dans les arrêts *Thlimmenos* et *Stec* et la notion de « discrimination positive » telle qu'employée par les juges dans leurs opinions séparées. En effet, la notion semble renvoyer pour eux à la logique de « [correction] des inégalités factuelles » telle qu'établie dans l'arrêt *Stec*.

65. L'expression apparaît ensuite dans les arguments des parties, sans être reprise en tant que telle par les juges, dans les décisions *D.H. et autres contre République tchèque*²³⁵, *Kurić et*

²³⁰ Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE sous l'arrêt Cour EDH (GC), *Biao c. Danemark*, 24 mai 2016, *op. cit.* note 223, §7.

²³¹ *Ibid.*

²³² Cour EDH [plén.], « *Affaire linguistique belge* », 23 juillet 1968, *op. cit.* note 133, §10.

²³³ Opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE sous l'arrêt Cour EDH (GC), *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, 24 janvier 2017, *op. cit.* note 224, §§19-20.

²³⁴ Opinion dissidente du juge DEDOV sous l'arrêt Cour EDH, 3ème Section, *Bayev et autres c. Russie*, 20 juin 2017, *op. cit.* note 225.

²³⁵ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136.

*autres contre Slovénie*²³⁶ et *Enver Şahin c. Turquie*²³⁷. De la même manière, elle apparaît dans l'exposé des faits de l'arrêt *Muñoz Diaz contre Espagne*²³⁸, sans faire l'objet ensuite d'une analyse ou d'une reprise par les juges européens. Elle apparaît enfin dans le corps d'un seul arrêt, celui de la Grande Chambre dans l'affaire *Konstantin Markin contre Russie*²³⁹ dans lequel la Cour, répondant²⁴⁰ aux arguments d'une part du requérant selon lequel le « rôle social particulier [des femmes] à jouer dans l'éducation des enfants repose sur un stéréotype lié au sexe » et d'autre part du gouvernement russe selon lequel le congé parental prévu pour les femmes militaires constitue une mesure positive à leur encontre, estime qu'on ne peut recourir à « la doctrine de la « discrimination positive » [...] pour justifier une différence de traitement entre les hommes et les femmes relativement au droit au congé parental »²⁴¹.

66. Il semble ainsi que la Cour soit réticente à employer la notion de discrimination positive, préférant se référer à la mise en place de mesures différenciées à des fins de correction ou de compensation d'inégalités²⁴². Cette réticence peut s'expliquer par le fait qu'il s'agit d'une expression doctrinale, peu présente dans les normes du Conseil de l'Europe²⁴³. L'emploi minimal du terme dans le corps même des arrêts en comparaison de son emploi par les parties ou les juges dissidents démontre à notre sens de la volonté de la Cour de ne pas user de cette notion, sauf lorsque, comme dans son arrêt de Grande Chambre dans l'affaire *Konstantin Markin contre Russie*, elle se trouve forcée de le faire par les parties. On remarque toutefois

²³⁶ Cour EDH (GC), *Kurić et autres c. Slovénie*, 26 juin 2012, n° 26828/06, *Rec. CEDH 2012-IV*, §377 et §379.

²³⁷ Cour EDH, 2ème Section, *Enver Şahin c. Turquie*, 30 janvier 2018, req. n°23065/12, §44.

²³⁸ Cour EDH, 3ème Section, *Muñoz Diaz c. Espagne*, 8 décembre 2009, req. n°49151/07, *Rec. CEDH 2009-VI*.

²³⁹ Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, *op. cit.* note 138, §104 : « Le requérant soutient que l'argument selon lequel les femmes ont un rôle social particulier à jouer dans l'éducation des enfants repose sur un stéréotype lié au sexe. Quant à la doctrine de la "discrimination positive", on ne pourrait y recourir pour justifier une différence de traitement entre les hommes et les femmes relativement au droit au congé parental. Les mesures de discrimination positive devraient être proportionnées au but consistant à corriger, compenser ou atténuer les effets continus de difficultés subies par un groupe de tout temps défavorisé, en l'occurrence les femmes (*Runkee et White c. Royaume-Uni*, n°s42949/98 et 53134/99, §§ 37 et 40-43, 10 mai 2007, et *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n°65731/01, §§ 61 et 66, CEDH 2006-VI) ».

²⁴⁰ De fait, la Cour répond également à la question soulevée par le juge KOVLER dans son opinion dissidente sous l'arrêt de chambre (précitée).

²⁴¹ Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, *op. cit.* note 138, §104.

²⁴² Ce constat est partagé par Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA. V. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes (1) - Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 196, pp. 197-222, not. p. 219 : « Si la doctrine a évoqué la possibilité d'utiliser le droit à la non-discrimination comme un instrument de discrimination positive, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas utilisé cette notion. Sa jurisprudence incite à parler davantage de différence de traitement ». Nous soulignons.

²⁴³ On peut relever son emploi dans le guide sur la jurisprudence publié par la Cour européenne des droits de l'homme en août 2022, mais celui-ci est préparé par le Greffe et « ne lie pas la Cour ». V. Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 1 du Protocole n°12 à la Convention. Interdiction de la discrimination*, 31 août 2022, pp. 14 et s.

qu'alors elle parle de « doctrine de la "discrimination positive" »²⁴⁴, marquant là encore sa réticence à faire sienne cette expression.

67. Surtout, la discrimination positive, « bien qu'utilisée couramment, a rarement fait l'objet d'un véritable effort de définition »²⁴⁵ en droit positif. Certains auteurs relèvent la grande variété des définitions de la discrimination positive et la difficulté à la distinguer d'autres notions comme celle d'action positive²⁴⁶. On peut enfin souligner que pour nombre d'auteurs, l'expression est inappropriée²⁴⁷ ou impropre²⁴⁸. Anne-Marie LE POURHIET parle à ce propos d'un « faux conceptuel » puisqu'une discrimination « sera toujours positive pour celui qui en bénéficie et négative pour celui qu'elle exclut »²⁴⁹. L'expression recouvre par ailleurs une multitude de mesures. Pour Gwénaële CALVES, trois définitions de la « discrimination positive » peuvent être trouvées dans le débat public actuel²⁵⁰. Selon la première définition, la discrimination positive est assimilée à la technique du quota. Selon la deuxième définition, elle désigne un objectif politique d'intégration et de promotion à destination « des personnes issues de l'immigration, des immigrés, des musulmans, des femmes, ou encore des handicapés... »²⁵¹. Selon la troisième définition, il s'agit d'une « règle d'application sélective, voire simplement différenciée ». Autrement dit, « discriminer positivement, c'est traiter différemment ceux qui sont différents ou – variante plus étroite de la définition – "donner plus à ceux qui ont moins" » avec pour objectif de « tenir compte d'une inégalité de situation » ou de « résorber cette inégalité »²⁵². La discrimination pour absence de différenciation telle qu'issue des jurisprudences *Thlimmenos* et *Stec* entre ainsi dans le champ des discriminations positives prises selon une conception élargie. Au contraire, avec Olivia BUI-XUAN²⁵³ ou Bernadette

²⁴⁴ Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, *op. cit.* note 138.

²⁴⁵ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris Aix-en-Provence, Economica, PUAM, Collection droit public positif, 1997, p. 206.

²⁴⁶ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, PUAM, Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, 2013, pp.21-24 ; A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Université Panthéon Sorbonne, 7 février 2019, p. 7. Au contraire, d'autres auteurs assimilent actions positives et discriminations positives. V. M. SWEENEY, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 87.

²⁴⁷ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.* note 171, p. 137.

²⁴⁸ A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *op. cit.* note 87, pp. 166-177, pp. 172-173.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ G. CALVES, « Introduction », *La discrimination positive*, PUF, Que sais-je?, 13 avril 2016, vol. 4e éd., pp. 3-6, en ligne <https://www-cairn-info.faraway.parisnanterre.fr/la-discrimination-positive--9782130734819-page-3.htm> (consulté le 8 juillet 2020). V. également : D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.* note 245, pp. 21-22.

²⁵¹ G. CALVES, « Introduction », *op. cit.* note 249, pp. 3-6

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, pp. 211-212.

RENAULD²⁵⁴, il est possible de poser une définition restrictive de la discrimination positive comprise comme « la préférence dans l'attribution d'une place ou d'un avantage accordé à une personne en raison de son appartenance à un groupe défavorisé »²⁵⁵, définition reposant donc sur deux critères : l'identification d'un groupe défavorisé d'une part, et la poursuite d'un objectif de correction des inégalités²⁵⁶. Une telle définition restrictive permet alors de distinguer la discrimination positive, strictement entendue, et les « actions positives », considérées comme une catégorie plus large puisqu'elle englobe l'ensemble des « mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages »²⁵⁷ ou des « *[measures] designed to benefit any members of one or more protected group(s) qua such membership* »²⁵⁸. Aux réticences des juges s'ajoutent donc ces hésitations des auteurs sur la définition de la discrimination positive, et plus globalement la difficulté des juristes à se saisir et à définir la notion²⁵⁹. Plus qu'une réticence ou des hésitations, tout ceci rend compte d'une certaine forme de résistance des juristes et praticiens face à l'usage de mécanismes de discrimination positive²⁶⁰.

68. La Cour européenne des droits de l'homme semble opter quant à elle pour une définition élargie puisqu'elle considère – toujours dans l'arrêt de Grande Chambre dans l'affaire *Konstantin Markin* – que « les mesures de discrimination positive devraient être proportionnées au but consistant à corriger, compenser ou atténuer les effets continus de difficultés subies par un groupe de tout temps défavorisé »²⁶¹. Si la Cour ne distingue pas les discriminations positives

²⁵⁴ B. RENAULD, « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité », *RTDH*, 1997, n° 31, p. 430.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 426.

²⁵⁶ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 212 et pp. 213-220. On peut relever que pour l'auteure les objectifs de correction et de compensation des inégalités doivent être séparés. Elle distingue ainsi un différencialisme « compensatoire » « qui consiste à prendre en compte les inégalités socio-économiques et, dans une optique de justice distributive, à donner un peu plus à ceux qui ont moins », et un différencialisme « correcteur » « qui vise, non plus simplement à compenser certaines inégalités, mais à corriger, à effacer les discriminations subies par certains individus ». Pour l'auteure, les mesures relevant de la discrimination positive ou des actions positives relèvent d'une logique compensation des inégalités, quand la lutte contre les discriminations a trait à l'objectif de correction. V. *Ibid.* not. p. 20, pp. 66 et s à propos du lien entre compensation et égalité des chances, pp. 92 et s à propos du lien entre différencialisme « compensatoire » et « actions ciblées sur des catégories » d'individus, p. 169 et s à propos du différencialisme « correcteur » et de son rapport à la lutte contre les discriminations.

²⁵⁷ A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 245, p. 5, à propos des directives en droit social de l'Union européenne.

²⁵⁸ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, Oxford (GB), Oxford University Press, 2015, p. 217.

²⁵⁹ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 244.

²⁶⁰ Pour la France, V. par exemple les décisions rendues en matière de parité hommes-femmes ou le rejet par le Conseil constitutionnel de l'usage des statistiques ethniques pour combattre les discriminations raciales. Pour une synthèse sur ce sujet, V. S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the “French Republican Model” and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », in B. HAVELKOVA, M. MÖSCHEL (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, pp. 56-75, not. pp. 63-64.

²⁶¹ Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, *op. cit.* note 138, §104.

des actions positives en ce que les premières devraient avoir pour objet de corriger des inégalités quand les secondes poursuivraient un objectif de compensation²⁶², on constate en revanche que la définition jurisprudentielle partage avec les définitions doctrinales une caractéristique : celle du bénéficiaire des mesures. En effet, tant dans les définitions de Bernadette RENAULD et d'Olivia BUI-XUAN précitées que dans la définition posée par la Cour, on constate que les discriminations positives sont destinées à des groupes défavorisés.

69. Les hésitations quant à la définition et à l'usage de l'expression en droit conventionnel de la non-discrimination peuvent donc être en partie résolues : la Cour ne semble pas affirmer avec vigueur une obligation à la charge des États de prévoir des mesures de discriminations positives, quand bien même certains juges font appel à cette terminologie dans leurs opinions séparées ; elle semble également considérer qu'est une mesure de discrimination positive tout traitement préférentiel destiné à corriger, compenser ou atténuer des inégalités subies par des groupes défavorisés.

70. À ces hésitations relatives aux contours de la notion de discrimination positive en droit conventionnel de la non-discrimination s'ajoutent les hésitations de la Cour quant à la nécessité d'adapter les droits internes aux différences.

b. Les hésitations quant à l'existence d'une obligation à prendre en compte les différences : une adaptation du droit en demi-teinte

71. Depuis l'arrêt *Thlimmenos*, les juges européens ont déduit de l'article 14 la *possibilité* pour les États de traiter de manière différenciée des groupes pour corriger des inégalités qu'ils subissent²⁶³. Pour Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, on retrouvait déjà cette logique dans l'arrêt *Marckx contre Belgique* en 1979, l'auteur estimant que la Cour avait, dans cette affaire, « explicitement considéré que l'application effective de l'article 14 de la Convention qui consacre l'existence du principe de non-discrimination supposait une *action positive* de la part des États »²⁶⁴.

²⁶² O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 212 et pp. 215-220.

²⁶³ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.* note 171, pp. 136-137.

²⁶⁴ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 244, p. 209. Pour une analyse similaire, et critique, V. M. BOSSUYT, « L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme », *RBDI*, 1980, n° 1, pp. 53-81, not. p. 68.

72. Il ne s'agit cependant pas d'une obligation comme nous le rappelle Frédéric SUDRE : « [ainsi] interprété, l'article 14 paraît énoncer une obligation de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes. Il apparaît, néanmoins, que la Cour s'est engagée fort prudemment dans la voie de la reconnaissance des discriminations "positives". D'une part, *le juge européen ne paraît pas disposé à admettre que l'article 14 de la Convention est susceptible de faire naître à la charge de l'État une obligation d'adopter les mesures d'"action positive" adéquates pour garantir l'exercice effectif de l'égalité de traitement [...].* D'autre part, le juge européen admet sans conteste *la compatibilité* avec l'article 14 CEDH d'une législation "positive" accordant un traitement préférentiel à telle ou telle catégorie de personnes »²⁶⁵. Olivia BUI-XUAN précise également que « [les] arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *autorisent* [au titre de l'article 14 de la Convention] les États membres à instaurer des actions positives, *mais ne les y oblige en aucun cas* »²⁶⁶. La Cour renvoie ainsi aux États le soin de décider de mettre en œuvre des mesures différenciées en faveur de certains groupes ou pour corriger des inégalités.

73. De cette faculté, la Cour a pu développer certaines obligations à la charge des États ou reconnaître la spécificité de certains groupes, justifiant de fait leur protection. L'arrêt *Oršuš et autres contre Croatie*²⁶⁷ en est une illustration évocatrice. Il marque une évolution importante dans la jurisprudence de la Cour puisque cette dernière se réfère aux obligations positives qui pèsent sur l'État dans la mise en place d'un système éducatif permettant aux enfants d'origine rom d'acquérir les compétences linguistiques nécessaires à leur insertion dans le système scolaire normal. En l'espèce, les requérants contestaient l'organisation du système scolaire croate, lequel reposait sur la mise en place de classes spécialisées pour les enfants roms au sein des écoles. Dans son arrêt de chambre, la Cour avait estimé que l'argument du gouvernement selon lequel les élèves d'origine rom avaient une mauvaise connaissance du croate justifiait de manière objective et raisonnable la séparation des enfants selon leur origine entre classes d'une même école. Au contraire, pour la Grande Chambre, la question centrale de l'affaire était « celle de savoir si les autorités scolaires ont pris les mesures voulues pour que les requérants acquièrent rapidement une maîtrise suffisante du croate et, une fois ce résultat obtenu, soient intégrés immédiatement dans des classes mixtes »²⁶⁸ ou si l'État croate maintenait en place une

²⁶⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit. note 82, p. 433. Nous soulignons.

²⁶⁶ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit. note 118, p. 234. Nous soulignons.

²⁶⁷ Cour EDH (GC), *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, req. n°15766/03, *Rec. CEDH 2010-II*.

²⁶⁸ *Ibid.*, §145.

ségrégation scolaire sans justification, ayant pour conséquence un enseignement dont le volume et la portée étaient réduits pour les élèves d'origine rom. La Cour considère ainsi que l'existence de classes séparées n'est pas en soi discriminatoire²⁶⁹, faisant une stricte application du principe posé dans l'affaire *Thlimmenos* : des mesures différenciées *peuvent* se justifier par l'existence de situations différentes. Cependant, constatant que les tests ayant vocation à placer les enfants dans des classes séparées n'évaluaient pas spécialement le niveau de connaissance du croate chez les enfants²⁷⁰ et qu'aucun programme n'avait été mis en place pour répondre aux besoins particuliers des enfants roms ayant des connaissances linguistiques insuffisantes²⁷¹, la Grande Chambre conclut à la violation du principe de non-discrimination. Son raisonnement conduit implicitement à la création d'une obligation à la charge de l'État de mettre en place un programme de rattrapage linguistique à destination des enfants roms, afin de permettre leur insertion dans des classes mixtes²⁷². Un raisonnement identique est appliqué par la Cour dans l'affaire *Sampani et autres contre Grèce*²⁷³, également en matière de ségrégation scolaire subie par les enfants d'origine rom, la Cour relevant l'existence d'une discrimination en l'espèce puisque « la volonté affichée du ministère de l'Éducation d'intégrer les élèves roms dans le système éducatif ordinaire » est restée sans effet²⁷⁴. Certains auteurs ont pu voir dans ces affaires une « obligation [...] positive de déployer les moyens adaptés à la spécificité des besoins d'un groupe social »²⁷⁵ et donc une forme d'obligation de mettre en œuvre une action positive²⁷⁶.

74. Parallèlement, en revanche, la Cour rejette toute obligation à la charge des États de « mettre à disposition de la communauté tsigane un nombre adéquat de sites convenablement équipés »²⁷⁷ afin que les Tsiganes puissent poursuivre leur mode de vie nomade, rejetant même qu'une telle obligation puisse être comprise dans la Convention²⁷⁸.

²⁶⁹ *Ibid.*, §157.

²⁷⁰ *Ibid.*, §159.

²⁷¹ *Ibid.*, §173.

²⁷² F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. note 86, p. 107.

²⁷³ Cour EDH, 1ère Section, *Sampani et autres c. Grèce*, 11 décembre 2012, req. n°59608/09.

²⁷⁴ *Ibid.*, not. §§85-89.

²⁷⁵ E. DUBOUT, « La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale - À propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., Orsus et autres c. Croatie, 16 mars 2010) », *RTDH*, 2010, n° 84, p. 987.

²⁷⁶ A. ILIOPOULOU-PENOT, « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », *Répertoire de droit européen*, octobre 2018, §37.

²⁷⁷ Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n° 27238/95, *Rec. CEDH 2001-I*, §98.

²⁷⁸ *Ibid.*, §94.

75. Ainsi, dans la jurisprudence conventionnelle, des situations différentes peuvent faire l'objet de traitements différents en application de la jurisprudence *Thlimmenos*²⁷⁹ si de tels traitements sont justifiés. Faut-il conclure de l'évolution de la jurisprudence antidiscriminatoire que la Cour a opéré un glissement de la simple faculté offerte aux États de traiter différemment des personnes placées dans une situation différente à une réelle obligation de mettre en œuvre des différences de traitement ? Rien n'est moins sûr. Il semblerait que la Cour maintienne la faculté offerte aux États de différencier²⁸⁰. Toutefois, si les États décident de mettre en œuvre un traitement différent de personnes placées dans des situations différentes, ils doivent le faire en cohérence avec la « conception bidimensionnelle »²⁸¹ de l'interdiction des discriminations. À ce titre, si un État met en œuvre une différence de traitement pour corriger des inégalités factuelles, celle-ci doit respecter à la fois l'interdiction de traitements différents de situations similaires et l'interdiction de traitements similaires de situations semblables. Ainsi, la Cour contrôle le caractère approprié des mesures différenciées adoptées par les États, comme dans les affaires *D.H. et autres contre République tchèque* ou *Oršuš et autres contre Croatie*. Elle n'impose pas aux États de prendre des mesures bien spécifiques pour compenser les inégalités subies par des groupes de personnes, d'où le rejet d'une obligation positive en matière d'aménagements fonciers pour les gens du voyage sur le fondement de l'article 14²⁸². Autrement dit, si la Cour offre la possibilité de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes, elle n'oblige pas les États à corriger des inégalités entre groupes de personnes. Elle les oblige en revanche, s'ils ont opté pour la mise en œuvre de traitements différenciés, à mettre en œuvre ces traitements de manière non-discriminatoire²⁸³. La Cour reste ainsi prudente pour ne pas s'immiscer dans les politiques étatiques de lutte contre les discriminations²⁸⁴.

²⁷⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Hypercours cours & travaux dirigés, 4e édition, 2020, p. 632.

²⁸⁰ V. par exemple : Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §51 ; Cour EDH, 1ère Section, *Taddeucci et McCall c. Italie*, 30 juin 2016, req. n°51362/09, §81.

²⁸¹ A. ILIOPOULOU-PENOT, « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », *op. cit.* note 275, art. 1^{er}.

²⁸² La Cour finira par dégager une telle obligation positive mais sur le fondement de l'article 8 pris isolément dans l'affaire *Connors contre Royaume-Uni*, tendant à marginaliser l'emploi de l'article 14 comme fondement juridique de l'adaptation du droit aux différences. Cour EDH, 1ère Section, *Connors c. Royaume-Uni*, 27 mai 2004, req. n°66746/01. V. également : M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.* note 217, pp. 108-119.

²⁸³ La participation de l'interdiction des discriminations par absence de différenciation dans la consécration d'un droit à la différence, voire d'un « droit à l'identité », peut ainsi déjà être relativisée. Pour une analyse plus détaillée sur ce point : V. *infra*, Partie 1, Titre 2.

²⁸⁴ Il est possible d'y voir la mise en œuvre du principe de subsidiarité, rappelé dans le Préambule de la Convention depuis l'entrée en vigueur du Protocole n°15 le 1^{er} août 2021.

76. À la suite de cette évolution de l'interprétation de l'article 14, une autre « révolution »²⁸⁵ est intervenue dans les années 2000 en droit de la non-discrimination conventionnel : l'introduction de la notion de discrimination indirecte. En effet, par cette introduction, la Cour révolutionne et rénove l'interprétation de l'article 14 en permettant la concrétisation de l'analyse antidiscriminatoire et la prise en compte des appartenances communautaires des individus. Là encore, cette évolution et cette extension du champ d'application du droit de la non-discrimination conventionnel permet une meilleure prise en considération en droit de l'existence de différences individuelles ou collectives, pouvant par la suite servir d'appui dans la mobilisation contentieuse du droit antidiscriminatoire par les justiciables.

2. L'introduction de la notion de discrimination indirecte : le renouvellement de l'appréhension des différences de situation

77. Comme l'introduction de la discrimination pour absence de différenciation à partir de 2000, l'introduction de la discrimination indirecte en droit conventionnel de la non-discrimination en 2007 participe d'un « tournant » dans la mobilisation du droit antidiscriminatoire, en permettant d'appréhender la participation du droit dans le maintien d'inégalités et de différences de situations – individuelles ou collectives. En effet, l'introduction des discriminations indirectes en droit conventionnel de la non-discrimination a eu deux conséquences principales. D'une part, les situations de fait potentiellement discriminatoires sont appréhendées plus finement (2.1.). D'autre part, cette nouvelle notion permet la prise en compte de la dimension collective de certaines discriminations (2.2.).

2.1. Une prise en compte plus complète des situations de fait

78. L'introduction de la notion de discrimination indirecte permet d'appréhender de manière plus complète les situations potentiellement discriminatoires puisqu'elle étend la définition de la notion de discrimination : une norme ne prévoyant aucune distinction prohibée peut être discriminatoire parce qu'elle ne prend pas en considération ou perpétue des inégalités. Ce constat peut être fait dans tous les ordres juridiques dans lequel la notion a été introduite. En France par exemple, pour Robin MEDARD INGHILTERRA, la discrimination indirecte « [bouleverse] la conception primaire de la discrimination en tant que simple différence de traitement expressément fondée sur un motif énuméré » et elle « a permis de soumettre une

²⁸⁵ E. DUBOUT, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007) », *op. cit.* note 188, pp. 821-856.

multiplicité de traitements défavorables supplémentaires au contrôle du juge »²⁸⁶. L'émergence de la discrimination indirecte conduit donc à une extension du champ d'application du droit de la non-discrimination conventionnel (a) et à une mise en lumière de situations de fait inégalitaires persistant dans le temps (b).

a. *L'interdiction des discriminations indirectes : un élargissement du champ d'application du droit antidiscriminatoire*

79. L'interdiction des discriminations indirectes a été consacrée en droit conventionnel par l'arrêt de Grande Chambre *D.H. et autres contre République tchèque*²⁸⁷ en 2007 à l'issue d'un long processus. L'idée même de discrimination indirecte est résumée, selon Hugh COLLINS et Tarunabh KHAITAN, par la fable d'ÉSOPE « Du Renard et De La Cigogne » : le renard, invitant la cigogne à souper, sert une bouillie dans une assiette plate ; alors que le renard peut laper la nourriture sans problème, la cigogne ne peut que tremper le bout de son bec dans le plat et repart affamée ; lorsqu'à son tour la cigogne invite le renard à dîner, elle sert un hachis de viande dans une bouteille dans laquelle le renard ne pouvait pas insérer son museau. Si la morale donnée par Ésope (« ceux qui font profession de tromper les autres doivent bien s'attendre à l'être à leur tour »²⁸⁸) ne donne que peu d'indication sur le sens donné à la discrimination indirecte, Hugh COLLINS et Tarunabh KHAITAN en tire une autre morale : « [whilst] several moral lessons might be drawn from this tale, it is often regarded as supporting the principle that one should have regard to the needs of others, so that everyone may be given fair opportunities in life. Though formally giving each animal an equal opportunity to enjoy dinner, in practice the vessels for the serving of the soup inevitably excluded the guest on account of their particular characteristics »²⁸⁹. D'origine étatsunienne²⁹⁰, la notion permet d'élargir la conception des discriminations prohibées en considérant qu'une discrimination peut provenir des effets différenciés – « *disparate impact* » – d'une norme ou d'une pratique.

80. Appliquée pour la première fois dans l'arrêt de principe de la Cour suprême des États-Unis *Griggs v. Duke Power Co.* de 1971, cette solution permettait de prendre en compte la

²⁸⁶ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, op. cit. note 204, p. 201.

²⁸⁷ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, op. cit. note 136.

²⁸⁸ ÉSOPE, *Fables* [VIe siècle av. J.-C.], trad. du grec ancien par J.-C. BRUSLE de MONTPLEINCHAMP, J. FURETIÈRE et J. DE LA FONTAINE, 1690.

²⁸⁹ H. COLLINS, T. KHAITAN, « Indirect Discrimination Law : Controversies and Critical Questions », in H. COLLINS, T. KHAITAN (dir.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 1-30, p. 1.

²⁹⁰ SCOTUS, *Griggs v. Duke Power Co.*, 8 mars 1971, 401 U.S. 424.

persistance des inégalités malgré la mise en œuvre de normes d'interdiction des discriminations. Pour la Cour suprême, l'exigence de l'entreprise Duke Power, selon laquelle pour obtenir un emploi dans un autre département de l'entreprise que le département « *Labor* », il était nécessaire d'avoir un diplôme d'études secondaires, discriminait indirectement les personnes noires. En effet, ces dernières avaient dix fois moins de chance que les personnes blanches de répondre à cette exigence. Cette exigence de diplôme, en disqualifiant disproportionnellement les personnes noires par rapports aux personnes blanches violait pour la Cour suprême le titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, sauf à ce qu'elle puisse être justifiée par une nécessité professionnelle. Pour Elsa FONDIMARE, « cette solution tendait à remédier au "racisme inconscient" qui avait été jusqu'alors ignoré du droit de la non-discrimination, et qui constituait pourtant la cause structurelle de la perpétuation des inégalités raciales »²⁹¹. Dans la même veine, la Cour Suprême du Canada a consacré cette concrétisation de l'interdiction des discriminations en considérant dans l'affaire *Andrews c. Law Society British Columbia* que « pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière [...], la principale considération doit être *l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné* [...]. Une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre »²⁹².

81. La notion a ensuite été introduite en droit de l'Union européenne²⁹³, sous l'influence des ordres juridiques américains²⁹⁴, d'abord par la Cour de Luxembourg en 1974 dans l'affaire *Giovanni Maria Sotgiu* en prohibant les critères de distinction apparemment neutres ayant pour effet de désavantager une catégorie d'individus sur le fondement de leur nationalité²⁹⁵. En l'espèce, était questionnée la légalité par rapport au droit communautaire d'une indemnité de séparation accordée, sous certaines conditions, par l'administration fédérale des postes à des travailleurs affectés dans un autre lieu que leur domicile. Le montant de cette indemnité variait

²⁹¹ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, op. cit. note 147, p. 421. V. également : C. LAWRENCE, « The Id, the Ego and Equal protection : Reckoning with unconscious racism », *Stanford Law Review*, 1987, vol. 39, p. 317.

²⁹² Cour suprême du Canada, *Andrews c. Law Society British Columbia*, 1989, 1 RCS 143. Nous soulignons. En l'espèce, M. Andrews, citoyen britannique et résidant au Canada, contestait l'exigence selon laquelle il était nécessaire d'être citoyen canadien pour être admis au barreau de Colombie britannique.

²⁹³ Pour un historique complet de l'évolution du droit de l'Union européenne, et notamment de la jurisprudence de la Cour de Justice, s'agissant des discriminations indirectes, V. M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2014, pp. 48-55.

²⁹⁴ C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Commission européenne, septembre 2008.

²⁹⁵ CJCE, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, 12 février 1974, aff. 152/73, *Rec. 1974 00153*. Pour une analyse de cette affaire, V. R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, op. cit. note 204, pp. 203-204.

selon que les travailleurs résidaient sur le territoire allemand ou dans un autre État membre, au détriment des salariés résidant à l'étranger. Pour la Cour de justice en l'espèce « les règles d'égalité de traitement, tant du traité que de l'article 7, paragraphes 1 et 4 du Règlement No 1612/68 prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat »²⁹⁶. La notion de discrimination indirecte est ensuite introduite pour la première fois dans la Directive 76/207/CE du 9 février 1976²⁹⁷ puis inscrite dans toutes les directives ayant pour objet la mise en œuvre de l'égalité de traitement après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam²⁹⁸. La reconnaissance en droit conventionnel sera quant à elle tardive. Alors que l'interdiction des discriminations indirectes existe dans l'ordre juridique communautaire depuis 1976 et que la notion est reprise dans les différentes directives relatives à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement²⁹⁹, la Cour européenne des droits de l'homme semble d'abord réticente.

82. Dans un premier temps, la Cour admet en 2001 dans l'affaire *Hugh Jordan contre Royaume-Uni*³⁰⁰ qu'une politique ou une mesure apparemment neutre ayant des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes *puisse* être considérée comme discriminatoire. L'affaire portait sur l'homicide du fils du requérant à Belfast, touché par trois balles dans le dos tirées par des agents de la *Royal Ulster Constabulary* (RUC) alors qu'il n'était pas armé. Trois autres affaires sont rendues le même jour³⁰¹ et concernent également des homicides de personnes appartenant ou suspectées d'appartenir à l'Armée Républicaine Irlandaise (IRA), notamment par des membres de la RUC. Le fond de l'affaire portait donc principalement sur l'allégation de violation de l'article 2 qui garantit le droit à la vie. Elle estime notamment que les obligations procédurales découlant de cette disposition de la Convention

²⁹⁶ CJCE, *Sotgiu*, 12 février 1974, *op. cit.* note 294, pt. 11.

²⁹⁷ Art. 2-1, Directive 76/207/CE, 9 février 1976 : l'égalité de traitement « implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial ».

²⁹⁸ V. not. : art. 2, §1 b) Directive 2006/54 ; Art. 2 b) Directive 2004/113 ; Art. 2, §2 b) Directive 2000/78 ; Art. 2, §2 b) Directive 2000/43. Analysant les définitions données dans ces directives, Aurélia DE TONNAC relève l'absence d'homogénéité des ces définitions. V. A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 245, not. p. 24.

²⁹⁹ V. par exemple : Directive 2000/43/CE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, 29 juin 2000.

³⁰⁰ Cour EDH, 3ème Section, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n° 24746/94.

³⁰¹ Cour EDH, 3ème Section, *McKerr c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n° 28883/95, *Rec. CEDH 2001-III* ; Cour EDH, 3ème Section, *Kelly et autres c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n° 30054/96 ; Cour EDH, 3ème Section, *Shanaghan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n° 37715/97.

n'ont pas été respectées eût égard à la durée de l'enquête, ajournée à plusieurs reprises³⁰². Le requérant estimait également que le décès de son fils était dû à un usage discriminatoire de la force léthale par les forces de l'ordre britannique à l'encontre de la minorité catholique et irlandaise³⁰³. La Cour reconnaît qu'une discrimination peut résulter des effets produits par une politique ou une mesure, quand bien même le contenu même de celle-ci n'est pas en soi discriminatoire³⁰⁴. Néanmoins, elle ne franchit pas entièrement le pas en consacrant l'interdiction des discriminations indirectes puisqu'en l'espèce elle conclut à l'absence de violation de l'article 14 de la Convention³⁰⁵. Elle se contente d'ouvrir le champ des possibles sans application au cas d'espèce.

83. Dans un deuxième temps, la Cour consacre le terme en droit conventionnel à la suite de l'arrêt de Grande Chambre rendu en 2007 dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*³⁰⁶. Était contestée en l'espèce une réglementation tchèque instituant des écoles spéciales pour les enfants présentant des déficiences mentales sur la base des résultats d'un test psychologique. Dans les faits, cette pratique, fondée sur un critère de répartition neutre des enfants, engendrait un effet préjudiciable disproportionné pour les enfants d'origine rom, lesquels se trouvaient quasi systématiquement placés dans des écoles spéciales à l'issue de ces tests. Après une analyse détaillée de la notion de discrimination indirecte sur plusieurs pages, la Cour conclut à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole n°1 relatif au droit à l'instruction du fait « des répercussions beaucoup plus importantes sur les enfants roms que sur les enfants non roms, menant à une scolarisation statistiquement disproportionnée des premiers dans les établissements spéciaux » et ce « en dépit de [la neutralité des dispositions légales pertinentes] »³⁰⁷. Cet arrêt de principe, combiné à la solution rendue dans l'arrêt *Zarb Adami contre Malte*³⁰⁸ en 2006, constitue un tournant majeur de la jurisprudence antidiscriminatoire de la Cour puisque « [la] Cour ne se contente plus d'observer le contenu de la mesure litigieuse mais en envisage désormais les effets »³⁰⁹. Alors que, dans l'affaire *Hugh Jordan contre Royaume-Uni* en 2001, elle avait rejeté les données statistiques comme moyens

³⁰² Cour EDH, 3ème Section, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, *op. cit.* note 299, §§142-145.

³⁰³ *Ibid.*, §152.

³⁰⁴ Robin MEDARD INGHILTERRA parle à ce propos d'une conception téléologique de la discrimination indirecte. V. R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 205.

³⁰⁵ Cour EDH, 3ème Section, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, *op. cit.* note 299, §154.

³⁰⁶ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136.

³⁰⁷ *Ibid.*, §193.

³⁰⁸ Cour EDH, 4ème Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, *op. cit.* note 135.

³⁰⁹ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 202.

de preuve acceptés d'une discrimination³¹⁰, dans l'affaire *Zarb Adami contre Malte*, la Cour est revenue sur cette limitation des moyens de preuve d'une discrimination indirecte³¹¹. La décision *Zarb Adami contre Malte* concernait la pratique de dispense du service de juré ayant conduit à une surreprésentation des hommes par rapport aux femmes³¹².

84. Dans le même temps, la Cour a institué une « véritable présomption de discrimination indirecte » par le renversement de la charge de la preuve³¹³ dans l'affaire *D.H. contre République tchèque*³¹⁴. L'arrêt *Sampanis et autres contre Grèce*³¹⁵ rendu un an plus tard et également relatif à la scolarisation des enfants roms confirme la jurisprudence *D.H. et autres* sur ce point. À la suite du signalement de l'absence de scolarisation des enfants d'origine rom résidant dans le camp de Psari, petite ville du sud-ouest de la Grèce, les directeurs des écoles primaires locales sont incités par le ministère délégué à l'Éducation nationale et aux Affaires religieuses à accueillir les enfants en âge d'être scolarisés. Les parents se plaignent alors que les directeurs des écoles auraient refusé l'inscription des enfants roms au motif qu'ils n'avaient pas reçu d'instruction ministérielle à ce sujet. Cela conduit à ce que, lors de la rentrée 2004/2005, aucun des enfants d'origine rom du camp de Psari n'ait été scolarisé. Les enfants sont finalement scolarisés à partir d'octobre 2005, soit la rentrée suivante, dans des classes préparatoires spéciales et dans un bâtiment distinct de l'école primaire principale. Aux fins de la démonstration de l'existence d'une discrimination en l'espèce, la Cour recherche des indices de l'existence d'une présomption de discrimination³¹⁶. Elle précise qu'« en ce qui concerne la charge de la preuve [...] quand un requérant a établi l'existence d'une différence de traitement, il incombe au Gouvernement de démontrer que cette différence de traitement était justifiée »³¹⁷

³¹⁰ Cour EDH, 3^{ème} Section, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, *op. cit.* note 299, §154 : « However, even though statistically it appears that the majority of people shot by the security forces were from the Catholic or nationalist community, the Court does not consider that statistics can in themselves disclose a practice which could be classified as discriminatory within the meaning of Article 14 ».

³¹¹ Cour EDH, 4^{ème} Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, *op. cit.* note 135, §76 : « La Cour a déclaré dans des affaires précédentes que les statistiques ne sont pas en soi suffisantes pour révéler une pratique pouvant être qualifiée de discriminatoire (*Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, no 24746/94, § 154, 4 mai 2001). En même temps, elle estime qu'une discrimination potentiellement contraire à la Convention peut résulter non seulement d'une mesure législative [...], mais également d'une situation de fait ».

³¹² Pour une analyse plus détaillée, V. *infra* §84.

³¹³ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.* note 171, pp. 138-139.

³¹⁴ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §188 : « Dans ces conditions, la Cour estime que, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant. Cela ne veut toutefois pas dire que la production des statistiques soit indispensable pour prouver la discrimination indirecte ». Nous soulignons.

³¹⁵ Cour EDH, 1^{ère} Section, *Sampanis et autres c. Grèce*, 5 juin 2008, req. n°32526/05.

³¹⁶ *Ibid.*, §77 et suivants.

³¹⁷ *Ibid.* §70.

et que « quant aux éléments susceptibles de constituer un tel commencement de preuve et, partant, de transférer la charge de la preuve sur l'État défendeur, la Cour a relevé que, dans le cadre de la procédure devant elle, il n'existait aucun obstacle procédural à la recevabilité d'éléments de preuve ni aucune formule prédéfinie applicable à leur appréciation »³¹⁸.

85. L'interdiction des discriminations indirectes est désormais bien établie en droit conventionnel³¹⁹. La notion se définit sur la base de trois critères cumulatifs posés par la jurisprudence *D.H. contre République tchèque*³²⁰ et systématiquement reprise depuis³²¹ : premièrement, l'existence d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre ; deuxièmement et nous y reviendrons, l'existence d'un groupe de personnes défini par une caractéristique protégée³²² qui est affecté par la disposition, le critère ou la pratique de façon nettement défavorable ; troisièmement la preuve d'une comparabilité des situations entre celle du groupe de personnes affectées par ce désavantage et celle d'autres personnes non affectées. Cette définition générale de la discrimination indirecte conduit, avec Gwénaële CALVES³²³, à distinguer deux cas de figure : d'une part, la discrimination indirecte peut résulter d'une règle instituant une différence de traitement entre deux personnes ou groupes de personnes placés dans des situations analogues sur la base d'un critère « apparemment neutre », comme le lieu de résidence à la place du critère de la nationalité ou encore la taille en lieu et place du sexe ; d'autre part, la discrimination indirecte peut résulter d'une règle qui ne prévoit aucune distinction mais qui ignore des situations inégalitaires d'origine et engendre un désavantage pour certains individus. C'est ce second cas de figure qui est admis, en droit conventionnel de la non-discrimination, sous le terme de discrimination indirecte. Par exemple, dans l'arrêt *Zarb Adami contre Malte*³²⁴, était mise en cause une mesure qui prévoyait l'obligation pour tous d'être juré – l'exigence normative était donc une norme d'apparence neutre puisqu'elle n'instituait aucune distinction – mais qui ne prenait pas en compte le fait que cette obligation pesait dans les faits davantage sur les hommes que sur les femmes, ces dernières ayant plus de chance d'être dispensées de l'obligation d'être juré.

³¹⁸ *Ibid.* §71.

³¹⁹ B. HAVELKOVA, « Judicial Scepticism of Discrimination at the ECtHR », *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 83-103, not. p. 103 : « The doctrine also appears to be settled ».

³²⁰ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136.

³²¹ B. HAVELKOVA, « Judicial Scepticism of Discrimination at the ECtHR », *op. cit.* note 318, pp. 83-103.

³²² *V. infra* §§93 et s.

³²³ G. CALVES, *Les discriminations indirectes à raison du sexe ou de l'orientation sexuelle : évolution et hésitation du droit européen*, intervention au colloque international organisé par le GEDI, Université d'Angers, Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, 10 mai 2017.

³²⁴ Cour EDH, 4ème Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, *op. cit.* note 135.

86. Toutefois, le choix de cette définition de la discrimination indirecte, comme visant les normes d'apparence neutre aux effets disproportionnés, n'a pas été évident pour la Cour. Pendant un temps, la Cour européenne a semblé admettre qu'une règle instituant une différence de traitement sur la base d'un critère apparemment neutre puisse être qualifiée de discrimination indirecte, avant d'analyser finalement ces cas également sous l'angle de la norme d'apparence neutre aux effets disproportionnés. L'affaire *D.H. contre République tchèque* offre sur ce point une bonne illustration. Alors que dans son arrêt de chambre³²⁵, la Cour a d'abord analysé les faits soumis à son appréciation comme entrant dans le premier des deux types de discrimination indirecte, elle est revenue sur cette analyse dans son arrêt de Grande Chambre³²⁶. Dans l'arrêt de chambre³²⁷, la Cour précise que « le critère de sélection des [enfants] n'était pas leur race ou leur origine ethnique, mais leurs déficiences, telles qu'elles ressortent de tests psychologiques subis par les intéressés »³²⁸. La réglementation en elle-même prévoyait pour la chambre une différence de traitement entre les enfants placés dans le système éducatif normal et ceux placés dans une des écoles spéciales, mais cette distinction reposait selon elle sur un critère apparemment neutre : les résultats du test psychologique. Néanmoins, c'est en raison de l'identification de ce critère de distinction neutre que la Cour conclut à l'absence de violation dans l'arrêt de chambre. Pour la Grande Chambre, c'est la réglementation tchèque qui est d'apparence neutre – c'est-à-dire ne prévoyant pas de différenciation *a priori* – et non pas le critère de distinction, et cette réglementation produit des effets disproportionnés sur les enfants d'origine rom. Les faits d'espèce sont alors analysés non comme une distinction opérée sur la base d'un critère neutre mais comme une réglementation d'apparence neutre qui ignore des inégalités de départ. Ce revirement dans l'analyse des mêmes faits suggère que la Cour interprète la discrimination indirecte uniquement comme une norme d'apparence neutre ayant des effets disproportionnés sur un groupe de personnes par rapport à un autre. Le choix de l'une ou l'autre définition de la discrimination indirecte conduit à des solutions différentes dans les deux arrêts, mais cela mène également à insister davantage sur l'existence d'un groupe de personnes défavorisé par la norme ou la pratique d'apparence neutre³²⁹.

³²⁵ Cour EDH, 2ème Section, *D.H. et autres c. République tchèque*, 7 février 2006, *op. cit.* note 221.

³²⁶ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136.

³²⁷ Cour EDH, 2ème Section, *D.H. et autres c. République tchèque*, 7 février 2006, *op. cit.* note 221. Dans cet arrêt de chambre, la Cour avait conclu à une absence de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n°1 relatif au droit à l'instruction.

³²⁸ *Ibid.*, §48.

³²⁹ V. *infra* §§93 et s.

87. Pour revenir à des considérations plus générales, cette nouvelle notion bouleverse la logique du droit de la non-discrimination conventionnel au point que certains y voient une révolution plus qu'une évolution³³⁰. D'une part, en concentrant l'analyse sur les effets de normes ou pratiques neutres, la discrimination indirecte se trouve détachée de toute logique relative à l'intentionnalité³³¹ – bien que dans un premier temps la juridiction conventionnelle ait été assez ambiguë sur la question³³². Cela permet à la Cour de constater la violation de la Convention même lorsqu'il est démontré qu'aucune autorité nationale n'a intentionnellement, explicitement ou directement institué une différence de traitement fondée sur un critère prohibé de discrimination³³³. D'autre part, la notion de discrimination indirecte accentue la prise en compte des inégalités persistantes malgré la mise en œuvre d'une égalité formelle. En effet, au regard du premier des trois critères de définition précédemment identifiés, l'exigence normative ou la pratique mise en cause paraît de prime abord respecter le principe de non-discrimination : l'apparence de neutralité s'interprète comme une apparence de respect du principe formel de non-discrimination puisque l'exigence normative ou la pratique en cause s'applique à tous. L'introduction de la discrimination indirecte en droit antidiscriminatoire au milieu des années 2000 a ainsi étendu le champ d'application du principe de non-discrimination : elle permet de prendre en compte davantage de situations de fait que la seule interdiction des discriminations directes. Par ailleurs, elle relève d'une logique de concrétisation de l'égalité poursuivie³³⁴ du

³³⁰ E. DUBOUT, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007) », *op. cit.* note 188, pp. 821-856.

³³¹ Ce point a d'ailleurs été explicitement rappelé par la Cour. V. Cour EDH, 1ère Section, *Taddeucci et McCall c. Italie*, 30 juin 2016, *op. cit.* note 279, §85 : « une politique ou une mesure générale qui ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes peuvent être considérées comme discriminatoires même si elles ne visent pas spécifiquement ce groupe *et s'il n'y a pas d'intention discriminatoire. Une telle situation s'analyse en une "discrimination indirecte"* ». Nous soulignons. Cette opinion est partagée par les observateurs de la jurisprudence conventionnelle et du droit de la non-discrimination. V. par exemple : A. ILIOPOULOU-PENOT, « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », *op. cit.* note 275, §§30 et 80 ; H. COLLINS, T. KHAITAN, « Indirect Discrimination Law : Controversies and Critical Questions », *op. cit.* note 288, pp. 1-30, not. p. 11 : « *the law of indirect discrimination or disparate impact does not require evidence of malign discriminatory purpose, motive or intention. Of course, the law is likely to catch persons who seek to hide their discriminatory motives or purposes behind deceptive neutral rules. But proof of bias, a discriminatory state of mind or malign purpose is unnecessary to establish a claim for indirect discrimination. Nor is proof of the absence of such an intention some kind of defence or excuse for the conduct that amounts to indirect discrimination* ».

³³² Cour EDH, 3ème Section, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, *op. cit.* note 299 ; Cour EDH, 2ème Section, *D.H. et autres c. République tchèque*, 7 février 2006, *op. cit.* note 221. V. également M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.* note 292, pp. 58-61. Pour l'auteure, la comparaison de l'arrêt de chambre et de l'arrêt de Grande chambre dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque* démontre cette ambiguïté. Alors que dans l'arrêt de chambre, la Cour avait conclu à l'absence de violation de l'article 14 puisqu'elle n'était pas parvenue à démontrer que les tests psychologiques étaient fondés sur des « préjugés raciaux » (§52), dans l'arrêt de Grande chambre, la Cour se départit de cette logique liée à l'intentionnalité pour se concentrer sur les effets disproportionnés de ces tests sur la minorité rom.

³³³ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §197.

³³⁴ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 423.

fait d'une prise en compte des causes structurelles des discriminations. De ce fait, bien plus que l'interdiction des discriminations directes, l'interdiction des discriminations indirectes met l'accent sur l'existence d'inégalités persistantes ou de différences de situation structurelles entre les individus.

b. L'interdiction des discriminations indirectes : une mutation du droit antidiscriminatoire mettant l'accent sur l'existence d'inégalités persistantes

88. L'extension des discriminations prohibées par l'introduction d'une interdiction des discriminations indirectes conduit à une prise en compte plus poussée des différences de situation entre les individus en droit de la non-discrimination³³⁵. La notion de discrimination indirecte implique que les différences de départ soient prises en considération dans la formulation des normes³³⁶. En effet, si la législation maltaise relative à l'établissement des listes de jurés ne respecte pas, dans l'affaire *Zarb Adami contre Malte*, les exigences du principe de non-discrimination³³⁷ c'est en raison des modalités de mise en œuvre de ladite législation lesquelles, bien que formulées de manière neutre, ont eu pour conséquence que « seul un pourcentage négligeable de femmes sont appelées à servir en qualité de juré »³³⁸. Autrement dit, la Cour invite les États à prendre en compte dans l'élaboration de leurs normes l'existence de différences de situation.

89. La prohibition des discriminations indirectes permet également une meilleure prise en compte des inégalités qui persistent malgré la mise en œuvre de politiques d'égalité. L'admission des statistiques comme moyen de preuve³³⁹ a notamment permis la mise en lumière de ces inégalités. Dans les affaires relatives à la ségrégation scolaire des enfants d'origine rom, la Cour examine ainsi longuement « le contexte historique »³⁴⁰ de discrimination à l'encontre des Roms en Europe et le contexte social de ségrégation des enfants roms en

³³⁵ B. HAVELKOVA, « Judicial Scepticism of Discrimination at the ECtHR », *op. cit.* note 318, pp. 83-103, p. 87 à propos de la décision *D.H. et autres c. République Tchèque* : « The Court in DH considered the wider societal context, and the particular disadvantage of the Roma, as highly relevant. This led the Court to conclude that a breach can originate from a de facto situation ». Nous soulignons.

³³⁶ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 7.

³³⁷ Cour EDH, 4ème Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, *op. cit.* note 135.

³³⁸ *Ibid.*, §75.

³³⁹ *Ibid.* ; Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136.

³⁴⁰ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §§12-14.

matière éducative³⁴¹. Dans l'arrêt de principe *D.H. et autres contre République tchèque*, elle rappelle que la minorité rom a ainsi souffert « tout au long de [son] histoire, de rejet et persécutions, qui culminèrent avec la tentative d'extermination perpétrée par les nazis [...]. Ce rejet séculaire a aujourd'hui pour résultat que les Roms vivent bien souvent dans des conditions très difficiles, fréquemment en marge des sociétés des pays dans lesquels ils se sont installés et que leur participation à la vie publique est extrêmement limitée »³⁴². Dans les affaires *Sampanis et autres contre Grèce*, *Horváth et Kiss contre Hongrie* et *Oršuš et autres contre Croatie*, si la Cour ne se penche pas particulièrement sur le passé de la minorité rom dans son argumentation, elle relève toutefois que « du fait de leurs vicissitudes et de leur perpétuel déracinement, les Roms constituent une minorité défavorisée et vulnérable qui a un caractère particulier [...]. Ils ont dès lors besoin d'une protection spéciale »³⁴³ ou encore que « du fait de leur histoire, les Roms constituent un type particulier de minorité défavorisée et vulnérable »³⁴⁴. Ces rappels permettent à la Cour d'établir l'existence de discriminations passées à l'encontre de la minorité rom en Europe, cette histoire servant alors de toile de fond à la discrimination indirecte subie en matière de placement des enfants dans des écoles spécialisées ou séparées. La Cour tisse peu à peu un lien entre discriminations structurelles et discrimination indirecte³⁴⁵.

90. De même, dans les affaires relatives aux violences domestiques, la Cour examine le contexte social national pour justifier l'existence d'une discrimination³⁴⁶. Dans l'affaire *Opuz*

³⁴¹ *Ibid.*, §§190-195 ; Cour EDH, 2ème Section, *Horváth et Kiss c. Hongrie*, 29 janvier 2013, req. n°11146/11, §§9-15.

³⁴² Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §13.

³⁴³ Cour EDH, 1ère Section, *Sampanis et autres c. Grèce*, 5 juin 2008, *op. cit.* note 314, §72.

³⁴⁴ Cour EDH (GC), *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 266, §147. V. également : Cour EDH, 2ème Section, *Horváth et Kiss c. Hongrie*, 29 janvier 2013, *op. cit.* note 340, § 102 : « *The Court has further established that, as a result of their turbulent history and constant uprooting, the Roma have become a specific type of disadvantage and vulnerable minority. They therefore require special protection* ».

³⁴⁵ Ce point de vue semble partagé par Deborah HELLMAN, laquelle considère que l'interdiction des discriminations indirectes permet de lutter contre les pratiques qui aggravent les injustices. V. D. HELLMAN, « Indirect Discrimination and the Duty to Avoid Compounding Injustice », in H. COLLINS, T. KHAITAN (dir.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 105-121, not. pp. 114-119.

³⁴⁶ Sur la relation entre la violence à l'égard des femmes et la discrimination, les travaux du Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes et de l'Organisation des Nations Unies ont permis d'établir ce lien. Ainsi, dans la Déclaration sur l'élimination de la violence contre les femmes des Nations Unies, la violence à l'égard des femmes traduit « des rapports de force historiquement inégaux entre hommes et femmes, lesquels ont abouti à la domination et à la discrimination exercées par les premiers et freiné la promotion des secondes ». V. Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, Résolution n°48/104, 20 décembre 1993. V. également : Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, *Recommandation générale n°19*, U.N. Doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15, 1992, not. §1 : « La violence fondée sur le sexe est une forme de discrimination qui empêche sérieusement les femmes de jouir des droits et libertés au même titre que les hommes » ; Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, *Recommandation générale n°35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la recommandation générale n°19*, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/35, 2017, not. §7 : « [la] violence fondée sur le sexe, qui compromet ou rend nulle la jouissance des droits individuels et des libertés fondamentales

contre Turquie en 2009, la requérante et sa mère étaient victimes de violences de la part du conjoint de la requérante. Malgré de nombreuses plaintes déposées par cette dernière et l'aide demandée aux autorités turques, le mari de la requérante avait toujours été relâché. La Cour conclut que la passivité généralisée des autorités turques en matière de violence domestique constitue une violation des articles 2, 3 et 14 de la Convention. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour ne se contente pas d'analyser les faits subis par la requérante elle-même et examine le contexte général dans lequel l'affaire prend place. La Cour observe à cet effet que la ville où résidait la requérante « compte le plus grand nombre de victimes recensées de violence domestique, et que celles-ci sont toutes des femmes ayant subi, le plus souvent, des violences physiques »³⁴⁷. Elle constate, à l'aide de rapports d'organisations non gouvernementales fournis par la requérante, que la législation turque prévoyant des recours ouverts aux femmes victimes de violence domestique n'est pas appliquée puisqu'« au lieu d'ouvrir une enquête, les agents des commissariats auprès desquels les victimes se présentent pour dénoncer des actes de violence domestique se posent en médiateurs pour tenter de les convaincre de rentrer chez elle et de retirer leur plainte ». Pour la Cour, « la violence domestique touche principalement les femmes et [...] la passivité généralisée et discriminatoire de la justice turque crée un *climat propice* à cette violence »³⁴⁸. L'usage de l'expression « climat propice » permet ici de dresser le constat d'un contexte préexistant dans lequel la discrimination indirecte subie par la requérante s'inscrit.

91. Partant de ce contexte préexistant, la Cour adopte une approche *in concreto* des situations de fait³⁴⁹ comme dans l'affaire *Eremia contre Moldavie*³⁵⁰. En l'espèce, la requérante subissait des violences de la part de son mari, un policier qui rentrait régulièrement en état d'ébriété. La requérante avait signalé ces incidents à la police et une ordonnance de protection

pour les femmes [...] constitue une discrimination ». Pour une analyse doctrinale de la question, V. H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, S. WRIGHT, « Feminist Approaches to International Law », *AJIL*, octobre 1991, vol. 85, n° 4, pp. 613-645, not. p. 625 : pour les auteures, le caractère genré du droit international explique la relégation de la violence domestique, de la violence sexuelle et des discriminations fondées sur le sexe à des catégories « spéciales » car « concernant les femmes ». Une approche similaire est développée par Andrew BYRNES : A. BYRNES, « Women, Feminism and International Human Rights Law - Methodological Myopia, Fundamental Flaws or Meaningful Marginalisation? Some Current Issues », *Aust. YBIL*, 1989 1988, n° 12, pp. 205-240, not. pp. 214 et s. V. également : D. ROMAN, « Le corps des femmes. Autonomie et intégrité corporelles dans la Convention », in D. ROMAN, *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Éditions A. Pedone, 2014, pp. 183-218, not. pp. 200-201 ; B. MEYERSFELD, *Domestic violence and international law*, Oxford, Hart, 2012, p. 106.

³⁴⁷ Cour EDH, 3ème Section, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, *op. cit.* note 140, §194.

³⁴⁸ *Ibid.*, §195. Nous soulignons

³⁴⁹ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.* note 171, pp. 138-139.

³⁵⁰ Cour EDH, 2ème Section, *Eremia c. Moldavie*, 28 mai 2013, *op. cit.* note 140.

avait été rendue avec injonction faite au mari de la requérante de quitter le domicile familial et de ne pas rentrer en contact avec sa femme ou leurs filles. Alors qu'une enquête pénale avait été ouverte, celle-ci fut suspendue pendant un an, sous réserve que le mari de la requérante ne récidive pas. Le procureur estimait notamment que l'intéressé avait commis « une infraction de moindre gravité » et ne « représentait pas un danger pour la société »³⁵¹. L'espèce se distingue de l'affaire *Opuz* en ce que les autorités avaient pris des mesures à la suite des plaintes de la requérante. Ce n'est pas tant la passivité – comprise comme une absence totale d'action – des autorités moldaves qui est en cause que « l'attitude fort critiquable des autorités qui n'ont absolument pas pris en compte la réalité de la situation »³⁵². La Cour en l'espèce n'examine ainsi pas directement le contexte social de perpétuation des violences domestiques en Moldavie. Elle se contente de renvoyer au rapport du Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la question³⁵³ faisant état d'attitudes discriminatoires envers les femmes et d'un contexte généralisé de violences. La Cour concentre son analyse sur l'enchaînement des décisions adoptées par les autorités nationales lesquelles ont refusé de traiter la procédure de divorce en urgence³⁵⁴, ont fait pression sur la requérante pour qu'elle retire sa plainte³⁵⁵, ont tardé à exécuter l'ordonnance de protection et ont suggéré une procédure de réconciliation estimant que la requérante « n'était ni la première ni la dernière femme à être battue par son mari »³⁵⁶. Le contexte général établi dans le rapport des Nations Unies et les éléments précédents l'amènent à conclure à une attitude discriminatoire de la part des autorités, laquelle est le résultat d'idées préconçues concernant le rôle des femmes : « *the authorities had failed to apply the domestic legislation intended to afford protection from domestic violence, as a result of preconceived ideas concerning the role of women in the family* »³⁵⁷. Là encore, alors même que la juridiction conventionnelle adopte une approche *in concreto* de la situation de fait, un lien

³⁵¹ *Ibid.*, §27 : « However, given that he had committed a “less serious offence”, did not abuse drugs or alcohol, had three minors to support, was well respected at work and in the community and “did not represent a danger to society”, the prosecutor suspended the investigation for one year subject to the condition that the investigation would be reopened should A. commit another offence during that time ».

³⁵² J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.* note 171, p. 139.

³⁵³ Cour EDH, 2^{ème} Section, *Eremia c. Moldavie*, 28 mai 2013, *op. cit.* note 140, §89 : « The findings of the United Nations Special rapporteur on violence against women, its causes and consequences (see paragraph 37 above) only support the impression that the authorities do not fully appreciate the seriousness and extent of the problem of domestic violence in Moldova and its discriminatory effect on women ». V. également : Conseil des droits de l'homme, ONU, 11^{ème} session, document A/HRC/11/6/Add.4, 8 mai 2009.

³⁵⁴ *Ibid.*, §86.

³⁵⁵ *Ibid.*, §87.

³⁵⁶ *Ibid.* : « It is also clear that the Călărași Social Assistance and family Protection Department had failed to enforce the protection order in the applicant's name until 15 March 2011 [...] and allegedly further insulted the applicant by suggesting reconciliation since she was anyway “not the first nor the last woman to be beaten up by her husband” ».

³⁵⁷ *Ibid.*, §80.

est établi entre l'existence de discriminations ou d'inégalités structurelles – tels que des comportements récurrents ou des idées préconçues – et la démonstration de l'existence d'une discrimination indirecte.

92. La prise en compte du contexte préexistant³⁵⁸ et les approches concrètes des situations de fait soumises à son appréciation rendent compte de la mutation de l'objectif poursuivi par le droit de la non-discrimination. L'égalité juridique entre les individus n'est ainsi plus le seul objectif poursuivi par l'interdiction des discriminations posée à l'article 14, puisque la jurisprudence de la Cour permet de lutter contre les causes structurelles des discriminations. L'interdiction des discriminations indirectes, du fait de la nécessité d'analyser de manière plus complète des situations de fait, permet ainsi de lutter contre la perpétuation de stéréotypes.

93. L'émergence de la discrimination indirecte en droit conventionnel permet ainsi une appréhension plus fine des situations factuelles et par suite une extension de la notion de discrimination. En affirmant que les mesures d'apparence neutre aux effets disproportionnés pour un groupe d'individus sont discriminatoires au sens de la Convention, la Cour ouvre la porte à la lutte contre les causes structurelles des inégalités³⁵⁹. Néanmoins, il ne s'agit pas de la seule « révolution »³⁶⁰ causée par la décision *D.H. contre République tchèque*. Cette nouvelle notion ouvre également la voie à la protection – voire la reconnaissance – en droit conventionnel des groupes minoritaires.

2.2. Une prise en compte des différences entre *groupes* de personnes

94. Comme indiqué précédemment, la discrimination indirecte repose sur trois critères de définition à savoir premièrement l'existence d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre ; deuxièmement l'existence d'un groupe, défini par une caractéristique

³⁵⁸ B. HAVELKOVA, « Judicial Scepticism of Discrimination at the ECtHR », *op. cit.* note 318, pp. 83-103, p. 94.

³⁵⁹ Pour le Conseil de l'Europe, « toutes les formes de discrimination sont interconnectées, car elles dépendent de *structures de pouvoir opérant dans des situations spécifiques*. Tous les types de discrimination, tels que le racisme, le sexisme, le classisme, l'âgisme, etc. sont liés aux *structures dans lesquelles ils prennent place* ». V. CONSEIL DE L'EUROPE, « campagne "L'intersectionnalité Transforme Nos Réalités" », mars 2022, url : [https://www.coe.int/fr/web/north-south-centre/intersectionality/-/asset_publisher/wMPHJcZn0JE6/content/structural-imbalance?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Ffr%2Fweb%2Fnorth-south-centre%2Fintersectionality%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_wMPHJcZn0JE6%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D5#{%22114868299%22:\[3\]}](https://www.coe.int/fr/web/north-south-centre/intersectionality/-/asset_publisher/wMPHJcZn0JE6/content/structural-imbalance?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Ffr%2Fweb%2Fnorth-south-centre%2Fintersectionality%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_wMPHJcZn0JE6%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D5#{%22114868299%22:[3]}).

³⁶⁰ E. DUBOUT, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007) », *op. cit.* note 188, pp. 821-856.

protégée, qui soit affecté par cette disposition, ce critère ou cette pratique ; et troisièmement que le groupe de personnes affecté se trouve dans une situation comparable à d'autres personnes non affectées par ce désavantage³⁶¹. Pour Hugh COLLINS et Tarunabh KHAITAN, le fait que la discrimination indirecte soit centrée sur la notion de groupe est un des principaux critères de distinction de cette forme de discrimination et de la discrimination directe³⁶², allant jusqu'à estimer que « *indirect discrimination is always about groups* »³⁶³. La notion de groupe est ainsi au cœur de l'interdiction des discriminations indirectes³⁶⁴, au point qu'Edouard DUBOUT y voit un glissement vers une conception collective de l'égalité³⁶⁵. Elle est d'ailleurs doublement au cœur de cette interdiction puisqu'elle joue tant dans l'identification de la situation de fait – c'est-à-dire au stade de l'établissement de l'existence des effets disproportionnés causés par une norme, une pratique ou un critère d'apparence neutre – que dans la comparaison des situations. Ainsi, dans l'arrêt de principe *D.H. contre République tchèque*, la Cour n'établit pas l'existence d'effets disproportionnés sur les requérants de la législation litigieuse. Elle établit l'existence d'effets disproportionnés de la législation sur la *communauté rom*, par l'observation des statistiques fournies pour l'ensemble des enfants roms placés dans des écoles spéciales en République tchèque³⁶⁶. La Cour relève à ce titre que les données soumises à son analyse « ne concernent pas uniquement la région d'Ostrava et fournissent [...] une image plus générale »³⁶⁷ sur la scolarisation des enfants roms dans le pays. De même, en établissant qu'il existe une « différence de traitement entre les enfants roms et les enfants non roms » en République tchèque et non une différence de traitement entre les requérants et d'autres enfants placés dans une situation analogue, la Cour ancre son raisonnement dans une logique reposant

³⁶¹ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Manuel, 2011, 176 p., p. 33.

³⁶² H. COLLINS, T. KHAITAN, « Indirect Discrimination Law : Controversies and Critical Questions », *op. cit.* note 288, pp. 1-30, p. 19 : « *One of those differences by which the distinction is drawn concerns the perspective on discrimination. Direct discrimination is normally (although not necessarily) concerned with a particular action of one individual against another individual, such as where an employer decides not to hire a woman for a job. In contrast, indirect discrimination is always about groups : the question is whether a protected group is disproportionately disadvantaged by an action (or rule or practice) in comparison with a cognate comparator group* ».

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes (1) - Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 196, pp. 197-222, p. 212.

³⁶⁵ E. DUBOUT, « Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ? (en marge de l'arrêt D. H. et autres c. République tchèque du 7 février 2006) », *op. cit.* note 189, pp. 851-883 ; E. DUBOUT, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007) », *op. cit.* note 188, pp. 821-856. Pour une discussion approfondie de ce point, V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

³⁶⁶ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §§190-193.

³⁶⁷ *Ibid.*, §193.

principalement sur la notion de groupe de personnes³⁶⁸. La situation spécifique des requérants s'efface derrière la situation du groupe. L'expression « d'effets de groupe » ou « d'effet préjudiciable disproportionné [...] sur un groupe »³⁶⁹ démontre en effet que ce ne sont pas tant les effets de la législation litigieuse sur les requérants qui intéressent la Cour que l'existence d'une situation préjudiciable collective. Ainsi, au stade de la conclusion, elle estime que « dès lors qu'il a été établi que l'application de la législation pertinente avait à l'époque des faits *des effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté rom*, les requérants *en tant que membre de cette communauté* ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire. Cette conclusion dispense la Cour de se pencher sur leurs cas individuellement »³⁷⁰. La Cour tranche ici collectivement le cas d'espèce qui lui est soumis, pour l'ensemble du groupe minoritaire auquel les requérants appartiennent.

95. Un raisonnement presque identique apparaît dans les affaires suivantes en matière de discrimination indirecte. L'analyse en termes d'« effets de groupe », de « communauté » et reposant sur la supposition que les requérants ont nécessairement subi la discrimination indirecte démontrée pour l'ensemble du groupe à laquelle ils appartiennent se retrouve ainsi dans les applications ultérieures de la jurisprudence *D.H.* en matière de ségrégation scolaire³⁷¹. Ce raisonnement n'est cependant pas propre aux discriminations indirectes subies par la minorité rom. La référence à une « communauté » de personnes est ainsi particulièrement évidente dans la décision *Genderdoc-M contre Moldavie*³⁷² du 12 juin 2012. En l'espèce, l'association requérante estimait que le refus d'autorisation d'une manifestation pacifique devant le Parlement moldave organisée en vue de faire pression pour l'adoption d'une loi visant à protéger les minorités sexuelles contre les discriminations était motivé par l'objet social de

³⁶⁸ E. DUBOUT, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., *D.H.* et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007) », *op. cit.* note 188, pp. 821-856, p. 828 : « Dans ce schéma, le contrôle du respect de l'interdiction des discriminations s'effectue entre des communautés de personnes et non entre des personnes elles-mêmes ».

³⁶⁹ Cour EDH, 3^{ème} Section, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, *op. cit.* note 299 ; Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §184.

³⁷⁰ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §209.

³⁷¹ Par exemple : Cour EDH, 2^{ème} Section, *Horváth et Kiss c. Hongrie*, 29 janvier 2013, *op. cit.* note 340, not. §111 : « *Although the policy and the testing in question have not been argued to aim specifically at that group, for the Court there is consequently a prima facie case of indirect discrimination* » ; §128 : « *Since it has been established that the relevant legislation, as applied in practice at the material time, had a disproportionately prejudicial effect on the Roma community, and that the State, in a situation of prima facie discrimination, failed to prove that it has provided the guarantees needed to avoid the misdiagnosis and misplacement of the Roma applicants, the Court considers that the applicants necessarily suffered from the discriminatory treatment* ». Nous soulignons.

³⁷² Cour EDH, 3^{ème} Section, *Genderdoc-M c. Moldavie*, 12 juin 2012, req. n°9106/06.

ladite association, à savoir la protection de la communauté LGBT³⁷³. La Cour fait droit à cette interprétation des faits, considérant que l'interdiction de la manifestation trouvait sa source dans l'opposition des autorités à l'égard de manifestations considérées comme faisant la promotion de l'homosexualité³⁷⁴. À aucun moment la Cour ne vise d'individus particuliers, suggérant que la discrimination indirecte subie en l'espèce concerne bien un groupe de personnes identifiées en raison de leur orientation sexuelle. Néanmoins, un tel constat semble relever de l'évidence au regard de la nature collective de la requérante en l'espèce – une association.

96. La référence à un groupe de personnes se retrouve également dans l'arrêt de Grande Chambre *Biao contre Danemark* du 24 mai 2016³⁷⁵. Le requérant, un homme naturalisé danois deux ans avant son mariage avec une ressortissante ghanéenne, demandait à bénéficier du regroupement familial au Danemark pour sa femme. Les autorités danoises lui refusèrent alors en raison de la « règle des vingt-huit ans » laquelle permet d'estimer les attaches suffisantes des ressortissants danois avec le Danemark afin de bénéficier du regroupement familial. Cette règle dispense notamment de la condition des attaches les personnes titulaires de la nationalité danoise depuis au moins vingt-huit ans. Or, une telle politique a des effets différents selon que l'obtention de la nationalité se fait à la naissance ou à la suite d'une naturalisation, puisque la condition des attaches n'est applicable aux ressortissants danois de naissance que jusqu'à l'âge de vingt-huit ans. La chambre³⁷⁶ avait estimé qu'il existait bien une différence de traitement entre les Danois de naissance et les Danois d'origine étrangère, mais que celle-ci était justifiée par un but légitime³⁷⁷ et proportionnée au regard du fait que « l'ensemble des attaches des

³⁷³ *Ibid.*, not. §43 : « *The applicant association argued that the assembly at issue was banned due to the fact that it promoted the interests of and was organised by the gay community. The applicant association alleged that, starting from 2005, all its demonstrations were banned and that it continued to experience difficulty in organising events* » ; §45 : « *Lastly, the applicant association argued that the Government's argument about 98% of the Moldovan population being Christian Orthodox, about their moral and religious values and the petitions adduced as evidence (see above paragraph 24), indicates that the demonstration was banned because of the sexual orientation of the organisers and because the applicant association was promoting the rights of the LGBT community* ». Nous soulignons.

³⁷⁴ *Ibid.*, §54 : « *the Court considers that the reason for the ban imposed on the event proposed by the applicant was the authorities' disapproval of demonstrations which they considered to promote homosexuality. In particular, the Court highlights that the Chişinău Mayor's Office – a decision-making body in the applicant's case – has insisted two times before the Court of Appeal that the applicant's assembly should be banned due to the opposition of many Moldovan citizens to homosexuality* ».

³⁷⁵ Cour EDH (GC), *Biao c. Danemark*, 24 mai 2016, *op. cit.* note 223.

³⁷⁶ Cour EDH, 2ème Section, *Biao c. Danemark*, 25 mars 2014, req. n°38590/10.

³⁷⁷ *Ibid.*, §94 : « Elle constate que les principes et les conclusions énoncés dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* [...], d'où il ressort notamment qu'« il existe en général des raisons sociales convaincantes d'accorder un traitement spécial à ceux dont les attaches avec un pays découlent de leur naissance sur son territoire ou de leur qualité de ressortissant ou de résident de longue durée de ce pays » [...], n'ont pas été remis en cause par sa jurisprudence récente. En conséquence, elle admet que le but avancé par le Gouvernement pour justifier la

requérants avec le Danemark n'étaient pas plus étroites que leurs liens avec un autre pays »³⁷⁸, en l'espèce le Ghana, pays où ils avaient été élevés. Elle avait alors conclu à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. La Grande Chambre conclut quant à elle à la violation de ces dispositions et admet que la « règle des vingt-huit ans » constitue une discrimination indirecte fondée sur l'origine. Aux termes de son raisonnement, elle analyse la situation des requérants en usant d'expressions englobantes, abstraites et généralistes telles que : « les citoyens danois », « les Danois expatriés »³⁷⁹, « des Danois d'origine ethnique danoise ou des Danois d'une autre origine ethnique »³⁸⁰, « les catégories de personnes concernées »³⁸¹, « certains groupes d'immigrants »³⁸², etc. Elle rappelle en outre que la question qui lui est posée est celle de savoir « si l'application de la règle des vingt-huit ans a en pratique un effet préjudiciable disproportionné *sur les personnes* qui, comme le requérant, ont acquis la nationalité danoise après la naissance et qui ne sont pas d'origine ethnique danoise »³⁸³. L'usage du pluriel rend compte de l'existence d'une situation préjudiciable collective à savoir « [le désavantage subi par] les personnes d'origine ethnique étrangère qui ont acquis la nationalité danoise après la naissance »³⁸⁴ et non le seul requérant. Comme dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, s'il est indéniable que les requérants ont subi un préjudice particulier, celui-ci s'efface derrière ou à tout le moins découle de la preuve d'un préjudice collectif. Sans entrer dans le détail, il en est de même dans les affaires relatives aux violences à

dérogation à la « condition des attaches » introduite par la règle des vingt-huit ans est légitime au regard de la Convention ».

³⁷⁸ *Ibid.*, §105.

³⁷⁹ Cour EDH (GC), *Biao c. Danemark*, 24 mai 2016, *op. cit.* note 223, §107.

³⁸⁰ *Ibid.*, §108.

³⁸¹ *Ibid.* §111.

³⁸² *Ibid.* §118.

³⁸³ *Ibid.*, §105. Nous soulignons.

³⁸⁴ *Ibid.*, §130.

l'égard des femmes³⁸⁵, aux discriminations indirectes fondées sur le sexe³⁸⁶ ou sur l'orientation sexuelle³⁸⁷.

97. L'interdiction des discriminations indirectes centre ainsi l'analyse sur l'existence de communautés, de groupes, de collectifs, auxquels les requérants appartiennent. Pour certains, la notion de groupe est même au cœur de la distinction typique entre discrimination directe et indirecte puisque la discrimination directe serait subie par un individu quand la définition de la discrimination indirecte repose sur des effets de groupe³⁸⁸. De la même manière, quand la discrimination directe repose *a priori* sur la comparaison de la situation du requérant avec celle d'un individu abstrait, la discrimination indirecte repose par principe sur la comparaison entre des groupes de personnes³⁸⁹.

98. **Conclusion de la section.** Les évolutions du droit de la non-discrimination accentuent la prise en compte des différences entre les individus – lesquelles peuvent être situationnelles, mais également identitaires. L'interdiction des discriminations par absence de différenciation

³⁸⁵ Par exemple : Cour EDH, 3ème Section, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, *op. cit.* note 140, §146 « Ayant constaté que le cadre législatif constituait un obstacle à la protection effective *des victimes de violences domestiques (...)* ». Nous soulignons.

³⁸⁶ Par exemple : Cour EDH, 2ème Section, *Di Trizio c. Suisse*, 2 février 2016, req. n°7186/09, not. §89 : « le Tribunal fédéral a admis lui-même que la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité s'applique *majoritairement aux femmes* ayant réduit leur taux d'activité après la naissance d'un enfant. Le Gouvernement ne conteste pas, dans ses observations devant la Cour, que la méthode mixte affecte *avant tout les femmes*. Par ailleurs, dans son rapport du 1er juillet 2015 (paragraphe 38 et suivants ci-dessus), le Conseil fédéral a noté que la méthode mixte était appliquée *dans 98 % des cas aux femmes* (selon les rentes calculées en décembre 2013) » ; §102 : « *Par-delà ces considérations générales* par rapport à la méthode mixte, la Cour estime que le refus d'octroi de toute rente, même partielle, entraîne pour la requérante des conséquences concrètes importantes, même à supposer qu'elle puisse travailler à temps partiel ». Nous soulignons. Il est à relever que là encore, la Cour s'attache davantage à démontrer le caractère discriminatoire de la mesure, pratique ou politique litigieuse afin d'en faire découler les conséquences importantes pour la requérante.

³⁸⁷ Par exemple : Cour EDH, 1ère Section, *Taddeucci et McCall c. Italie*, 30 juin 2016, *op. cit.* note 279, not. §94 : « Il est vrai que la loi italienne ne traitait pas différemment les couples hétérosexuels non mariés des couples homosexuels (paragraphe 82 ci-dessus), mais limitait la notion de "membres de la famille" aux conjoints hétérosexuels. Cependant, le fait d'appliquer la même règle restrictive découlant du décret législatif no 286 de 1998 aux couples hétérosexuels non régularisés et aux couples homosexuels, dans le seul but de protéger la famille traditionnelle (paragraphe 93 ci-dessus), a soumis les requérants à un traitement discriminatoire. En effet, sans justification objective et raisonnable, l'État italien a omis de les traiter différemment des couples hétérosexuels et de tenir compte de la capacité de ces derniers d'obtenir une reconnaissance légale de leur relation, et donc de satisfaire aux exigences du droit interne aux fins de l'octroi du permis de séjour de famille, une possibilité dont les requérants ne jouissaient pas ». Il convient toutefois de relever qu'en l'espèce, la Cour se refuse à une analyse *in abstracto* de l'affaire et se concentre, bien plus que dans d'autres affaires, sur les effets particuliers de la législation sur le couple de requérants (§94 également).

³⁸⁸ H. COLLINS, T. KHAITAN, « Indirect Discrimination Law : Controversies and Critical Questions », *op. cit.* note 288, pp. 1-30, p. 19.

³⁸⁹ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, *op. cit.* note 257, 262 p., pp. 74-75 : « *although indirect discrimination is structurally comparative, the nature of the comparator analysis is very different from that used in direct discrimination cases. The comparative analysis for indirect discrimination involves groups rather than individuals* ».

s'est en effet traduite en une obligation faite aux États de prendre en compte les différences de situation individuelles comme collectives dans l'élaboration des normes. L'interdiction des discriminations indirectes s'est traduite, quant à elle, par une accentuation de la prise en compte des effets des normes sur les groupes de personnes, y compris donc les groupes minoritaires. Ces mutations conduisent à admettre un certain tournant dans le droit antidiscriminatoire conventionnel opéré au cours des années 2000 : interprétée de manière abstraite, l'interdiction des discriminations s'est bel et bien enrichie par la prise en compte de l'existence de différences entre individus, voire entre groupes d'individus. Si la notion d'identité en tant que telle n'est pas explicitement mobilisée dans l'utilisation de ces notions, celles-ci permettent toutefois la protection de certains groupes minoritaires et par suite de leur(s) identité(s). Ainsi, ces mutations normatives participent à faire du droit de la non-discrimination un domaine privilégié dans la prise en compte des identités.

99. Ces évolutions intrinsèques à la grammaire du droit de la non-discrimination ont par ailleurs été renforcées par des facteurs extrinsèques et notamment, par les nouvelles mobilisations contentieuses dont il a fait l'objet sur la même période ; elles aussi ont rendue plus visible la question des groupes et de leur protection.

Section 2. Le renouvellement des usages du droit de la non-discrimination

100. L'idée selon laquelle nous serions désormais rentrés dans une « ère de la "politique de la reconnaissance" »³⁹⁰ pour reprendre les propos de Marcel GAUCHET renvoie notamment à l'hypothèse d'un renouvellement de la mobilisation des textes juridiques, désormais plus largement indexée à l'objectif de reconnaissance de nouveaux droits pour les minorités. Le droit de la non-discrimination serait particulièrement traversé par ce phénomène puisqu'il ferait l'objet de nouvelles mobilisations contentieuses, notamment devant la Cour européenne des droits de l'homme. Il n'est cependant pas aisé de le démontrer en l'absence de disponibilité de l'ensemble des requêtes déposées au greffe de la Cour. En revanche, l'analyse des arrêts rendus par la Cour sur le fondement de l'article 14 peut apporter des éclairages sur la mobilisation de cette disposition par les requérants.

³⁹⁰ M. GAUCHET, « Trois figures de l'individu », *op. cit.* note 160, pp. 72-78, p. 75.

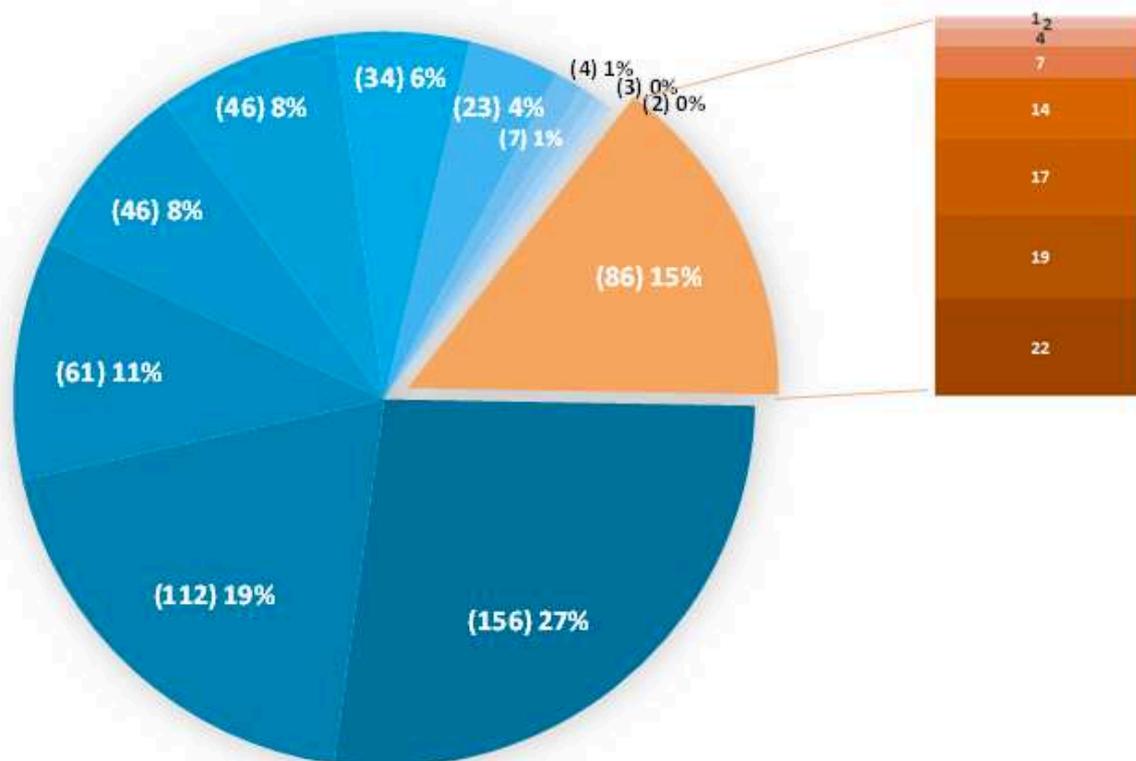
101. Le premier constat qui peut être fait est celui de la très grande diversité des motifs de discrimination soulevés par les requérants devant la Cour. Notre étude, basée sur le dépouillement et l'analyse de 580 arrêts a permis de recenser pas moins de 99 motifs de discrimination différents invoqués par les requérants³⁹¹. Cela s'explique par le fait que la liste de motifs prohibés de l'article 14 est une liste ouverte, l'expression « ou toute autre situation » laissant la possibilité aux requérants de déposer des requêtes relatives à des allégations de discrimination en matière de logement³⁹² ou en matière de carrière³⁹³ par exemple - pour ne prendre que deux motifs qui ne sont pas explicitement listés à l'article 14. *A priori*, une telle diversité dans les motifs de discrimination soulevés ne donne pas d'indication quant à la mobilisation du droit de la non-discrimination par des groupes minoritaires. Il est cependant possible de trier ces différents motifs et de les regrouper en une quinzaine de catégories. Ainsi, 27% des arrêts rendus par la Cour concernent des affaires relatives au motif du sexe, du genre, ou de l'orientation sexuelle ; 19% des arrêts rendus concernent des affaires relatives aux motifs de la race ou de l'origine ethnique – que la Cour confond généralement – ; 11% des arrêts rendus concernent des affaires relatives à la nationalité ou à l'appartenance à une minorité nationale (c'est-à-dire les affaires dans lesquelles un ou une ressortissante nationale a une origine étrangère, les minorités ethnoculturelles saisissant la Cour en usant du motif de l'origine ethnique) ; 8% des arrêts rendus concernent des affaires relatives à la situation familiale des requérants ; etc.³⁹⁴. Le regroupement de motifs proches en une seule et même catégorie permet d'accroître la lisibilité des données disponibles. Ces chiffres donnent une indication quant à la mobilisation de l'article 14 par les requérants devant la Cour européenne des droits de l'homme puisqu'ils rendent compte de la nature des requêtes généralement portées devant la Cour. On observe ainsi que, majoritairement, les motifs relatifs à l'appartenance à un groupe ethnique, religieux, national sont prépondérants, ce qui permet de soulever l'hypothèse d'une mobilisation collective du droit de la non-discrimination. Il ne faut toutefois pas ignorer d'autres mobilisations qui ne renvoient pas *stricto sensu* à une logique d'appartenance à un groupe de personnes constitué autour d'une identité partagée. C'est le cas pour les affaires relatives au motif des opinions politiques. Elles restent toutefois moins nombreuses.

³⁹¹ Sur la construction de la base jurisprudentielle fondant notre étude, V. *supra*, Introduction générale, §39.

³⁹² V. par exemple : Cour EDH (GC), *Larkos c. Chypre*, 21 février 1997, req. n°29515/95 (discrimination des locataires d'un bien appartenant à l'État par rapport aux locataires d'un bien appartenant à un propriétaire privé).

³⁹³ V. par exemple : Cour EDH, 2ème Section, *Bucheň c. République tchèque*, 26 novembre 2002, req. n°36541/97 (discrimination des militaires de carrière qui, après leur départ de l'armée, deviennent juges, par rapport aux militaires de carrière qui, après leur départ de l'armée, sont employés en tant qu'agents civils).

³⁹⁴ V. Graphique n° 1.



- Genre, sexe, identité de genre, orientation sexuelle
 - Race, origine ethnique
 - Nationalité, appartenance à une minorité nationale, type de titres de séjour
 - Naissance, situation familiale, filiation, nature du mariage
 - Religion
 - Opinions politiques, appartenance à un syndicat, appartenance à un parti politique, appartenance à une organisation politique illégale
 - Handicap, santé, état de santé, séropositivité
 - Lieu de résidence, pays de résidence
 - Âge
 - Langue
 - Citoyenneté
 - Autre situation (non liée à l'identité)
- Catégorie de lycées
 - Catégorie de médias
 - Catégorie de victimes
 - Affaires économiques, ventes, entrepreneuriat, types de clients
 - Situation carcérale, situation pénitentiaire, détention, types d'infraction commise
 - Égalité devant l'impôt
 - Fortune, épargne; situation fiscale, propriété, logement, locataires
 - Emploi, profession, carrière, retraite, durée de cotisation; licenciement discriminatoire, participation à des missions humanitaires ou militaires

Graphique n° 1 : Répartition des arrêts rendus selon le motif de discrimination allégué

102. À cette analyse des motifs de discrimination soulevés par les requérants, on peut ajouter une analyse diachronique de la jurisprudence antidiscriminatoire de la Cour depuis 1968. L'observation de l'évolution du nombre d'arrêts rendus selon le motif de discrimination soulevé

depuis le célèbre arrêt « *Affaire linguistique belge* »³⁹⁵, permet de formuler un second constat : certains motifs sont davantage soulevés depuis quelques années que pendant les premières années de mobilisation de l'article 14³⁹⁶. Au cours des années 2000, certains motifs – tels que les motifs de l'appartenance à une minorité nationale ou de la nationalité, les motifs de la race ou de l'origine ethnique, le motif du sexe, les motifs de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre – ont fait l'objet de nombreux arrêts rendus par la Cour. Par ailleurs, certains motifs, peu mobilisés jusque-là, ont fait leur entrée dans la jurisprudence européenne au cours des vingt-cinq dernières années, suggérant que certains problèmes discriminatoires sont propres à la période récente. Là encore, l'hypothèse d'une mobilisation collective, voire communautaire, du droit de la non-discrimination peut être soulevée : la période récente a été marquée par une recrudescence de jurisprudences relatives à des groupes de personnes ou des questions d'identité.

³⁹⁵ Cour EDH [plén.], « *Affaire linguistique belge* », 23 juillet 1968, *op. cit.* note 133.

³⁹⁶ V. Graphique n° 2.



Graphique n° 2 : Évolution depuis 1968 des arrêts rendus selon le motif de discrimination soulevé

103. L'analyse chiffrée de la jurisprudence antidiscriminatoire permet donc de suggérer de nouveaux schémas de mobilisation de l'article 14 au cours des 25 dernières années. Ont ainsi émergé des revendications davantage collectives (1), nécessitant pour la Cour de se pencher sur la question des groupes de personnes (2).

1. L'émergence de revendications collectives

104. Le droit de la non-discrimination est perçu comme étant par nature revendicatif, par opposition au principe général d'égalité³⁹⁷, au sens où les requérants lorsqu'ils déposent une requête en matière de droit de la non-discrimination portent des réclamations, c'est-à-dire demandent à obtenir ce que d'autres qu'eux perçoivent. La revendication se définit donc comme le fait de « réclamer ce qui est considéré comme revenant de droit, comme dû, comme indispensable »³⁹⁸. La revendication serait égalitaire lorsque la réclamation qu'elle comporte porte sur une question d'égalité entre individus. Elle serait de nature identitaire lorsqu'elle est portée par des personnes membres de groupes minoritaires désirant que des mesures spécifiques soient adoptées en leur faveur.

105. La Cour européenne des droits de l'homme n'emploie cependant pas cette terminologie. Aux fins de la présente étude, nous utiliserons l'expression de revendications collectives, comprises comme des revendications portées par des groupes de personnes³⁹⁹, qu'elles soient de nature égalitaire ou identitaire. Est une revendication collective, la demande de bénéficier de l'application du droit de la non-discrimination pour un ensemble de personnes identifié ou identifiable.

106. S'il est impossible de connaître les revendications précises portées par les requérants, il est en revanche possible d'étudier les types de requêtes qui ont *in fine* fait l'objet d'un arrêt par la juridiction strasbourgeoise. Les requêtes déposées dans les vingt dernières années et ayant donné lieu à un arrêt portent-elles plus que par le passé des demandes de nature collective ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire de distinguer entre les demandes de nature

³⁹⁷ V. par exemple : D. ANDOLAFATTO et al., *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, Rapport final, 214.04.03.21, CREDESPO - Université de Bourgogne, avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice, juin 2016, p. 79. Sur la distinction entre principe de non-discrimination et principe d'égalité, V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, §§483 et s..

³⁹⁸ « Revendication », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, sans date, en ligne <https://www.cnrtl.fr/definition/revendication> (consulté le 10 septembre 2020).

³⁹⁹ En ce sens, les revendications collectives font l'objet du dépôt d'une requête, laquelle peut donner lieu, à l'issue du processus de filtrage des requêtes, à un examen par une des sections de la Cour.

collective parce que portées par un groupe de personnes devant la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement du droit au recours individuel de l'article 34 de la Convention d'une part (1.1.), et les requêtes portées par des individus seuls pour lesquelles l'atteinte à un droit garanti soulevée par le ou la requérante est relative à son appartenance à un groupe de personnes d'autre part (1.2.).

1.1. Les requêtes collectives dans le cadre du droit de recours individuel

107. À l'origine, les rédacteurs de la Convention avaient prévu le recours individuel comme une voie de recours facultative⁴⁰⁰. Il s'agit désormais de la clé de voûte du système européen de protection des droits de l'homme, les recours interétatiques ne représentant que très peu de requêtes⁴⁰¹. Les recours individuels sont prévus à l'article 34 de la Convention qui dispose que : « [la] Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou *tout groupe de particuliers* qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. (...) »⁴⁰². Ainsi, tout du moins depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 en 1998⁴⁰³, le recours individuel formé par un groupe de personnes est possible de manière directe devant la Cour européenne des droits de l'homme. Il faut toutefois analyser plus en détail les requêtes portées par un groupe de particuliers pour comprendre le lien existant entre ce type de requêtes et l'émergence de revendications collectives.

108. Premièrement, l'inscription dans le texte conventionnel de la possibilité offerte à des groupes de particuliers de déposer des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme permet que des revendications de nature collectives soient portées jusqu'à Strasbourg. Il n'est ainsi pas étonnant que le premier arrêt rendu en matière d'interdiction des discriminations soit issu d'une requête formée par un groupe de particuliers au titre du droit de recours individuel⁴⁰⁴. En l'occurrence, l'« *Affaire linguistique belge* » avait pour origine six requêtes introduites par un groupe de particuliers composé de trois cent vingt-quatre

⁴⁰⁰ Ancien art. 25, Convention EDH, *op. cit.* note 48.

⁴⁰¹ 24 requêtes ont été déposées sur le fondement de l'article 33 de la Convention (anciennement article 24). V. sur la place des deux voies de recours S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, p. 141.

⁴⁰² Art. 34, Convention EDH, *op. cit.* note 48. Nous soulignons.

⁴⁰³ Le droit de recours individuel a connu des évolutions depuis 1950. Ce n'est que depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention que le droit de recours individuel constitue un droit de saisine directe et « sans restriction » de la Cour. V. I. CABRAL BARRETO, « Le droit de recours individuel devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *Revue québécoise de droit international*, 2002, n° 15-2, pp. 1-23, p. 3.

⁴⁰⁴ Cour EDH [plén.], « *Affaire linguistique belge* », 23 juillet 1968, *op. cit.* note 133.

ressortissants belges, francophones ou s'exprimant le plus souvent en français dans leur vie quotidienne, qui souhaitent que leurs enfants soient instruits dans cette langue, quand bien même ils résidaient dans une région considérée par la loi belge comme une « région de langue néerlandaise »⁴⁰⁵. Comme le rappelle Julie RINGELHEIM dans sa thèse, « la possibilité de disposer d'un enseignement dans leur langue représente souvent l'une des revendications majeures des personnes appartenant à des minorités linguistiques. [...] [L']enjeu est également d'ordre culturel et identitaire : l'utilisation d'une langue dans l'enseignement est un moyen essentiel d'en assurer la survie et la transmission aux nouvelles générations »⁴⁰⁶. Si dans l'arrêt rendu le 23 juillet 1968, la Cour ne reconnaît pas de droit à l'instruction dans une langue particulière⁴⁰⁷, elle est cependant confrontée pour la première fois tant à l'application de l'article 14 qu'à la problématique des revendications d'un groupe minoritaire⁴⁰⁸. En effet, en l'espèce, les requérants estimaient que les lois de 1963 et 1932 contraignaient les parents d'élèves souhaitant instruire leurs enfants en français soit à l'émigration scolaire à Bruxelles ou en Wallonie, soit à les inscrire dans des écoles privées dans la région de langue flamande, écoles pour lesquelles les diplômes qui y sont délivrés ne sont pas homologués par le législateur. Ils réclamaient ainsi la possibilité d'instruire leurs enfants dans la langue de leur choix. La législation belge introduisait donc une différence de traitement entre les enfants néerlandophones et les enfants francophones de la région flamande – ce que ni la Commission ni la Cour ne nient⁴⁰⁹ – qui, à défaut d'une justification objective et raisonnable, pouvait donc être qualifiée de discrimination. Sans entrer dans le détail de la décision rendue par la Cour, on peut toutefois relever que les requêtes formées par un groupe de particuliers, y compris identifiable comme un groupe minoritaire, ne sont pas récentes dans la jurisprudence de la Cour, et que dès 1968 la Cour est confrontée à des revendications collectives – obtenir le droit d'instruire des enfants dans une langue spécifique – de la part d'un groupe de personnes.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, §27.

⁴⁰⁶ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 152, p. 169.

⁴⁰⁷ Cour EDH [plén.], « *Affaire linguistique belge* », 23 juillet 1968, *op. cit.* note 133, §11.

⁴⁰⁸ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 152, p. 271. Sur l'usage du qualificatif « minoritaire », il s'agit ici d'un groupe minoritaire au sens strict, puisque les personnes francophones sont proportionnellement moins nombreuses que les personnes néerlandophones dans les régions de langue flamande. Ils constituent donc un groupe numériquement inférieur. Mais il s'agit également d'un groupe minoritaire en ce qu'ils constituent une minorité ethnoculturelle c'est-à-dire « un groupe numériquement inférieur au reste de la population, en position non dominante, qui se différencie par des caractéristiques religieuses, linguistiques ou ethniques et dont les membres manifestent le désir de conserver ces traits qui les distinguent » selon Julie RINGELHEIM. *Ibid.*, p. 13.

⁴⁰⁹ Cour EDH [plén.], « *Affaire linguistique belge* », 23 juillet 1968, *op. cit.* note 133, §7.

109. Deuxièmement, on observe à l'analyse de l'ensemble de la jurisprudence rendue par la juridiction strasbourgeoise en matière de non-discrimination que les arrêts rendus par la Cour ayant eu pour origine une ou des requêtes portées par un groupe de particuliers représentent 37% de la totalité des arrêts rendus par la Cour sur le fondement de l'article 14⁴¹⁰. Ainsi, les requêtes collectives ne sont ni nouvelles ni exceptionnelles.

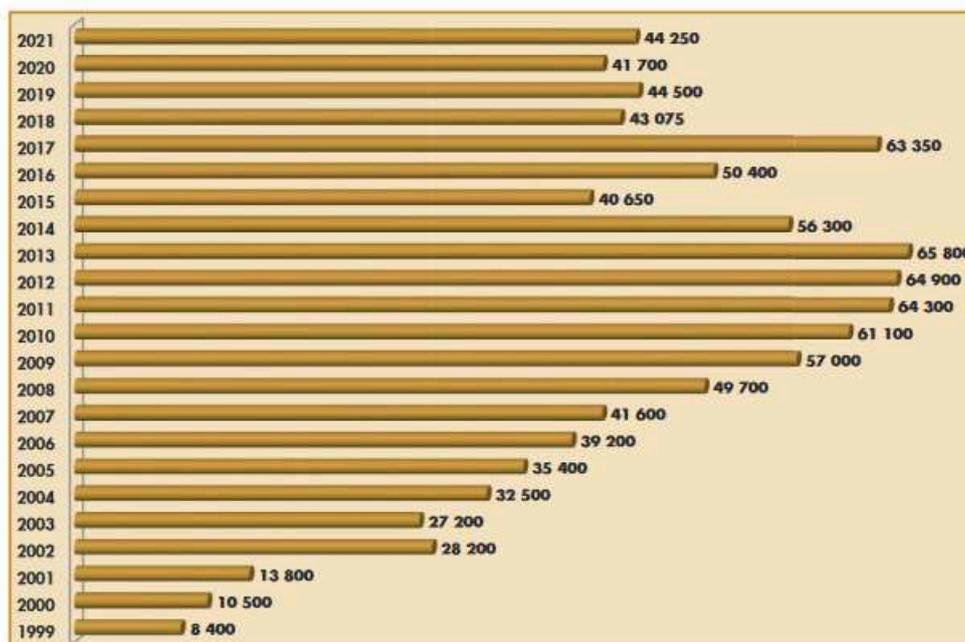
110. Troisièmement enfin, on observe une nette augmentation de ce type de requêtes depuis le milieu des années 2000⁴¹¹. Ainsi, en 2004, 13 des 23 arrêts rendus ont eu pour origine une requête déposée par un groupe de particuliers, représentant 56,52% des arrêts de notre étude, alors que depuis 1968 et ce jusqu'en 2002, moins de 5 arrêts par an avaient cette origine. De plus, depuis 2003, le nombre d'arrêts ayant eu pour origine une requête déposée par un groupe de particuliers s'est maintenu entre 6 et 15 arrêts par an. Il convient néanmoins de relativiser ce phénomène : s'il peut effectivement être dû à une propension plus forte des requérants de faire valoir des revendications collectives devant la Cour européenne des droits de l'homme, il peut également s'expliquer par un accroissement global du nombre d'arrêts rendus par la Cour à partir des années 2000⁴¹².

⁴¹⁰ Sur les 580 arrêts analysés dans notre étude, 217 ont plus d'un requérant, soit 37,35 %. Pour une explication de la construction de la base jurisprudentielle de 580 arrêts, V. *supra*, Introduction générale, §39.

⁴¹¹ V. Graphique n° 4.

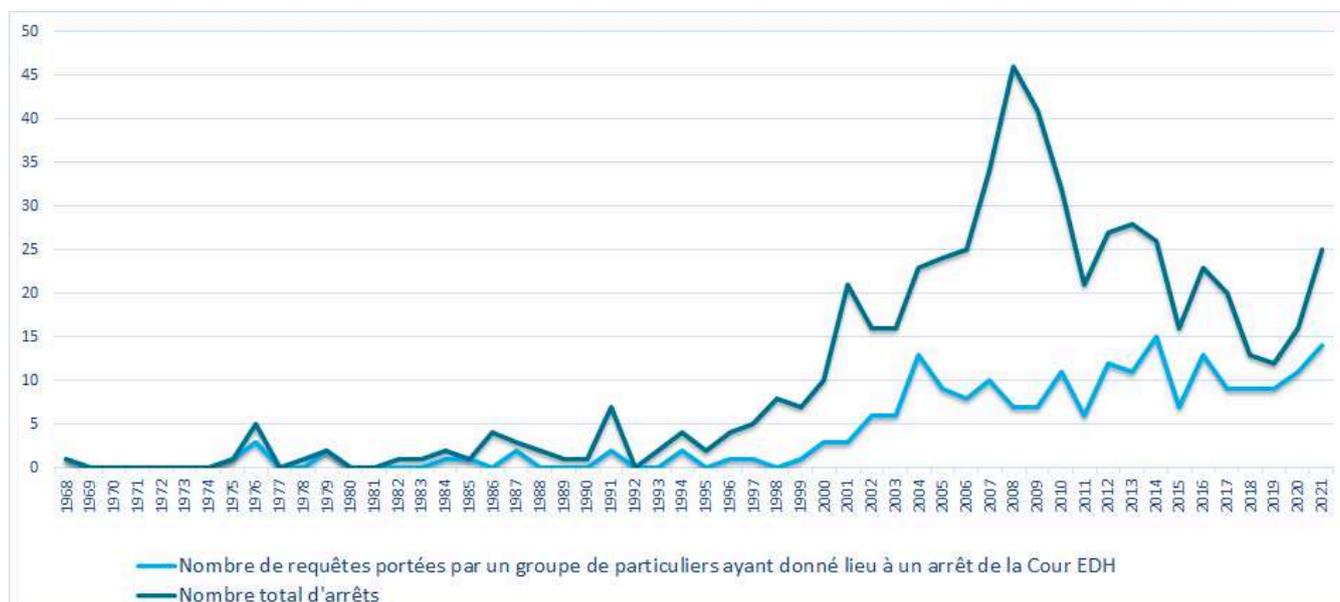
⁴¹² De manière générale, depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 en 1998 ayant ouvert le droit au recours individuel, le nombre de requêtes portées devant la Cour européenne a augmenté d'années en années (toutes requêtes confondues). Ainsi, la production statistique de la Cour démontre d'une hausse du nombre de requêtes déposées, passant de 8 400 requêtes en 1999 à 28 200 en 2002. V. Cour européenne des droits de l'homme, *La CEDH en faits & chiffres - 2021*, février 2022, p. 4.

au 31 décembre 2021



Graphique n° 3 : Évolution du nombre de requêtes déposées devant la Cour depuis 1999 (entrée en vigueur du Protocole n° 11).

Source : Cour européenne des droits de l'homme, *La CEDH en faits & chiffres - 2021*, février 2022, p. 4.



Graphique n° 4 : Évolution depuis 1968 du nombre de requêtes portées par un groupe de particuliers et ayant donné lieu à un arrêt portant sur l'article 14

111. Il convient également de relever que l'existence de requêtes portées par un groupe de particuliers, si elle peut permettre aux individus de soulever des griefs de nature identitaire ou

communautaire, n'implique pas nécessairement que les revendications soient de cette nature. En effet, un certain nombre de requêtes, pourtant collectives car portées par un groupe de particuliers, ne concerne aucunement des questions de protection d'une identité ethnoculturelle ou de groupe. C'est le cas par exemple des requêtes déposées par plusieurs membres d'une même famille. Ainsi dans l'arrêt de principe *Marckx contre Belgique* de 1979⁴¹³, la requête était portée par deux requérantes, une mère et sa fille mineure, et visait à contester la différence de traitement dans l'établissement de la filiation lequel était fonction en droit belge de la situation familiale de la mère. En effet, l'établissement de la filiation maternelle dite « naturelle » ne résultait pas de l'accouchement ni de la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance, mais d'une reconnaissance volontaire ou d'une déclaration judiciaire de maternité. Si la requête comporte bien des questions relatives à l'identité, il s'agit davantage d'une question d'identité civile de l'enfant né – à savoir l'inscription de données d'identification dans son état civil – ou *a maxima* d'une question d'identité personnelle – ce qui ressort d'ailleurs de l'utilisation combinée des articles 8 et 14 en l'espèce. En revanche, la requête ne soulève aucune question relative à la protection d'une identité ethnoculturelle – contrairement au problème soulevé dans l'« *Affaire linguistique belge* » quelques années auparavant. Plus récemment, l'affaire *M.C. et autres contre Italie* de 2013⁴¹⁴ apporte une seconde illustration de l'absence de corrélation entre le caractère collectif d'une requête et la nature identitaire ou communautaire des questions soulevées devant la Cour. En l'espèce, 162 ressortissants italiens avaient saisi la Cour, se plaignant de l'absence de réévaluation annuelle suivant le taux d'inflation de leurs indemnités perçues au titre de leur contamination par différents virus à la suite de transfusions sanguines ou de l'administration de produits dérivés du sang. Or, la réévaluation de l'indemnité était prévue pour « les personnes ayant subi un dommage à la suite de vaccinations obligatoires »⁴¹⁵. Ici encore, le fait que la requête soit portée par un groupe de particuliers n'a pas d'incidence sur la nature identitaire ou communautaire des revendications portées (lesquelles restent toutefois bel et bien collectives puisque la réévaluation de l'indemnité demandée à l'État italien concernait un groupe de particuliers)⁴¹⁶.

⁴¹³ Cour EDH [plén.], *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *op. cit.* note 128.

⁴¹⁴ Cour EDH, 2ème Section, *M.C. et autres c. Italie*, 3 septembre 2013, req. n°5376/11.

⁴¹⁵ *Ibid.*, §99.

⁴¹⁶ Pour une autre illustration, V. Cour EDH, 1ère Section, *Mamatas et autres c. Grèce*, 21 juillet 2016, req. n°63066/14, 64297/14 et 66106/14. Les trois requêtes jointes ont été déposées par 6320 requérants qui se plaignent en tant que petits porteurs d'obligations de l'État grec d'avoir été discriminés par rapport à d'autres catégories d'investisseurs lors de l'adoption de la loi grecque organisant l'échange des titres de l'État contre de nouveaux titres pour faire face à la crise des dettes souveraines, en modifiant le régime des obligations d'État avec une clause d'action collective rendant la participation obligatoire.

112. Si les requêtes collectives au sens où elles sont portées par un collectif, un groupe de personnes ne sont ainsi ni nouvelles ni exceptionnelles dans le système conventionnel de protection des droits de l'homme, leur nombre a toutefois fortement augmenté à partir des années 2000⁴¹⁷. Un constat similaire peut être fait à propos des requêtes individuelles comportant des revendications de nature collective.

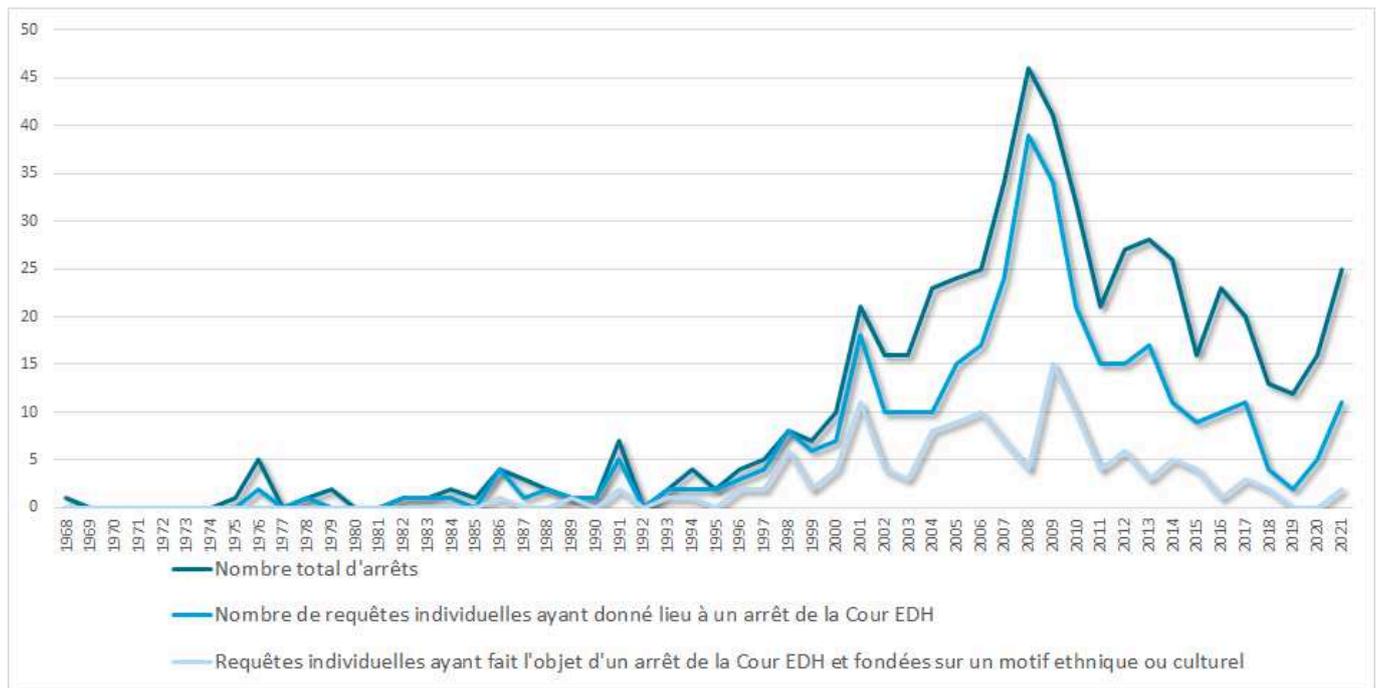
1.2. Les requêtes individuelles fondées sur l'appartenance à un groupe ethnoculturel

113. Les requêtes déposées dans le cadre du droit au recours individuel par un individu seul forment donc la grande majorité des requêtes traitées devant la Cour⁴¹⁸. Toutefois, le fait qu'un individu seul dépose une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme ne signifie pas pour autant que la problématique soulevée soit de nature individuelle. Dans un nombre croissant de cas⁴¹⁹, l'objet de la requête porte sur des problématiques relatives à l'appartenance du requérant à un groupe ethnique, religieux ou culturel. Plus précisément, dans notre étude, 36% des requêtes déposées par un individu seul et ayant donné lieu à un arrêt de la Cour depuis 1968 portent sur des allégations de discriminations fondées sur des motifs religieux, ethnique, culturel ou linguistique. Jusque dans les années 1990, aucune allégation de discrimination fondée sur ces motifs ne faisait l'objet d'une requête individuelle. Autrement dit, seuls des groupes de particuliers déposaient des requêtes pour contester des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la religion, etc. Ce phénomène s'est ensuite amplifié dans les années 2000.

⁴¹⁷ V. Graphique n° 4.

⁴¹⁸ 62,59 % des requêtes déposées le sont par un individu seul.

⁴¹⁹ V. Graphique n° 5.



Graphique n° 5 : Évolution depuis 1968 du nombre de requêtes portées par un individu seul et ayant donné lieu à un arrêt

114. Certains arrêts de la Cour largement commentés⁴²⁰ illustrent ce phénomène. C'est le cas des arrêts relatifs au mode de vie traditionnel des Tsiganes⁴²¹, ou encore de l'arrêt relatif à l'interdiction du voile intégral dans l'espace public⁴²².

115. S'agissant des arrêts relatifs au mode de vie traditionnel des Tsiganes premièrement, dans l'arrêt *Buckley contre Royaume-Uni* de 1996, une requérante contestait le système de classement des sites caravaniers et la criminalisation du camping sauvage au Royaume-Uni, estimant que ces législations instaurent « une discrimination envers les Tsiganes en les

⁴²⁰ V. par exemple pour l'arrêt *Chapman* : J.-P. MARGUENAUD, « La lente émergence d'un droit européen au respect des modes de vie minoritaires (Cour EDH grande chambre, *Chapman, Jane Smith, Lee, Coster, Beard c/ Royaume-Uni*, 18 janv. 2001) », *RTD Civ.*, 2001, p. 448 ; D. FIORINA, « Mode de vie : la consécration d'un droit à la différence », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2758 ; H. LABAYLE, F. SUDRE, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2002, p. 1103. V. par exemple pour l'arrêt *S.A.S.* : J.-P. MARGUENAUD, « Le « vivre ensemble » et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public ou le bricolage d'un nouveau concept européen aux fins de sauvegarde d'une incrimination malvenue (CEDH, 1er juillet 2014, gr. ch., n° 43835/11, *S.A.S. c/ France*) », *RSC*, 2014, p. 626 ; M.-C. DE MONTECLER, « La CEDH admet l'interdiction du voile intégral, au nom du « vivre ensemble » (CEDH 1er juill. 2014, *S.A.S. c. France*, aff. n° 43835/11) », *Dalloz Actualités*, 3 juillet 2014 ; C. CHASSANG, « La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation en demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1701 ; M. AFROUKH, « L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public : ou quand la subsidiarité permet la coexistence harmonieuse des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité », *Constitutions*, 2014, p. 483 ; P. GERVIER, « L'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public », *AJDA*, 2014, p. 1866.

⁴²¹ Cour EDH, *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, *op. cit.* note 220 ; Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276.

⁴²² Cour EDH (GC), *S.A.S. c. France*, 1 juillet 2014, req. n°43835/11, *Rec. CEDH 2014-III*.

empêchant de suivre leur mode de vie traditionnel »⁴²³. C'est en tant que membre de cette communauté que la requérante dépose une requête devant la Cour, laquelle porte sur l'interdiction qui lui a été faite d'installer sa caravane sur le terrain dont elle est propriétaire et par suite sur la possibilité pour les membres de la communauté tzigane au Royaume-Uni de suivre leur mode de vie traditionnel. Aux effets individuels et personnels de la législation britannique sur la situation de la requérante se superposent donc les effets généraux d'une telle législation sur les membres du groupe auquel elle appartient. Si la Cour rejette l'allégation de violation de la Convention en l'espèce, elle analyse bien ces deux niveaux d'effets défavorables lorsqu'elle estime que « d'une manière générale, il ne semble pas que [la requérante] ait été pénalisée ou ait subi un traitement défavorable pour s'être efforcée de suivre le mode de vie traditionnel des Tsiganes. Il apparaît en fait que la politique nationale en la matière ait été conçue pour permettre aux Tsiganes de subvenir eux-mêmes à leurs besoins »⁴²⁴. De manière bien plus évidente, dans l'arrêt *Chapman contre Royaume-Uni* en 2001⁴²⁵, la Cour analyse la situation de la requérante – une femme tzigane ayant également voulu installer sa caravane sur un terrain dont elle était propriétaire – par référence à la nature collective et communautaire de l'objet de la requête. Ainsi, elle estime que « l'appartenance à une minorité dans le mode de vie traditionnel diffère de celui de la majorité de la société ne dispense pas de respecter les lois destinées à protéger le bien commun »⁴²⁶, ou encore que « en principe, les Tsiganes sont libres de s'installer sur tout site caravanier bénéficiant d'un permis d'aménagement ; nul n'a laissé entendre que les permis excluent les Tsiganes en tant que groupe »⁴²⁷. Là encore, à l'analyse de la situation particulière de la requérante se superpose l'analyse de la situation du groupe auquel elle appartient, la requête elle-même se rapportant tout autant à la situation personnelle de la requérante qu'à la situation du groupe auquel elle appartient.

116. S'agissant de l'arrêt relatif à l'interdiction de voile intégral deuxièmement, dans l'arrêt de Grande Chambre *S.A.S. contre France*⁴²⁸, une requérante seule contestait la loi de 2010 relative à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public en ce qu'elle constitue selon elle une discrimination à l'égard des femmes musulmanes. L'objet de la requête ne concernait pas tant les discriminations que la requérante subissait depuis l'entrée en vigueur de

⁴²³ Cour EDH, *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, *op. cit.* note 220, §47.

⁴²⁴ *Ibid.*, §88.

⁴²⁵ Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276.

⁴²⁶ *Ibid.*, §96. Nous soulignons.

⁴²⁷ *Ibid.*, §97.

⁴²⁸ Cour EDH (GC), *S.A.S. c. France*, 1 juillet 2014, *op. cit.* note 421.

la loi du 11 octobre 2010 que les discriminations subies par l'ensemble des femmes musulmanes ayant fait le choix de porter le voile intégral. L'objet de la requête était donc collectif et fondé sur l'appartenance de la requérante à un groupe de personnes. D'ailleurs, la Cour semble admettre la nature collective et communautaire de la requête, en ce qu'elle analyse la situation qui lui est présentée *in abstracto* et en usant de qualificatifs renvoyant au groupe d'appartenance de la requérante. Par exemple, aux fins de rejeter la qualification de discrimination indirecte en l'espèce, la Cour estime que « s'il peut être considéré que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 a des effets négatifs spécifiques sur *la situation des femmes musulmanes qui, pour des motifs religieux, souhaitent porter le voile intégral dans l'espace public*, cette mesure a une justification objective et raisonnable »⁴²⁹. Il ne s'agit donc pas pour la Cour d'analyser les effets négatifs que l'interdiction posée par la loi de 2010 a eus sur la situation personnelle de la requérante et les arguments de l'État pour justifier ces désavantages particuliers, mais bien d'analyser les effets subis par l'ensemble d'un groupe de personnes strictement identifié.

117. Au regard de l'évolution des requêtes alléguant de discrimination (et ayant fait l'objet d'un arrêt) portées devant la Cour européenne des droits de l'homme, on peut relever une nette augmentation des revendications de nature collective ou communautaire. En effet, les requêtes portées par des groupes, mais dont l'objet n'est pas spécifiquement communautaire ou identitaire, sont en hausse depuis les vingt-cinq dernières années, et les requêtes portées par des individus seuls portent de plus en plus sur des questions liées à l'appartenance à un groupe. Si le droit de la non-discrimination conventionnel a ainsi fait l'objet de nouvelles mobilisations, il faut désormais se pencher sur la réception de ces questions par la Cour.

2. La réception des revendications collectives par la Cour

118. Pendant longtemps, la question des groupes a été ignorée en droit international des droits humains, y compris devant la Cour européenne des droits de l'homme, car le présumé fondateur de cette discipline était que les droits de l'homme internationalement garantis sont des droits individuels de l'homme. Danièle LOCHAK résumait ainsi ce présumé en 2010 : « l'idée implicite, c'est que là où les droits de l'homme sont respectés, la pleine jouissance de ces droits sera assurée *ipso facto* aux membres des minorités et que, inversement, là où les minorités sont opprimées, c'est parce que l'État ne respecte pas les droits de l'homme, y

⁴²⁹ *Ibid.*, §161.

compris à l'égard du reste de la population »⁴³⁰. De fait, puisque les droits de l'homme sont individuels, il n'est pas nécessaire d'assurer des droits spécifiques aux groupes – leurs membres bénéficiant des mêmes droits que les personnes n'appartenant pas à un groupe –, et par suite il n'est pas nécessaire de pouvoir définir la notion de groupe de personnes ni de devoir identifier lesdits groupes. Le présupposé selon lequel les droits de l'homme garantis internationalement sont des droits individuels de l'homme se réalise ainsi pleinement dans la jurisprudence européenne relative aux articles 9, 10 et 11 de la Convention⁴³¹. Ce présupposé explique également l'absence de définition du groupe de personnes par la Cour européenne des droits de l'homme : les revendications collectives sont appréhendées non comme des questions spécifiques à des groupes mais comme des atteintes aux droits fondamentaux de personnes qui se trouvent être membres d'un groupe (2.1.). Pourtant, l'émergence des revendications collectives dans les affaires portées devant la juridiction européenne a nécessité un ajustement : la Cour a dû se saisir progressivement de la question des groupes. Pour identifier les groupes qui nécessitaient une protection spécifique, la Cour s'est réfugiée derrière la notion de vulnérabilité, ce qui n'est pas sans conséquence sur la hiérarchisation des affaires relatives à des groupes de personnes (2.2.).

2.1. L'absence de définition explicite du groupe de personnes par la Cour

119. À la lecture des éléments qui précèdent, tant s'agissant des notions nouvelles employées par la Cour que des revendications collectivement portées devant elle, il pouvait sembler logique que la Cour pose une définition de ce qu'est, au sens de la Convention ou de l'interprétation qui en est donnée dans les arrêts, un groupe de personnes. Il n'en est rien. Le terme de groupe reste ainsi indéfini dans le système conventionnel de protection des droits humains.

120. Tout d'abord, le terme de groupe est presque totalement absent de la Convention, contrairement à d'autres instruments internationaux qui garantissent le droit à la non-discrimination au profit de groupes, tel que l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de

⁴³⁰ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, Les voies du droit, 2010, p. 254.

⁴³¹ F. BENOIT-ROHMER, « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », *RTDH*, 2002, n° 51, pp. 563-586, p. 577.

professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue »⁴³². Pour reprendre les termes de Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, l'article 14 de la Convention « s'inscrit dans une logique résolument "individualiste" »⁴³³. Tout au plus, nous l'avons souligné, la Convention mentionne que des « groupes de particuliers » peuvent saisir la Cour⁴³⁴, sans préciser davantage le sens de cette notion, ni la distinction qui peut être faite entre les « groupes de particuliers » et les « groupes de personnes ».

121. Par ailleurs, la Cour ne définit pas plus la notion de « groupe ». Au mieux, elle s'y réfère, comme dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* de 1985 dans lequel la Cour souligne que « la notion de discrimination englobe d'ordinaire les cas dans lesquels un individu *ou un groupe* se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre »⁴³⁵. Mais là encore, la Cour ne précise pas s'il s'agit d'un groupe de particuliers au sens de l'article 34, c'est-à-dire des individus regroupés du fait du dépôt d'une requête en commun, ou bien d'un groupe de personnes au sens de groupes minoritaires dans une société donnée.

122. Ce faisant, la jurisprudence antidiscriminatoire entretient le « flou »⁴³⁶ terminologique existant déjà autour du terme de « groupe ». En effet, il n'est pas aisé de distinguer la notion de « groupe » de celle de « minorité » ou encore de « catégorie de personnes ». Pour Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, la notion de minorité, contrairement à celle de groupe, renvoie à une « infériorité numérique par rapport à une majorité », quand le groupe se confond avec la catégorie de personnes⁴³⁷. Pour Yaël ATTAL-GALY en revanche, le groupe et la catégorie se distinguent puisque la catégorie est une construction juridique qui « a pour fin de parvenir à l'égalité entre les individus en réalisant les enjeux des droits de l'homme [quand] la reconnaissance des minorités ou des groupes aurait pour conséquence de promouvoir un communautarisme qui institutionnaliserait une différence collective contraire à l'idéologie des

⁴³² Art. 27, PIDCP, *op. cit.* note 47.

⁴³³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes (1) - Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 196, pp. 197-222, p. 197.

⁴³⁴ Art. 34, Convention EDH, *op. cit.* note 48.

⁴³⁵ Cour EDH [plén.], *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, *op. cit.* note 172, §82. Nous soulignons.

⁴³⁶ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes (1) - Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 196, pp. 197-222, p. 200.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 201. Pour l'auteur, le terme de groupe « concerne toutes catégories de personnes qui souffrent de discrimination ou de traitement différent en raison de spécificités par rapport à d'autres catégories ».

droits de l'homme »⁴³⁸. En cela, la minorité, au sens sociologique, est un type de groupe particulier puisqu'il est « numériquement inférieur au reste de la population d'un État, en position non dominante, dont les membres ressortissants de l'État, possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue »⁴³⁹ et le groupe « désigne un groupement humain uni volontairement par une même communauté d'intérêts [...]. [L]'intérêt collectif est consubstantiel au groupe, il transcende les intérêts particuliers des membres, il est supérieur et extérieur »⁴⁴⁰. Ainsi, au regard de ces quelques éléments de définition, la catégorie de personnes est une construction juridique quand le groupe de personnes est une construction sociale. Parmi les groupes de personnes, certains peuvent être qualifiés de groupes minoritaires en ce qu'ils sont numériquement inférieurs au reste de la population (c'est le cas par exemple des membres de la communauté rom dans les différents États européens). Dans tous les cas, les termes de groupes comme de minorités qualifient des groupements humains unis autour d'un intérêt commun, comme la préservation de leur identité (ce qui peut conduire à des revendications identitaires).

123. La Cour use ainsi de la terminologie du groupe sans définition du terme. Il apparaît que le groupe au sens de la jurisprudence conventionnelle est bien plus souvent constitué de manière situationnelle que par référence à une construction juridique (la catégorie) ou sociale (le groupe de personnes ou le groupe minoritaire). L'exemple typique de cette qualification situationnelle du groupe est celui du groupe des femmes dans les affaires relatives aux violences domestiques subies par les femmes. Ainsi, dans l'affaire *Opuz contre Turquie*⁴⁴¹, la Cour établit pour la première fois son approche sur la question des violences domestiques en identifiant deux groupes : les hommes et les femmes⁴⁴². Les premiers constituent un groupe identifié en ce qu'ils

⁴³⁸ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, p. 10.

⁴³⁹ *Ibid.*, en référence à la définition posée par Francesco CAPOTORTI dans F. CAPOTORTI, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Nations Unies, 1991, p. 102, §568.

⁴⁴⁰ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.* note 437, p. 19.

⁴⁴¹ Cour EDH, 3^{ème} Section, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, *op. cit.* note 140.

⁴⁴² *Ibid.*, §192 : « La Cour relève que le droit interne en vigueur à l'époque pertinente n'établissait pas de *distinction explicite entre les hommes et les femmes* en matière de jouissance des droits et libertés, mais que les autorités turques ont dû le mettre en conformité avec les normes internationales relatives au statut des femmes dans une société démocratique et pluraliste. [...] Il semble donc que la discrimination dénoncée par la requérante ne résulte pas de la législation elle-même, mais plutôt de l'attitude générale des autorités locales, qui se manifeste notamment dans la manière dont les femmes sont traitées lorsqu'elles se rendent dans un commissariat pour se plaindre d'actes de violence domestique et dans la passivité à laquelle les victimes sont confrontées lorsqu'elles sollicitent une protection effective » ; §200 : « Compte tenu de la conclusion à laquelle elle est parvenue ci-dessus, selon laquelle

ne subissent pas de violences domestiques dans la région visée ; les secondes constituent un groupe identifié en ce qu'elles sont les principales victimes des violences domestiques et de la passivité des autorités turques à l'égard de ces violences. Or, les femmes victimes de violences domestiques forment-elles un groupe ? Plus particulièrement, de quel type de groupe s'agit-il ? Il est désormais bien établi que les femmes ne constituent pas un groupe minoritaire car elles ne sont pas un groupe numériquement inférieur au reste de la population. Au sens sociologique en revanche, il est bien établi que les femmes sont considérées comme une minorité. Par ailleurs, dans ces affaires, il apparaît évident que la Cour n'utilise pas de la terminologie du groupe pour désigner un groupe de particuliers au sens de l'article 34, puisqu'alors la Cour focaliserait son analyse non sur la violence subie par les femmes en Turquie mais sur celle subie par la requérante et sa mère. Enfin, l'emploi de la terminologie du groupe de personnes ne convient pas totalement puisque dans ce cas de figure le regroupement des femmes ne semble pas rendre compte d'une volonté des membres du groupe de se rassembler ni ne porte en elle l'institutionnalisation d'une différence collective. Les femmes victimes de violences domestiques forment un groupe en fonction d'une situation particulière et non en fonction du nombre de membres, du dépôt d'une requête ou de la volonté de se regrouper autour de valeurs communes ou pour défendre un intérêt commun. Le terme de groupe – du fait du flou terminologique l'entourant, lequel est maintenu par la Cour – n'est ainsi pas explicitement précisé ni défini dans la jurisprudence européenne qui peut tout autant l'utiliser pour parler des femmes, de groupes religieux, ou de groupes ethniques minoritaires.

124. Du fait d'une absence de définition de la notion, le groupe de personnes relève davantage de la qualification de la situation de fait présentée à la Cour que d'une construction juridique. Par suite, les revendications des groupes restent majoritairement appréhendées par un prisme individuel : la Cour raisonne majoritairement sur des atteintes aux droits fondamentaux de personnes qui se trouvent être membres d'un groupe, et non sur des atteintes aux droits fondamentaux d'un groupe. Pour reprendre l'exemple précédent, si les femmes victimes de violences domestiques constituent un groupe dans le discours de la Cour, les droits fondamentaux violés restent ceux des membres du groupe – les femmes – et non du groupe lui-même. Le groupe n'est ainsi pas une entité juridique à part entière.

les femmes sont les principales victimes de la passivité généralisée – mais non volontaire – des juridictions turques, la Cour estime que les violences infligées à l'intéressée et à la mère de celle-ci doivent être considérées comme fondées sur le sexe et qu'elles constituent par conséquent une forme de discrimination à l'égard des femmes ». Nous soulignons.

125. L'absence de définition explicite par la Cour conduit ainsi à relativiser la place accordée par la juridiction européenne aux revendications collectives : la Cour semble ne pas voir le groupe. La place des identités dans la jurisprudence et les conséquences des mutations du droit de la non-discrimination et des revendications portées par les requérants seraient alors à relativiser. Pourtant, la Cour n'ignore pas totalement les groupes. Elle tient un raisonnement spécifique, et propose une forme de définition, de certains groupes particuliers : les groupes vulnérables. Cette qualification emporte toutefois une hiérarchisation des groupes – et par suite de la réception des revendications portées par ces groupes – dans la jurisprudence européenne.

2.2. Une hiérarchisation implicite des groupes selon le critère de la vulnérabilité

126. Pour identifier certains groupes, la Cour a usé de la qualification de « groupes vulnérables » dans sa jurisprudence. La vulnérabilité est néanmoins une notion difficile à définir, reposant sur un paradoxe : la vulnérabilité est à la fois individuelle et universelle. Ce paradoxe est rappelé par Lourdes PERONI et Alexandra TIMMER : « *as embodied beings we are all vulnerable, but we experience vulnerability uniquely through our individual bodies* »⁴⁴³. La juridiction européenne approche néanmoins la notion uniquement dans son sens particulier⁴⁴⁴, en termes de « groupe vulnérable »⁴⁴⁵. L'origine de cette qualification se trouve dans l'arrêt précité *Chapman contre Royaume-Uni* dans lequel une femme tzigane désirait installer sur un terrain lui appartenant sa caravane, en contradiction avec la réglementation en vigueur. Dans cet arrêt, la vulnérabilité du groupe – les Tsiganes au Royaume-Uni – est directement issue du statut minoritaire du groupe⁴⁴⁶. Autrement dit, les Roms et les Tsiganes sont un groupe vulnérable au sens de la jurisprudence *Chapman* car ils ont le statut de groupe minoritaire en Europe.

⁴⁴³ L. PERONI, A. TIMMER, « Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law », *Int. J. Const. Law*, Oxford Academic, octobre 2013, vol. 11, n° 4, pp. 1056-1085, p. 1057. V également : M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.* note 217, p. 280 : « elle renvoie à la fois à l'universel et au particulier ».

⁴⁴⁴ L. PERONI, A. TIMMER, « Vulnerable groups », *op. cit.* note 442, pp. 1056-1085, p. 1062.

⁴⁴⁵ V. pour une première utilisation : Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276.

⁴⁴⁶ L. PERONI, A. TIMMER, « Vulnerable groups », *op. cit.* note 442, pp. 1056-1085, p. 1063.

127. La Cour a ensuite précisé, et étendu à d'autres groupes, la qualification de groupes vulnérables. Ainsi, les personnes séropositives⁴⁴⁷, les demandeurs d'asile⁴⁴⁸ ou encore les personnes souffrant d'un handicap mental⁴⁴⁹ sont, aux yeux de la Cour, des groupes vulnérables. Si la Cour qualifie certains groupes comme étant vulnérables, elle ne donne toutefois aucune définition préalable de la notion de vulnérabilité⁴⁵⁰. Certains auteurs se sont donc livrés à un travail de reconstruction de la démarche de la juridiction strasbourgeoise. Pour Lourdes PERONI et Alexandra TIMMER, le groupe vulnérable au sens de la jurisprudence européenne se fonde sur trois caractéristiques : il s'agit d'un concept relationnel, particulier et fondé sur une approche en termes de préjudices⁴⁵¹. Une approche similaire est développée par Marion BLONDEL dans sa thèse⁴⁵². La vulnérabilité au sens de la jurisprudence européenne est ainsi un concept relationnel car la vulnérabilité du groupe dépend non des individus qui composent le groupe mais de l'environnement social, historique, institutionnel, etc. Si les Roms sont qualifiés de groupe vulnérable dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, c'est en raison de l'histoire de la minorité rom en Europe⁴⁵³. De la même manière, la Cour fait référence aux stigmatisations passées subies par les personnes séropositives pour qualifier les personnes vivant avec le VIH de groupe vulnérable dans l'affaire *Kiyutin contre Russie*⁴⁵⁴. La vulnérabilité est également un concept fondé sur la particularité puisqu'elle ne s'applique ainsi pas à tous les sujets des droits fondamentaux⁴⁵⁵ mais à des membres de groupes particuliers. Enfin le groupe est vulnérable s'il a subi des préjudices particuliers, s'il a subi ou subi encore des stigmatisations⁴⁵⁶. Un tel point de vue est partagé par certains juges à la Cour : le juge SAJO dans son opinion dissidente sous l'affaire *M.S.S. contre Belgique et Grèce* estime ainsi que

⁴⁴⁷ Cour EDH, 1ère Section, *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, req. n°2700/10, *Rec. CEDH 2011-II*.

⁴⁴⁸ Cour EDH (GC), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n°30696/09, *Rec. CEDH 2011-I* (violation des articles 13 et 3).

⁴⁴⁹ Cour EDH, 2ème Section, *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, req. n°38832/06 (violation de l'article 3 du Protocole n°1).

⁴⁵⁰ C. RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2015, n° 102, pp. 317-340, p. 317 ; M. ROTA, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Presses universitaires de Caen, 2020, n° 18, pp. 39-46, p. 41.

⁴⁵¹ L. PERONI, A. TIMMER, « Vulnerable groups », *op. cit.* note 442, pp. 1056-1085, p. 1064.

⁴⁵² M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, en ligne <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01424139> (consulté le 24 novembre 2017), p. 164 et s.

⁴⁵³ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §13.

⁴⁵⁴ Cour EDH, 1ère Section, *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, *op. cit.* note 446, §63.

⁴⁵⁵ V. L. PERONI, A. TIMMER, « Vulnerable groups », *op. cit.* note 442, pp. 1056-1085, pp. 1058-1060, notamment à propos de la notion de vulnérabilité universelle.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 1065. V. également M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, *op. cit.* note 451, not. p. 165 : « le groupe vulnérable se caractérise généralement par une stigmatisation en raison de facteurs intrinsèques ou extrinsèques » et p. 168 : « La stigmatisation n'est cependant pas un élément systématique de d'identification [sic] du groupe vulnérable. En effet, par exemple, les enfants sont souvent considérés comme appartenant à un groupe vulnérable, sans qu'ils fassent pour autant l'objet d'un discrédit social sur ce seul motif ».

« [la] notion de groupe vulnérable revêt un sens précis dans la jurisprudence de la Cour [...]. [Ces] groupes [vulnérables] ont fait l'objet par le passé de traitements défavorables aux conséquences durables, qui ont abouti à leur exclusion de la société. De tels traitements peuvent être dus à une législation appliquée à tous les individus de manière stéréotypée sans possibilité d'évaluer de manière individualisée leurs capacités et leurs besoins [...]. Dès lors qu'un groupe est vulnérable, une attention spéciale doit être accordée à ses besoins, comme dans le cas des Roms, leur histoire en ayant fait un groupe défavorisé et vulnérable »⁴⁵⁷.

128. Certains groupes sont qualifiés par la Cour comme étant vulnérables, ce qui emporte plusieurs conséquences telles que la collectivisation de l'exercice du droit au recours individuel, l'objectivation du contrôle opéré par la Cour, l'allègement de la charge de la preuve⁴⁵⁸, ou encore la réduction de la marge d'appréciation laissée aux États. Sur le premier point, à partir du moment où la Cour identifie que le ou les requérants sont membres d'un groupe vulnérable, elle adopte une approche collective d'analyse de la requête – l'exemple emblématique restant encore aujourd'hui la conclusion de la Grande Chambre dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque* dans laquelle la Cour estime que « dès lors qu'il a été établi que l'application de la législation pertinente avait à l'époque des faits des effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté rom, les requérants en tant que membres de cette communauté ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire. Cette conclusion dispense la Cour de se pencher sur leurs cas individuellement »⁴⁵⁹. Pour reprendre les termes de Marion BLONDEL à propos de cet arrêt : « la violation des droits du requérant individuel est appréciée par le prisme des atteintes aux droits du groupe vulnérable, indépendamment de l'analyse de sa situation particulière »⁴⁶⁰. D'une certaine manière, la qualification d'un groupe de personnes comme étant un groupe vulnérable renverse le raisonnement : au lieu d'analyser la situation du requérant membre d'un groupe pour protéger le groupe, la Cour analyse la situation du groupe vulnérable pour protéger l'individu. Seconde conséquence, l'identification d'un groupe vulnérable entraîne l'objectivation du contrôle. Autrement dit, alors que généralement la Cour opère un contrôle concret des cas d'espèce qui lui sont soumis, elle opère un contrôle davantage abstrait des dispositions internes des États dès lors que le groupe de

⁴⁵⁷ Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente du juge SAJO, sous Cour EDH (GC), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, *op. cit.* note 447.

⁴⁵⁸ Pour ces trois premiers points, V. M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, *op. cit.* note 451, pp. 173 et s.

⁴⁵⁹ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §209.

⁴⁶⁰ M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, *op. cit.* note 451, p. 174.

personnes identifiées est qualifié de groupe vulnérable⁴⁶¹. L'affaire *Oršuš et autres contre Croatie* offre une bonne illustration de ce point en ce que la Cour y affirme que « bien que l'affaire en cause concerne la situation individuelle de chacun des quatorze requérants, la Cour ne saurait faire abstraction de ce que ceux-ci appartiennent à la minorité rom. C'est pourquoi elle tiendra compte dans son analyse de la situation particulière de la population rom »⁴⁶². Pour les juges, en partie dissidents, JUNGWIERT, VAJIC, KOVLER, GYULUMYAN, JAEGER, BERRO-LEFEVRE et VUCINIC, « l'arrêt porte plutôt sur la situation particulière de la population rom de manière générale au lieu de se fonder sur les faits de la cause, car le point principal de l'affaire et sa portée ont été modifiés et interprétés au-delà de ce dont les requérants eux-mêmes se sont plaints dans leur requête »⁴⁶³. En un sens, on assiste à une objectivation du contrôle en matière de discriminations subies par des groupes vulnérables. Troisième conséquence, la situation particulière du groupe vulnérable constitue en elle-même un commencement de preuve, ce qui a pour conséquence d'alléger la charge de la preuve pour l'individu particulier, membre du groupe, portant la requête. Là encore, l'affaire *D.H. contre République tchèque* représente un exemple emblématique puisque la situation générale de stigmatisation des enfants roms dans le pays sert de commencement de preuve d'une discrimination indirecte subie par les requérants⁴⁶⁴. Enfin, quatrième conséquence, les restrictions aux droits fondamentaux des groupes vulnérables emportent la réduction de la marge d'appréciation laissée aux États et, parallèlement, la Cour exige des raisons plus fortes pour justifier de telles restrictions⁴⁶⁵.

129. La qualification de certains groupes sous le vocable de la vulnérabilité emporte à nos yeux une dernière conséquence : les revendications collectives portées devant la Cour européenne des droits de l'homme s'en trouvent hiérarchisées. En effet, tous les groupes ne sont pas des groupes vulnérables. Les minorités nationales, les minorités religieuses, les personnes LGBT ne sont ainsi jamais qualifiées de groupes vulnérables dans la jurisprudence

⁴⁶¹ *Ibid.*, pp. 175 et s.

⁴⁶² Cour EDH (GC), *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 266, §147.

⁴⁶³ Opinion en partie dissidente commune aux juges JUNGWIERT, VAJIC, KOVLER, GYULUMYAN, JAEGER, BERRO-LEFEVRE et VUCINIC, sous *Ibid.*, §15.

⁴⁶⁴ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §185 et suivants.

⁴⁶⁵ V. par exemple : Cour EDH, 2ème Section, *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, *op. cit.* note 448, § 42 : « [La Cour] ne peut admettre que l'imposition à toute personne placée sous curatelle d'une interdiction absolue de voter, indépendamment de ses facultés réelles, relève d'une marge d'appréciation acceptable. Elle réaffirme que, si la marge d'appréciation est large, elle n'est pas illimitée [...]. De plus, lorsqu'une restriction des droits fondamentaux s'applique à un groupe particulièrement vulnérable de la société, qui a souffert d'une discrimination considérable par le passé, comme c'est le cas des personnes mentalement handicapées, alors l'État dispose d'une marge d'appréciation bien plus étroite, et il doit avoir des raisons très puissantes pour imposer les restrictions en question ». Ce point est également rappelé dans : Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente du juge SAJO, sous Cour EDH (GC), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, *op. cit.* note 447.

européenne. Tout au plus, au paragraphe 63 de l'arrêt *Kiyutin contre Russie*, la Cour amalgame les groupes vulnérables et les groupes victimes de différences de traitement en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur origine ethnique⁴⁶⁶, entrouvrant la porte à de futures qualifications de tels groupes comme étant des groupes vulnérables. Néanmoins, pour Céline RUET, considérer que la Cour a de ce fait étendu la qualification de groupes vulnérables à ces autres groupes relève d'une lecture extensive de l'arrêt. Elle estime qu'« on ne saurait déduire de la motivation de l'arrêt *Kiyutin* que les femmes en tant que telles, quels que soient l'enjeu et le contexte, constituent un groupe vulnérable, ce qui serait infirmé par la jurisprudence. Même lorsqu'un des enjeux de l'espèce réside dans la discrimination, les femmes ne sont pas d'emblée tenues pour un groupe vulnérable »⁴⁶⁷. De fait, les revendications portées par des membres de la communauté rom, parce que le groupe auquel ils appartiennent est un groupe vulnérable et que cette qualification juridique emporte des conséquences sur le contrôle opéré par le juge européen, ont plus de chance d'aboutir que les revendications portées par des membres d'un groupe qui n'est pas qualifié par la Cour de groupe vulnérable. S'en suit une hiérarchisation dans la réception des revendications collectives.

130. **Conclusion de la section.** Les mobilisations récentes du droit de la non-discrimination mettent en exergue la question des discriminations subies à raison de l'appartenance à des groupes. Ces nouvelles mobilisations expliquent en partie l'émergence de nouvelles notions en droit antidiscriminatoire européen au cours des années 2000⁴⁶⁸ : la Cour a adapté le droit de la non-discrimination aux questions soulevées devant elle. Moins qu'un « tournant identitaire », le droit de la non-discrimination interprété par la Cour européenne a sans doute vécu un tournant collectif ou « communautaire » progressif dans les vingt-cinq dernières années puisque les appartenances communautaires des individus ont fait l'objet de revendications par les justiciables et par suite de décisions jurisprudentielles. La Cour a ainsi intégré dans son raisonnement l'application possible du droit de la non-discrimination tant aux individus qu'aux groupes de personnes, sans toutefois définir ou qualifier juridiquement cette notion. Elle est

⁴⁶⁶ Cour EDH, 1ère Section, *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, *op. cit.* note 446, § 63 : « En de précédentes occasions, la Cour a identifié un certain nombre de ces groupes vulnérables, victimes de différences de traitement en raison de leur sexe (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, précité, §78, et *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, §27, série A no 280-B), de leur orientation sexuelle (*Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, §97, CEDH 2010, et *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n° 33985/96 et 33986/96, §90, CEDH 1999-VI), de leur race ou de leur origine ethnique (*D.H. et autres*, précité, §182, et *Timichev c. Russie*, n° 55762/00 et 55974/00, §56, CEDH 2005-XII), de leurs facultés intellectuelles (*Alajos Kiss*, précité, §42, et, *mutatis mutandis*, *Chtoukatourov c. Russie*, n° 44009/05, §95, CEDH 2008), ou encore de leur handicap (*Glor*, précité, §84) ».

⁴⁶⁷ C. RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 449, pp. 317-340.

⁴⁶⁸ V. *supra*, §§54 et s.

allée plus loin en qualifiant expressément certains groupes comme étant des groupes vulnérables, ce qui a des conséquences sur la réception des revendications de ces groupes.

* * *

131. **Conclusion du chapitre.** Les mutations récentes du droit de la non-discrimination conventionnel, s'agissant tant de la mobilisation par les juges de nouvelles notions que de nouvelles mobilisations du droit antidiscriminatoire par les requérants, amènent à considérer que les questions d'identité et d'appartenance montent en puissance depuis le début des années 2000. Le droit de la non-discrimination devant la Cour ne semble plus seulement être un droit négatif – c'est-à-dire interdisant certaines normes ou comportements conduisant à une différenciation des individus – puisque s'y ajoute progressivement un volet positif – c'est-à-dire la possibilité de mettre l'accent sur l'existence de différences individuelles ou collectives, lesquelles peuvent être de nature identitaire, pour modifier le droit existant.

132. Au terme du présent chapitre, il convient donc d'admettre qu'un tournant a eu lieu dans le droit de la non-discrimination conventionnel au cours des années 2000, en ce que le champ d'application de celui-ci a été étendu à de nouvelles situations – notamment celles des groupes – et en ce que cette branche du droit s'est enrichie de nouvelles notions (discrimination par absence de différenciation, discrimination indirecte, groupes de personnes, groupes vulnérables). Ce faisant, le droit de la non-discrimination apparaît comme un domaine privilégié de la prise en compte des identités puisque : l'interdiction des discriminations par absence de différenciation induit l'adaptation du droit aux différences (y compris de nature identitaire) ; l'interdiction des discriminations indirectes induit de s'intéresser aux effets des normes sur les groupes de personnes ; et enfin les revendications collectives des requérants se sont traduites par l'adaptation du discours de la Cour sur la notion de groupes, et une qualification de certains groupes comme étant vulnérables. Il convient toutefois de nuancer ce tournant : d'une part, la reconnaissance du groupe comme entité reste limitée dans la jurisprudence conventionnelle ; d'autre part, si de nouvelles mobilisations du droit antidiscriminatoire sont effectivement à l'œuvre depuis vingt-cinq ans, la prise en compte des différences et des singularités des individus est au cœur du fonctionnement même du principe de non-discrimination. Autrement dit, le droit de la non-discrimination, du fait de méthodes de raisonnement particulières, pouvait déjà, avant les années 2000, apparaître comme un domaine privilégié dans la prise en compte les identités en droit.

Chapitre 2. La notion d'identité dans les méthodes du droit conventionnel de la non-discrimination

133. La qualification juridique d'une discrimination repose sur la démonstration de l'existence d'un traitement défavorable d'une personne, ou d'un groupe de personnes, par rapport à une autre, apprécié au regard d'une ou plusieurs caractéristiques protégées. Néanmoins, pour qu'un tel traitement soit qualifié de discrimination, encore faut-il qu'il ne puisse être justifié. Cela vaut pour le droit conventionnel de la non-discrimination comme pour le droit français ou encore le droit de l'Union européenne⁴⁶⁹. Afin de démontrer l'existence d'une discrimination, le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme repose ainsi sur deux étapes plus ou moins apparentes dans ses arrêts : d'une part un raisonnement relatif à la comparaison des situations⁴⁷⁰ et d'autre part, une fois l'apparence de discrimination⁴⁷¹ établie, un raisonnement relatif à la justification de la différence de traitement observée. Ce n'est qu'à l'issue de ce raisonnement en deux étapes qu'une situation sera qualifiée ou non de discrimination par la Cour. Or, ce raisonnement peut être à notre sens qualifié comme reposant sur des méthodes particulières au droit de la non-discrimination⁴⁷² – et non pas seulement à la jurisprudence de la Cour –, en ce qu'ils reposent sur des procédés logiques destinés à démontrer l'existence d'une apparence de discrimination dans un premier temps, puis que celle-ci est qualifiable juridiquement de discrimination dans un second temps.

134. Nous nous concentrerons particulièrement dans ce chapitre sur la méthode visant à démontrer l'existence d'une apparence de discrimination, en ce que ce raisonnement particulier focalise l'attention des requérants, des juges, et des observateurs de la jurisprudence sur des critères, des caractéristiques, des éléments qui semblent bel et bien identitaires. Notamment, le

⁴⁶⁹ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 163.

⁴⁷⁰ V. sur la comparaison des situations devant la Cour EDH : C. PICHERAL, « L'incertaine détermination des différences de traitement », *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, Droit et justice, 2008, pp. 87-118, pp. 91 et s. V. également à propos du droit de l'Union européenne : R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003, not. §388 ; A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 245, pp. 53 et s. V. également sur la comparaison des situations : D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.* note 245, pp. 43 et s.

⁴⁷¹ Généralement désignée sous l'expression de « discrimination *prima facie* ». V. par exemple : T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, *op. cit.* note 257, p. 182.

⁴⁷² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 4, §7 ; M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, Paris, Dalloz, Précis Dalloz, 11e éd., 2001, p. 352 : « La méthode liée à un domaine particulier. – Le terme de méthode est justifié, lorsqu'il est attaché à un domaine spécifique et comporte une manière de procéder qui lui est propre ».

raisonnement permettant de démontrer une apparence de discrimination repose sur des éléments essentiels⁴⁷³ et notamment sur l'identification d'une différence entre des situations à d'autres égards analogues et sur l'identification d'une caractéristique sur laquelle une différenciation ne peut être légitimement fondée. En d'autres termes, la démonstration de l'existence d'une apparence de discrimination repose sur une analyse du motif soulevé de discrimination et sur la comparaison entre la situation du requérant et la situation d'un comparateur adéquat au regard du motif de discrimination soulevé.

135. Il est possible de proposer une grille de lecture de ces deux éléments – de ces méthodes – sous le prisme de l'identité. Cette grille de lecture est fondée sur deux distinctions théoriques permettant d'appréhender la notion d'identité : d'une part, la distinction entre analogie et singularisation dans le processus de construction de l'identité personnelle, laquelle permet d'appréhender la comparaison des situations comme produisant une focalisation sur les particularités identitaires (Section 1) ; d'autre part la distinction entre identité objective et identité subjective (Section 2) qui permet d'éclairer l'analyse des motifs prohibés de discrimination comme correspondant à des caractéristiques identitaires.

Section 1. La comparaison des situations

136. Première étape du raisonnement visant à démontrer l'existence d'une discrimination, la comparaison des situations a pour objet de démontrer l'existence d'une différence de traitement subie, ou, pour ce qui est de la preuve d'une discrimination par absence de différenciation, d'une différence de situation initiale non prise en considération dans la mise en œuvre d'un traitement juridique. Reste ensuite aux juges à analyser les justifications apportées par les États défendeurs à cette différence ou cette absence de différence de traitement, étape essentielle à la qualification d'une discrimination.

137. Il nous semble que cette étape du raisonnement antidiscriminatoire joue toutefois un rôle dans la focalisation du discours jurisprudentiel (voire, du discours de certains observateurs), sur des caractéristiques identitaires ou sur une « logique identitaire ». La comparaison des situations produit en effet deux résultats : une analogie – qu'elle soit entre les situations initiales ou entre les traitements subis – et une singularisation du requérant par rapport à son comparateur. Or, l'analogie et la singularisation sont deux processus inhérents à la

⁴⁷³ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit. note 245, p. 44.

construction de l'identité personnelle. Construction de l'identité et raisonnement comparatif peuvent ainsi être liés (1), d'où une focalisation importante sur les particularités individuelles dans le processus de mise en lumière d'une discrimination *prima facie* (2).

1. La mise en évidence d'un lien entre identité et raisonnement comparatif : la singularisation des situations

138. La singularisation des individus par rapport à autrui est le propre de la construction identitaire de la personne. La notion d'identité peut – au sein de ses multiples acceptions et classifications – être appréhendée à travers par ce prisme : l'identité personnelle est le produit d'une construction individuelle reposant sur la comparaison de l'individu aux autres afin de se singulariser. Or, le raisonnement comparatif propre à la démonstration de l'existence d'une discrimination repose sur le même phénomène de comparaison et de singularisation. Ainsi, la méthode du droit de la non-discrimination reposant sur la comparaison des situations (1.2.) fonctionne selon les mêmes termes que la construction identitaire (1.1.) : par la distinction avec autrui, la mise en évidence de différences, les individus se singularisent ou singularisent leurs situations individuelles.

1.1. La notion d'identité : la singularisation du soi

139. En 1974, Claude LEVI-STRAUSS introduisait son séminaire interdisciplinaire sur « l'identité » par cette remarque : « le thème de l'identité se situe non pas seulement à un carrefour, mais à plusieurs. Il intéresse pratiquement toutes les disciplines »⁴⁷⁴. À ce titre et à sa suite, de nombreuses recherches en psychologie⁴⁷⁵, psychanalyse⁴⁷⁶, sociologie⁴⁷⁷,

⁴⁷⁴ C. LEVI-STRAUSS, *L'identité : séminaire interdisciplinaire dirigé par Claude Lévi-Strauss, professeur au Collège France, 1974-1975*, Paris, Bernard Grasset, 1977, p. 91.

⁴⁷⁵ H. MALEWSKA-PEYRE, *Crise d'identité et déviance chez les jeunes immigrés : recherche pluridisciplinaire*, Documentation française, 1983.

⁴⁷⁶ E.H. ERIKSON, *Adolescence et crise : la quête de l'identité*, Paris, Flammarion, impr. 2011, 1972, trad. J. NASS, C. LOUIS-COMBET, not. p. 13.

⁴⁷⁷ E. GOFFMAN, *Stigmate : les usages sociaux des handicaps*, Paris, LesÉditions de Minuit, 1975, trad. A. KIHM, not. p. 91 ; P.-A. TAGUIEFF, « L'identité nationale saisie par les logiques de racisation. Aspects, figures et problèmes du racisme différentialiste », *op. cit.* note 199, pp. 91-128. L'auteur conclut à l'absence de définition de l'identité qu'il qualifie de « je-ne-sais-quoi, l'objet d'une intuition d'autant plus valorisé qu'il reste indéfinissable » (p. 99).

philosophie⁴⁷⁸, etc. se sont penchées sur le problème de la définition de l'identité⁴⁷⁹. À la lecture de certains de ces travaux, la notion d'identité – difficile à appréhender dans son entièreté – peut toutefois être analysée dans deux sens. Selon le premier de ces sens, l'identité renvoie à l'identification c'est-à-dire qu'elle permet de « constater qu'un être est bien lui-même [...] et non pas un autre »⁴⁸⁰. Il s'agit alors de différencier des objets ou des individus les uns par rapport aux autres. Selon le second sens, l'identité renvoie à la similitude, à l'analogie et nécessite donc nécessairement une comparaison de soi et d'autrui. Cette distinction se retrouve particulièrement chez Paul RICŒUR, dont les travaux sur la philosophie du sujet et sur l'identité sont particulièrement reconnus.

140. Dans son œuvre *Soi-même comme un autre*, la distinction entre identification et analogie est résumée dans les deux sens complémentaires qu'il donne à l'identité : d'une part, l'identité-*ipse* qui est l'identification par un sujet de lui-même, composée des éléments qui rendent l'individu unique, distinct de tout autre⁴⁸¹, et variant dans le temps ; d'autre part, l'identité-*idem* qui est « comme lorsqu'on dit qu'il y a identité entre deux termes »⁴⁸² c'est-à-dire la reconnaissance des ressemblances entre le sujet et autrui.

141. Allant plus loin sur la construction du sujet, Paul RICŒUR propose l'une de ses thèses fortes fondée sur la notion d'« identité narrative »⁴⁸³ : la construction de l'identité d'une personne se fait sur la base d'un récit. À sa suite, des travaux en psychologie comme ceux menés par Alex MUCCHIELLI sur les contextualisations du soi⁴⁸⁴ reprennent cette idée. Pour Alex MUCCHIELLI, l'identité renvoie à la notion de « sentiment d'identité »⁴⁸⁵ qui est une construction psychologique du sujet vis-à-vis de lui-même, variant selon les contextes de référence. Il s'agit donc d'une forme d'autobiographie du sujet vis-à-vis de lui-même. Dans

⁴⁷⁸ V. entre autres : P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, *op. cit.* note 33 ; C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, Paris, Éd. du Cerf, 2015, trad. C. MELANÇON ; C. TAYLOR, *Les sources du moi : la formation de l'identité moderne*, Paris, Éditions Points, 2018, trad. C. MELANÇON ; A. MUCCHIELLI, « L'Identité individuelle et les contextualisations de soi », *Le Philosophoire*, Vrin, 12 mai 2015, vol. n° 43, n° 1, pp. 101-114.

⁴⁷⁹ S'agissant de la définition de l'identité en droit, des travaux récents s'appuient sur les mêmes critères de définition que dans les domaines précités. V. par exemple : J.-A. MAZERES, « Qu'est-ce que l'identité ? », in M. DOAT, J. RIOS RODRIGUEZ, *L'identité en droit*, Paris, Mare & martin, Droit & science politique, 2022, pp. 11-29.

⁴⁸⁰ N. HEINICH, *Ce que n'est pas l'identité*, *op. cit.* note 154, p. 46.

⁴⁸¹ P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, *op. cit.* note 33, p. 13.

⁴⁸² N. HEINICH, *Ce que n'est pas l'identité*, *op. cit.* note 154, p. 46.

⁴⁸³ P. RICŒUR, « L'identité narrative », *Esprits*, juillet 1988, pp. 295-304 ; P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, *op. cit.* note 33, pp. 107 et s.

⁴⁸⁴ A. MUCCHIELLI, « L'Identité individuelle et les contextualisations de soi », *op. cit.* note 477, pp. 101-114.

⁴⁸⁵ Pour une analyse de la notion en droit privé, V. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2000.

cette narration, l'individu ne construit son identité qu'à condition qu'il se distingue d'autres individus (différenciation-singularisation), aussi semblables puissent-ils être (comparaison-assimilation). Charles TAYLOR quant à lui s'oppose à l'idée de « la formation de l'esprit humain [...] de façon "monologique" c'est-à-dire de façon indépendante »⁴⁸⁶ et considère : « [je] ne peux pas découvrir isolément mon identité : je la négocie dans un dialogue, en partie extérieur, en partie intérieur, avec l'autre »⁴⁸⁷. Cette idée d'une construction psychologique et dialogique de l'identité est très bien résumée dans la pensée de Paul RICŒUR : « le plus court chemin de soi à soi passe par autrui », aimait-il à rappeler⁴⁸⁸. Ce récit narratif que l'individu construit permet pour Paul RICŒUR de réconcilier les deux sens de l'identité-*ipse* et de l'identité-*idem*. Autrement dit, l'identité narrative forme un pont entre l'identité-*ipse* et l'identité-*idem* : la construction de l'identité personnelle repose sur le constat de caractères analogues partagés par l'individu avec d'autres, mais également sur le constat de caractères singuliers, particuliers, qui distinguent l'individu de ses semblables. Partant de cette relation entre *ipséité* et *mêmeté*, on peut considérer que, même au sein d'un groupe, d'un collectif (une Nation, une religion, une ethnie), les individus peuvent, du fait de ses deux conceptions de l'identité apparemment contradictoires et pourtant complémentaires, s'identifier à ce collectif et se distinguer de tous les autres membres qui le composent⁴⁸⁹. Ce point est d'ailleurs parfaitement résumé par Nathalie HEINICH qui considère, à propos de la thèse de Paul RICŒUR, que « l'une et l'autre des définitions ont leur pertinence : l'identité n'est ni le bon « soi-même » ni le mauvais « même que », pas plus que le contraire – elle est les deux, aussi nécessaires l'un que l'autre à la définition d'un être »⁴⁹⁰, alors même que « [ces] deux définitions de l'identité – par la différenciation d'avec autrui, par l'assimilation à des groupes de référence – sont logiquement contradictoires, tout en étant l'une et l'autre constitutives de ce qui permet de définir un être, qu'il soit collectif ("la France") ou individuel ("ce Français-là") »⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, op. cit. note 477, p. 40.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 56.

⁴⁸⁸ Cette « maxime » irrigue plusieurs de ses ouvrages et lui est attribuée par certains auteurs. V. par exemple les articles suivants : W. HENRI, « Alain Thomasset, Paul Ricœur. Une poétique de la morale. Aux fondements d'une éthique herméneutique et narrative dans une perspective chrétienne (coll. Bibliotheca Ephemeridum Theologiarum Lovaniensium, 124). », *Revue Théologique de Louvain*, 1997, n° 28-2, pp. 279-281, not. p. 280 ; P. SVANDRA, « Repenser l'éthique avec Paul Ricœur », *Recherche en soins infirmiers*, 19 avril 2016, vol. N° 124, n° 1, pp. 19-27 ; P. DAU VAN HONG, *Paul Ricoeur, le monde et autrui*, Paris, L'Harmattan, Ouverture philosophique, 2012.

⁴⁸⁹ N. HEINICH, *Ce que n'est pas l'identité*, op. cit. note 154, p. 57.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 49.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 53.

142. La construction du sujet social repose ainsi sur une nécessaire comparaison de soi et d'autrui, qui engendre tout à la fois une différenciation – laquelle se traduit par une singularisation du sujet par rapport à autrui – et une assimilation – laquelle est le résultat de l'analogie entre le sujet et autrui.

143. Une logique similaire s'observe dans le raisonnement antidiscriminatoire. En effet, pour caractériser une différence de traitement, la Cour commence par comparer la situation du ou des requérants avec celle d'un comparateur plus ou moins abstrait. Cette étape du raisonnement – la comparaison des situations – repose elle aussi sur des processus d'analogie et de singularisation.

1.2. Le raisonnement comparatif : entre singularisation et analogie des situations

144. Nous l'avons énoncé ci-dessus, le raisonnement antidiscriminatoire a pour objectif de démontrer l'existence de deux éléments : une différence de traitement et une absence de justification objective et raisonnable. Il convient toutefois de prendre en considération le fait que la définition unitaire de la discrimination qui avait encore cours en droit conventionnel de la non-discrimination jusqu'à la fin des années 1990 ne couvre désormais plus toutes les situations discriminatoires prohibées par l'article 14⁴⁹². Ainsi, pour ce qui est de la discrimination par absence de différenciation – introduite à partir de la jurisprudence *Thlimmenos contre Grèce*⁴⁹³ –, la discrimination se définit comme une identité de traitement et une absence de justification objective et raisonnable à l'existence de cette identité de traitement. Afin de simplifier le propos, nous userons ci-après de l'expression discrimination *prima facie* en lieu et place de la différence de traitement comme une étape dans un raisonnement. En effet, une discrimination *prima facie* peut provenir de la démonstration soit d'une différence de traitement entre des situations semblables (présomption de discrimination fondée sur une différence de traitement), soit d'une absence de différence de traitement entre des situations

⁴⁹² V. à propos de l'ajout de formes de discriminations prohibées comme la discrimination par absence de différenciation et la discrimination indirecte au courant des années 2000, *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

⁴⁹³ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77, §44 : « La Cour a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention lorsque les Etats font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues (...). Toutefois, elle estime que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes ».

similaires (présomption de discrimination par absence de différenciation). Au contraire, l'expression « différence de traitement » renvoie à la stricte démonstration d'une différence de traitement entre deux situations à d'autres égards analogues, ce qui exclut donc tous les raisonnements relatifs à une allégation de discrimination par absence de différenciation.

145. Pour prouver l'existence d'une discrimination *prima facie*, le raisonnement classique en droit de la non-discrimination repose donc dans un premier temps sur une comparaison entre des situations de fait, et ce quel que soit le type de discrimination alléguée (du fait d'un traitement différent, ou par absence de différenciation). Ainsi, le raisonnement relatif à la comparaison des situations en matière de discrimination du fait d'un traitement différencié a pour objectif de mettre en évidence l'existence d'une différence de traitement par la preuve que deux personnes ou groupes de personnes placés dans des situations analogues ont été traités – directement ou indirectement – de manière différente⁴⁹⁴. De même, le raisonnement relatif à la comparaison des situations en matière de discrimination par absence de différenciation a pour objectif de mettre en évidence l'existence d'une discrimination *prima facie* par la preuve que deux personnes ou groupes de personnes placés dans des situations différentes ont été traités de manière identique⁴⁹⁵. Dans ces deux hypothèses, le raisonnement comparatif propre au droit de la non-discrimination repose sur la mise en lumière de différences et de similitudes entre deux individus ou deux groupes d'individus. Il faut néanmoins revenir plus en détail sur le fonctionnement même de la comparaison pour en comprendre les effets sur le discours des juges.

146. La comparaison peut se définir comme le fait de confronter deux ou plusieurs objets ou sujets pour mettre en évidence leurs ressemblances et leurs différences⁴⁹⁶. Elle se distingue de l'analogie qui, supposant un « rapport de ressemblance, d'identité partielle entre des réalités différentes préalablement soumises à comparaison »⁴⁹⁷, est un des résultats possibles obtenus à l'issue d'une opération intellectuelle de comparaison. La logique argumentative⁴⁹⁸ de la

⁴⁹⁴ Cour EDH, *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, req. n°20060/92, *Rec. CEDH 1997-I*, not. §§39-40.

⁴⁹⁵ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77.

⁴⁹⁶ « Comparaison », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, 2019, en ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/comparaison> (consulté le 6 mars 2019).

⁴⁹⁷ « Analogie », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, 2019, en ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/analogie> (consulté le 11 mars 2019).

⁴⁹⁸ La notion de logique est ici prise dans un sens différent de celui utilisé pour parler de « logique identitaire » ou de « logique communautaire ». Elle est ici prise dans le sens de la « science relative aux processus de la pensée rationnelle (induction, déduction, hypothèse par exemple) et à la formulation discursive des vérités ». V. « Logique », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, 2019, en ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/logique> (consulté le 29 novembre 2019).

comparaison est la suivante : à partir d'un ensemble de différences et de similitudes particulières, on détermine si des situations sont suffisamment comparables⁴⁹⁹ pour qu'une même conclusion générale soit applicable aux situations comparées – la conclusion générale en matière de discrimination du fait de l'application d'un traitement différent par exemple reposant sur le principe qu'un traitement égal doit être accordé aux personnes placées dans des situations analogues⁵⁰⁰. De manière générale, si un individu *a* et un individu *b* partagent un ensemble de caractéristiques x_1, x_2, x_3 , etc. alors *a* et *b* devraient être traités de la même manière au regard de x_1, x_2, x_3 , etc., quand bien même ces deux individus sont différents au regard de la caractéristique y_1 ⁵⁰¹. C'est ce principe logique qui guide la comparaison des situations en matière de discrimination du fait de l'application d'un traitement différent. Parallèlement, pour les discriminations par absence de différenciation, la logique est la suivante : si un individu *a* et un individu *b* ne partagent pas les caractéristiques x_1, x_2, x_3 , etc. alors *a* et *b* devraient être traités de manière différente au regard de x_1, x_2, x_3 , etc., quand bien même ces deux individus partageraient une même caractéristique y_1 ⁵⁰². La technique de comparaison suppose donc d'établir la preuve de la comparabilité⁵⁰³ des individus et de leurs situations. En effet, pour qu'une comparaison soit valide, il est nécessaire que les deux éléments qui font l'objet de la comparaison puissent être comparés. Il faut alors pouvoir déterminer quels éléments sont comparables, et lesquels ne le sont pas. Cela revient à se demander « comparables par rapport à quelles propriétés ou caractéristiques et incomparables (par exemple par trop de différences) par rapport à quelles autres propriétés ou caractéristiques »⁵⁰⁴. Le motif prohibé de discrimination semble jouer ce rôle, nous y reviendrons⁵⁰⁵. Pour Delphine THARAUD, en droit de la non-discrimination ou de l'égalité, « la comparabilité représente "le périmètre de référence" de l'égalité » en ce « [à] l'intérieur de ce "cercle", l'égalité s'applique, alors qu'en dehors elle est exclue »⁵⁰⁶.

⁴⁹⁹ Il n'existe pas deux situations parfaitement identiques. Morgan SWEENEY raisonne ainsi dans sa thèse à partir de la relation « d'équivalence » et non d'identité des situations. V. M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges : essai en droit social*, Toulouse, Issy-les-Moulineaux, Éditions L'Épilogue - Lextenso, Collection L'unité du droit Volume V, 2016, p. 40.

⁵⁰⁰ Cour EDH [plén.], « *Affaire linguistique belge* », 23 juillet 1968, *op. cit.* note 133.

⁵⁰¹ D.N. WALTON, « Argumentation Schemes for Argument from Analogy », in H. JALES RIBEIRO (dir.), *Systematic Approaches to Argument by Analogy*, New York, Springer, Argumentation Library n° 25, 2014, pp. 23-40, p. 29.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ Sur la confusion terminologique entre l'opération de comparaison, la condition *sine qua non* de la possibilité de mener la comparaison qu'est la comparabilité et le résultat de l'opération de comparaison, V. D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.* note 245, pp. 40-43.

⁵⁰⁴ SARTORI Giovanni, 1994, p. 22, cité par C. VIGOUR, *La comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes*, Paris, La Découverte, Repères, 2005, pp. 6-7.

⁵⁰⁵ V. *infra* §§161 et s.

⁵⁰⁶ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.* note 245, p. 37.

147. En s'intéressant à la comparaison comme méthode de raisonnement ou technique, on constate que celle-ci, nécessaire pour débiter tout raisonnement visant à prouver l'existence d'une discrimination *prima facie*, débouche sur une singularisation de la situation factuelle faisant l'objet de la comparaison par rapport à un comparateur. En effet, l'objectif de la comparaison des situations en matière de discrimination du fait de l'application d'un traitement différent est bien de démontrer l'existence d'une différence de traitement entre le requérant et son comparateur, ce qui permet ainsi de singulariser la situation du requérant en le différenciant du comparateur. Dans le même temps, la comparaison des situations aboutit à la démonstration que le requérant et son comparateur étaient bien placés dans une situation à d'autres égards analogues, ce qui permet d'assimiler le requérant et son comparateur. De même, l'objectif de la comparaison des situations en matière de discrimination par absence de différenciation est de démontrer l'existence d'une différence de situation entre le requérant et son comparateur, ce qui permet de singulariser la situation du requérant en la différenciant de celle du comparateur, quand dans le même temps cette technique de comparaison aboutit à la démonstration que le requérant était bien traité de la même manière que son comparateur.

148. Les phénomènes décrits en matière de construction de l'identité se retrouvent donc dans toute technique de comparaison. Si l'on ne peut pour autant en conclure que la comparaison des situations est un raisonnement ouvrant grand la porte à la protection des identités par le droit conventionnel de la non-discrimination, on peut toutefois relever qu'identité et comparaison reposent sur un processus similaire. Or, ce processus aboutit justement à ce que le raisonnement comparatif focalise l'attention des observateurs de la jurisprudence – si ce n'est du juge – sur les particularités des requérants, sur leurs singularités, et par suite – peut-être – sur leurs identités.

2. Les effets du raisonnement comparatif : une focalisation sur les particularités

149. Les procédés d'analogie et de singularisation mis en évidence précédemment sont deux étapes du raisonnement relatif à la comparaison des situations. En effet, en matière de discrimination du fait de l'application d'un traitement différent, le raisonnement suivi revient à démontrer qu'un individu *a*, porteur de la requête, est placé dans une situation analogue à celle d'un individu *b*, mais que la situation de l'individu *a* est toutefois particulière en ce qu'il est traité moins favorablement que l'individu *b*. *A contrario*, en matière de discrimination par

absence de différenciation, le raisonnement suivi revient à démontrer que les individus *a* et *b* sont traités de la même manière, alors même qu'ils étaient bien placés dans une situation différente. Ces mécanismes de différenciation, comparaison et singularisation sont d'ailleurs observables dans la jurisprudence de la Cour, quelle que soit le type de discrimination allégué, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une discrimination du fait de l'application d'un traitement différent (2.1.) ou d'une discrimination par absence de différenciation (2.2.)

2.1. La focalisation sur des singularités individuelles en matière de discrimination comme indifférenciation

150. La comparaison des situations, nous l'avons dit, a pour effet de démontrer une analogie entre deux situations *a* et *b* (celle du requérant et celle du comparateur), mais également de démontrer une singularité, une particularité, en somme une différence propre à la situation du requérant. Cette particularité rend le requérant, ou *a minima* sa situation, différent si ce n'est unique par rapport au comparateur, d'où le rapprochement avec le processus de singularisation propre à la construction identitaire. En matière de discrimination du fait de l'application à des situations semblables d'un traitement différent, cette comparaison met l'accent sur la similarité de la situation du requérant et de celle de son comparateur et sur la particularité propre au requérant sur laquelle se fonde la différence de traitement subie.

151. Le premier constat de violation de la Convention en matière de discrimination fondée sur le sexe, l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*⁵⁰⁷ de 1985, offre une bonne illustration de ce point. Le raisonnement comparatif dans cette affaire focalise l'attention sur les singularités des requérants. En l'espèce, trois ressortissantes étrangères légalement établies, et de manière permanente, au Royaume-Uni, demandent à ce que leurs époux, ressortissants étrangers résidant en dehors du Royaume-Uni, puissent bénéficier d'un titre d'admission sur le territoire. Les règles d'octroi d'un titre de séjour ou d'un droit d'admission sur le territoire ont toutefois été modifiées par la loi de 1981 sur la nationalité britannique, et les règles sur l'immigration de 1982 et 1983. En vertu de ces dispositions, la qualité de citoyen du Royaume-Uni et des Colonies est remplacée par trois citoyennetés distinctes : territoire britannique, territoires dépendants britanniques et outre-mer britannique. Cela a pour conséquence de faire disparaître, à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la distinction « *patrial / non patrial* » qui réglementait l'obtention du droit d'admission sur le territoire

⁵⁰⁷ Cour EDH [plén.], *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, *op. cit.* note 172.

britannique et le droit de résidence illimité au Royaume-Uni. Surtout, la règle sur l'immigration de 1982 a introduit une distinction entre, d'une part, le régime applicable aux épouses et fiancées d'hommes résidant légalement et durablement au Royaume-Uni et, d'autre part, le régime applicable aux époux et fiancés de femmes résidant légalement et durablement au Royaume-Uni. La distinction essentielle établie entre ces catégories est relative à l'octroi d'un permis de séjour, d'une admission à titre temporaire sur le territoire britannique ou du bénéfice d'un regroupement familial. En application de la loi de 1981 et de la règle sur l'immigration de 1982, les époux ou fiancés respectifs des trois requérantes n'ont pas pu s'établir au Royaume-Uni, leurs demandes de permis de séjour ou d'admission à titre temporaire ayant été rejetées. Par ailleurs, les trois femmes font valoir qu'aucune d'entre elles ne pouvait retourner dans son pays d'origine : Mme Abdulaziz, née au Malawi, considère avoir perdu sa nationalité du Malawi et n'avoir aucune attache avec le pays de résidence de son époux (le Portugal) ; Mme Cabales, originaire des Philippines, n'aurait pas pu subvenir à ses besoins et à ceux de ses parents dans son pays d'origine ; Mme Balkandali, née en Égypte, mais dont l'époux est résidant en Turquie, considère ne pas pouvoir s'installer en Turquie car, mère d'un enfant illégitime, elle craint d'être ostracisée. Les requérantes estiment alors que les distinctions entre hommes et femmes dans la législation relative à l'immigration au Royaume-Uni leur fait subir une discrimination fondée sur le sexe, la race et la naissance. La Cour considère que ces règles « permettaient plus aisément à un homme installé au Royaume-Uni qu'à une femme dans la même situation d'obtenir, pour son conjoint non national, l'autorisation d'entrer ou de rester dans le pays à demeure »⁵⁰⁸, constatant de fait l'existence d'une différence de traitement fondée sur le sexe. C'est ainsi en raison de leur sexe féminin que les situations des trois requérantes sont particularisées : un homme souhaitant que sa fiancée ou son épouse, non nationale, la rejoigne au Royaume-Uni n'aurait pas subi de refus. Or, la situation des femmes résidant légalement et de manière durable au Royaume-Uni et celle des hommes résidant légalement et durablement au Royaume-Uni sont bien analogues, ce que la Cour relève succinctement⁵⁰⁹. Il y a donc une comparaison-assimilation entre les hommes étrangers et les femmes étrangères installés au Royaume-Uni. Pourtant, la situation des femmes étrangères installées au Royaume-Uni, et notamment la situation des requérantes, est bien singulière par rapport à celle des hommes placés dans la même situation : elles sont les seules à subir le traitement différencié

⁵⁰⁸ *Ibid.*, §74.

⁵⁰⁹ *Ibid.* : « nul ne conteste que les règles de 1980 permettaient plus aisément à un homme installé au Royaume-Uni qu'à une femme *dans la même situation* d'obtenir, pour son conjoint non national, l'autorisation d'entrer et de rester dans le pays à demeure ». Nous soulignons.

imposé par la législation britannique sur la nationalité et l'immigration. Ainsi, la comparaison des situations, bien que succincte en l'espèce, aboutit bien aux deux effets du raisonnement comparatif précédemment mis en lumière : une comparaison-assimilation entre les femmes et leur comparateur, et une différenciation-singularisation du fait du traitement différent subi. Ce qui différencie les requérantes des individus semblables à elles est le traitement différencié fondé sur leur sexe prévu par la législation britannique. Leur situation s'en trouve ainsi singularisée du fait de leur sexe, motif prohibé de discrimination aux termes de l'article 14 de la Convention. La Cour aboutit ainsi à la conclusion qu'il existe une différence de traitement – qui plus est injustifiée⁵¹⁰ – mais le raisonnement en lui-même singularise la situation des requérantes par rapport aux hommes placés dans la même situation.

152. Cette singularisation des situations du fait du raisonnement comparatif s'observe également dans des affaires relatives à des discriminations fondées sur d'autres motifs, comme l'orientation sexuelle. L'arrêt *Salgueiro da Silva Mouta contre Portugal*⁵¹¹, premier arrêt dans lequel la Cour constate une violation de l'article 14 pour une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, démontre là encore le fait que le raisonnement relatif à la comparaison des situations produit une focalisation sur les singularités individuelles du requérant par rapport à son comparateur. En l'espèce, le requérant divorce de son épouse et vit depuis la date de sa séparation avec un homme. Dans le cadre de la procédure de divorce, un accord est conclu avec son ex-épouse quant à l'octroi de l'autorité parentale sur leur enfant : l'autorité parentale est confiée à la mère, tandis que le requérant bénéficie d'un droit de visite. Cependant, la mère ne respecte pas cet accord : l'enfant est confié à la garde de ses grands-parents maternels et le droit de visite du requérant n'est pas respecté. En première instance, la juridiction saisie donne raison au requérant qui se voit confier l'autorité parentale sur l'enfant, malgré des allégations, considérées comme non fondées par le tribunal, d'abus sexuels. À la suite de cette décision, la mère enlève son enfant et fait appel de la décision. La cour d'appel infirme alors le jugement de première instance et attribue l'autorité parentale à la mère, estimant que « malgré l'importance de l'amour paternel, un enfant en bas âge a besoin de soins que seul l'amour maternel peut lui prodiguer », que sa décision de quitter son épouse « pour aller vivre avec un ami [...] n'est pas normale, selon les critères communs », que « l'enfant doit vivre au sein (...) »

⁵¹⁰ *Ibid.*, §§75 à 83.

⁵¹¹ Cour EDH, 4ème Section, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, req. n°33290/96, *Rec. CEDH 1999-IX*. On peut toutefois relever que la Cour a constaté la violation de l'article 8 de la Convention dans une précédente affaire, sans poursuivre toutefois l'analyse dans le champ de l'article 14. V. Cour EDH, 3ème Section, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999, req. n° 33985/96 et 33986/96, *Rec. CEDH 1999-VI*.

d'une famille traditionnelle portugaise », ou encore qu'« il n'y a pas ici lieu de chercher à savoir si l'homosexualité est ou non une maladie ou si elle est une orientation sexuelle à l'égard des personnes du même sexe. Dans les deux cas, l'on est en présence d'une anomalie »⁵¹². Le requérant allègue alors devant la Cour européenne des droits de l'homme une discrimination dans l'octroi de l'autorité parentale fondée sur son orientation sexuelle. Pour démontrer l'existence d'une différence de traitement entre le requérant et la mère de son enfant, la Cour constate que « pour annuler la décision du tribunal aux affaires familiales de Lisbonne et, par conséquent, conférer l'autorité parentale à la mère au détriment du père, la cour d'appel a introduit un élément nouveau, à savoir le fait que le requérant était homosexuel et qu'il vivait avec un autre homme »⁵¹³. Elle établit ainsi l'existence d'une différence de traitement entre le requérant et son ex-épouse, reposant sur l'orientation sexuelle du requérant. Sa situation est donc tout à la fois assimilée à celle de la mère de l'enfant – leur situation étant comparable en ce qu'ils sont parents respectifs du même enfant – et distincte de celle-ci – alors que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être le seul critère observé par le tribunal pour conférer l'autorité parentale à l'un ou l'autre des parents. La cour d'appel a tenu compte de l'orientation sexuelle du père pour fonder sa décision, ce qu'elle n'aurait pas fait s'il avait été hétérosexuel. La comparaison des situations singularise le requérant : sa situation est particulière par rapport à celle d'une personne placée dans une situation comparable, et ce en raison de son orientation sexuelle. Cela aboutit à focaliser le discours sur l'existence de singularités individuelles propres au requérant.

153. Cette singularisation du requérant et de sa situation s'observe également dans des affaires relatives à des discriminations fondées sur d'autres caractéristiques individuelles, qui, dans les discours doctrinaux, semblent être moins rattachées à des logiques identitaires. L'arrêt *Glor contre Suisse* illustre bien la manière dont le raisonnement comparatif focalise l'attention sur les singularités individuelles en matière de discrimination fondée sur le handicap par exemple. Dans cet arrêt, publié au recueil et ayant fait l'objet de commentaires doctrinaux⁵¹⁴, les autorités suisses exigeaient du requérant, diabétique, qu'il paye une taxe d'exemption de

⁵¹² Cour EDH, 4ème Section, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, *op. cit.* note 510, §§14, 34 et 35.

⁵¹³ *Ibid.*, §28.

⁵¹⁴ D. THARAUD, « La discrimination en matière de handicap mineur : commentaire de l'arrêt *Glor* (CEDH, 30 avril 2009, *Glor contre Suisse*) », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2010, p. 1033 ; G. GEISSBUEHLER, « L'armée suisse face à la CourEDH », *L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse*, Genève, Zurich, Schulthess, 2016, pp. 51-68, not. pp. 60-64.

l'obligation de servir dans l'armée, alors même qu'il se déclarait prêt à accomplir son service militaire. Pour la Cour, « on se retrouve, à double titre, en présence d'une différence de traitement entre personnes placées dans des situations analogues »⁵¹⁵ en l'espèce puisque le requérant est traité différemment des autres personnes se déclarant aptes à accomplir leur service militaire, mais également des personnes qui ont été déclarées inaptes à servir par un médecin militaire et qui, du fait de leur handicap lourd, ont été exemptées du paiement de la taxe. La situation du requérant est donc doublement distinguée dans le raisonnement de la Cour d'autres situations, pourtant similaires, la rendant par suite singulière : c'est en raison du handicap « mineur »⁵¹⁶ dont souffre le requérant que la situation de ce dernier est particularisée. Sa situation est donc analogue à celles vécues par les personnes s'étant déclarées, comme le requérant, aptes à accomplir leur service militaire, et à celles vécues par les personnes ayant été déclarées inaptes à servir par un médecin militaire. La comparaison des situations entre la situation du requérant et celles d'autres personnes repose sur une analogie, une comparaison-assimilation. Néanmoins, en s'intéressant au traitement différencié dont le requérant a fait l'objet – il n'a pas pu accomplir son service militaire comme les autres personnes s'étant déclarées aptes à servir, ni n'a été exempté du paiement de la taxe comme les autres personnes ayant été déclarées inaptes par le médecin militaire –, on constate que le raisonnement de la Cour singularise également la situation du requérant. Ce qui différencie le requérant des individus qui lui sont semblables est le traitement différencié fondé sur son handicap « mineur ». Sa situation s'en trouve ainsi différenciée-singularisée du fait de son handicap, motif prohibé de discrimination aux termes de l'article 14 de la Convention. Il est différencié d'autres personnes qui lui sont semblables du fait d'une unique caractéristique qui le singularise, le particularise, en l'occurrence son handicap « mineur ».

⁵¹⁵ Cour EDH, 1ère Section, *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, req. n°13444/04, *Rec. CEDH 2009-III*, §80.

⁵¹⁶ *Ibid.*, §90-92.

154. On retrouve ce mécanisme également dans des affaires relatives à des discriminations fondées sur l'état de santé⁵¹⁷, sur la naissance⁵¹⁸, sur l'origine ethnique⁵¹⁹ ou encore sur la

⁵¹⁷ V. par exemple : Cour EDH, 1ère Section, *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, *op. cit.* note 446. En l'espèce, la Cour était confrontée à une législation russe interdisant la délivrance d'un permis de séjour aux ressortissants étrangers pour lesquels un examen médical avait établi leur séropositivité. Le requérant, ressortissant ouzbek ayant épousé une ressortissante russe, se voit refuser la délivrance d'un permis de séjour sur ce motif. Pour la Cour, le requérant était bien placé dans une situation analogue à celle d'autres ressortissants étrangers éligibles à la délivrance d'un permis de séjour en raison de leurs attaches familiales en Russie (§§60-61), et seule la circonstance de son état de santé différait. La singularisation du requérant par rapport aux ressortissants étrangers placés dans une situation analogue est établie par la comparaison des situations : seule la particularité du requérant relative à son état de santé diffère. La comparaison permet ainsi d'assimiler le requérant à des personnes placées dans une situation analogue à la sienne et focalise l'attention sur la singularité du requérant qui fonde la différence de traitement, à savoir son état de santé.

⁵¹⁸ V. par exemple : Cour EDH [plén.], *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *op. cit.* note 128. En l'espèce, la Cour avait à connaître de la législation belge établissant une différence dans l'établissement de la filiation entre les mères célibataires et les mères mariées en vertu de l'article 319 du Code civil belge. La Cour constate que « l'enfant "naturel" n'a pas moins intérêt que l'enfant "légitime" à la constatation de ce lien » (§39), soulignant de fait la comparabilité des intérêts des enfants quel que soit le statut marital de leur mère. Mais la situation des enfants « naturels » est singularisée : c'est en effet parce que la mère était célibataire au moment de la naissance de son enfant que celui-ci est traité différemment en droit belge. L'enfant « naturel » est traité différemment sur l'unique motif de sa naissance hors mariage ; sa situation est ainsi particulière, singulière, en raison de sa naissance. On retrouve cette même singularisation de la situation dans les différentes décisions dans lesquelles la Cour a constaté des discriminations sur le fondement de la naissance. V. Cour EDH, *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, req. n°8695/79, *Série A n°26* ; Cour EDH, *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, req. n°12849/87, *Série A n°214-C* ; Cour EDH, 3ème Section, *Mazurek c. France*, 1 février 2000, req. n°34406/97, *Rec. CEDH 2000-II* ; Cour EDH, 1ère Section, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, 3 octobre 2000, req. n°28369/95, *Rec. CEDH 2000-X* ; Cour EDH (GC), *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003, req. n°30943/96, *Rec. CEDH 2003-VIII* ; Cour EDH (GC), *Sommerfeld c. Allemagne*, 8 juillet 2003, req. n°31871/96, *Rec. CEDH 2003-VIII* ; Cour EDH, 4ème Section, *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004, req. n°69498/01, *Rec. CEDH 2004-VIII* ; Cour EDH, 1ère Section, *Merger et Cros c. France*, 22 décembre 2004, req. n°68864/01 ; Cour EDH, 5ème section, *Brauer c. Allemagne*, 28 mai 2009, req. n°3545/04 ; Cour EDH, 1ère Section, *Sporer c. Autriche*, 3 février 2011, req. n°35637/03 ; Cour EDH, 1ère Section, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, 3 mai 2011, req. n°56759/08 ; Cours EDH (GC), *Fabris c. France*, 7 février 2013, req. n°16574/08, *Rec. CEDH 2013-I* ; Cour EDH, 5ème Section, *Mitzinger c. Allemagne*, 9 février 2017, req. n°29762/10 ; Cour EDH, 5ème Section, *Wolter et Sarfert c. Allemagne*, 23 mars 2017, req. n°59752/13 et 66277/13.

⁵¹⁹ Cour EDH, 3ème Section, *Muñoz Diaz c. Espagne*, 8 décembre 2009, *op. cit.* note 237. En l'espèce, la Cour avait à connaître de la législation espagnole qui ne reconnaît qu'un seul mariage juridiquement valide, le mariage catholique, en vertu de l'article 49 du Code civil espagnol. La requérante, une femme rom, s'était mariée avec un homme rom selon les rites propres à leur communauté. Six enfants sont nés de ce mariage et un livret de famille établi par les autorités espagnoles en 1983 indique ces naissances et le statut de conjoint des deux époux. À la suite de ce premier document, la famille recevra le statut de famille nombreuse de première catégorie. Suite au décès de son mari en 2000, la requérante demande une pension de réversion qui lui est refusée au motif qu'elle n'aurait jamais été l'épouse de son défunt compagnon. Elle s'estime discriminée en raison de son appartenance à une minorité ethnique. La Cour constate que la requérante et son compagnon étaient placés dans une situation analogue à celle de conjoints mariés selon les rites catholiques au regard des documents officiels reçus qui reconnaissaient leur statut : livret de famille, statut de famille nombreuse, actes de naissance des enfants (§65). Ils pouvaient donc selon la Cour estimer de bonne foi que leur mariage était juridiquement valide (§§52 et 55-56). La situation de la requérante est, aux yeux de la Cour, équivalente à celle d'un membre d'une autre communauté ethnique que la sienne, mais la requérante présente une particularité du fait du traitement différent qui lui a été imposé sur le fondement de son appartenance à une minorité ethnique. En insistant sur « les besoins particuliers des minorités » (§60), en rappelant la vulnérabilité de la communauté rom (§61) déjà établie dans les jurisprudences Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276 et Cour EDH, *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, *op. cit.* note 220, la Cour particularise la requérante et la distingue des personnes semblables à elle – les femmes dont l'époux est décédé, appartenant à une autre communauté que la sienne et s'étant mariées selon les rites catholiques. Son appartenance communautaire singularise sa situation, alors même qu'elle était placée dans une situation comparable au regard de son espoir de bénéficier d'une pension de réversion à la mort de son conjoint.

religion⁵²⁰. Par ailleurs, cet effet de singularisation de la situation du requérant du fait du raisonnement comparatif se retrouve également lorsque le comparateur n'est pas un individu mais un groupe de personnes. Dans l'affaire *Gaygusuz contre Autriche*⁵²¹, un ressortissant turc résidant en Autriche et au chômage en fin de droits demande à bénéficier d'une prestation sociale d'urgence consistant en une avance sur sa pension de retraite sous forme d'allocation chômage. Une telle demande était autorisée par la loi sur l'assurance chômage de 1977, mais cette législation restreignait cette possibilité aux seuls ressortissants nationaux. L'agence régionale pour l'emploi avait donc rejeté la demande du requérant. Pour la Cour, le requérant se trouvait néanmoins dans une situation comparable aux Autrichiens au chômage et en fin de droits : il résidait légalement en Autriche, y travaillait et cotisait à la caisse d'assurance chômage « au même titre et sur la même base que les ressortissants autrichiens »⁵²² et il remplissait pour la Cour toutes les autres conditions légales pour l'attribution de cette prestation sociale d'urgence, à l'exception de la condition relative à la nationalité⁵²³. La Cour compare la situation individuelle du requérant non pas à la situation individuelle d'un ressortissant autrichien demandant à bénéficier de la même prestation sociale, mais bien à un ensemble de personnes – les ressortissants autrichiens en tant qu'ensemble abstrait – auquel le requérant n'appartient pas. Cela est démontré par l'usage du pluriel tout au long de la décision : elle compare la situation du requérant étranger aux « ressortissants autrichiens »⁵²⁴. La situation est

⁵²⁰ V. par exemple : Cour EDH, *Hoffman c. Autriche*, 23 juin 1993, req. n°12875/87, *Série A n°255-C*. En l'espèce, la Cour avait à connaître de la décision des juridictions autrichiennes relative à l'octroi de l'autorité parentale à un seul des deux parents au cours d'une procédure de divorce, au motif que la religion de la mère fait courir un risque aux enfants. En première instance, les juridictions avaient notamment tenu compte des « conséquences pratiques des convictions religieuses des témoins de Jéhovah » pour prendre une décision favorable à la mère (§32). Mais la Cour suprême autrichienne cassa cette décision estimant qu'il existait des « répercussions négatives éventuelles de l'appartenance [de la requérante] à la communauté religieuse des témoins de Jéhovah » (§32). Pour les juges strasbourgeois, le fait que « la Cour suprême introduisit un élément nouveau, la loi fédérale sur l'éducation religieuse des enfants, et [...] y attacha manifestement une importance déterminante » constitue une différence de traitement fondée sur la religion. S'agissant du raisonnement comparatif, le père, catholique, fait office de comparateur aux yeux de la Cour. À n'en pas douter, même si la Cour ne l'exprime pas explicitement, les deux parents sont dans une situation analogue au regard de l'exercice de leurs droits parentaux. Cela constitue une assimilation de la situation de la requérante à celle de son comparateur, le père des enfants. Mais le raisonnement de la Cour suprême autrichienne a tenu compte des appartenances religieuses différentes des deux parents. En appliquant la loi fédérale sur l'éducation religieuse des enfants à la seule requérante, la Cour suprême autrichienne a fait subir une différence de traitement à la requérante fondée sur ses convictions religieuses. Le raisonnement comparatif produit alors une singularisation de la situation de la requérante du fait de sa religion. V. également à propos des actes de violence subis par une minorité religieuse : Cour EDH, 2ème Section, *Témoins de Jéhovah de Gladni c. Géorgie*, 3 mai 2007, *op. cit.* note 151.

⁵²¹ Cour EDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, req. n°17371/90, *Rec. CEDH 1996-IV*. Une analyse similaire peut être menée à propos de l'affaire Cour EDH, 2ème Section, *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, req. n°40892/98, *Rec. CEDH 2003-X* (discrimination sur le fondement de la nationalité).

⁵²² Cour EDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, *op. cit.* note 520, §46.

⁵²³ *Ibid.*, §48 : « Par ailleurs, il n'a pas été allégué que le requérant ne remplissait pas les autres conditions légales pour l'attribution de la prestation sociale en question ; il se trouvait donc dans une situation analogue à celle des ressortissants autrichiens quant à son droit à l'obtention de cette prestation ».

⁵²⁴ *Ibid.*, §§46 et 48.

ainsi caractérisée par l'appartenance ou non à cet ensemble de personnes identifiables par leur nationalité. La démarche argumentative de la Cour repose ainsi sur une comparaison-assimilation (analogie des situations et appartenance à un groupe de personnes) permettant de démontrer une similarité entre les ressortissants autrichiens, en tant que groupe de personnes, et le requérant, ressortissant étranger exclu du groupe des nationaux. Mais là encore, le résultat de cette démarche argumentative n'est pas uniquement la mise en évidence d'une analogie entre les situations des Autrichiens et celle du requérant : en démontrant que la différence de traitement prévue par la loi sur l'assurance chômage de 1977 était « exclusivement fondée sur la nationalité »⁵²⁵ la Cour différencie et singularise la situation du requérant par rapport aux ressortissants autrichiens. Le requérant est distingué des ressortissants autrichiens, pourtant dans une situation semblable à la sienne mise à part leur nationalité, du fait de cette seule caractéristique, ce qui singularise sa situation.

155. Au regard de ce rapide panorama des décisions rendues en matière de discriminations fondées sur une différence de traitement entre situations analogues, le constat selon lequel la comparaison des situations produit, comme méthode de raisonnement, une singularisation des situations individuelles autour d'une caractéristique propre au requérant s'impose. Cette focalisation sur la singularité de la situation du ou des requérants est indépendante du motif de discrimination soulevé. C'est bien le raisonnement lui-même qui produit cet effet. Il en est de même lorsque la Cour est amenée à se prononcer sur une discrimination par absence de différenciation.

2.2. La focalisation sur des singularités en matière de discrimination comme absence de différenciation

156. À l'inverse des différences de traitement entre personnes placées dans des situations similaires, la discrimination par absence de différenciation est définie par l'absence d'une différence de traitement entre personnes placées dans des situations différentes. La logique de la comparaison des situations, en tant que mode de raisonnement, est donc inversée : au lieu de démontrer que les personnes sont placées dans des situations analogues malgré la caractéristique protégée, il s'agit de démontrer que les personnes sont placées dans des situations objectivement différentes en raison de la caractéristique protégée, commandant l'application d'un traitement différent qui n'a pourtant pas été mis en place. Malgré cette

⁵²⁵ *Ibid.*, §42.

différence de logique, la comparaison des situations produit là encore des effets de singularisation du ou des requérants : leur situation est particularisée par rapport à celle d'un comparateur.

157. La décision *Taddeucci et McCall contre Italie*, largement commentée notamment à propos de la manière dont la Cour a mené la comparaison des situations en l'espèce⁵²⁶, offre une bonne illustration de la manière dont le raisonnement comparatif focalise l'attention sur la singularité des requérants en matière de discrimination par absence de différenciation. En l'espèce, les deux requérants sont en couple et ont vécu par le passé en Nouvelle-Zélande, pays d'origine de M. McCall, avec le statut de couple non marié. En raison de l'état de santé de M. Taddeucci, ils décident de s'installer en Italie et, pour ce faire, M. McCall bénéficie d'une carte de séjour temporaire pour étudiant. Il demande l'octroi d'un permis de séjour pour raison familiale, mais sa demande est rejetée au motif qu'ils ne sont pas membres de la même famille. Après avoir saisi le tribunal de première instance, la demande de M. McCall aboutit : le tribunal relève qu'en Nouvelle-Zélande M. Taddeucci avait bénéficié d'un permis de séjour pour raison familiale en sa qualité de partenaire non marié et que les couples *de facto* bénéficient d'une reconnaissance juridique en droit italien. Cependant le ministère des Affaires intérieures fait appel de cette décision, et la juridiction d'appel infirme le jugement de première instance estimant que la Nouvelle-Zélande avait reconnu aux requérants le statut de partenaires concubins non mariés et non pas de « membres de la même famille ». Après avoir été déboutés de leur pourvoi en cassation sur le même motif, les requérants saisissent la Cour européenne des droits de l'homme estimant que le refus d'octroyer à M. McCall un permis de séjour pour raison familiale viole les articles 8 et 14 de la Convention et constitue une discrimination fondée sur son orientation sexuelle. À propos de la comparaison des situations, la Cour s'appuie sur le revirement de jurisprudence *Schalk et Kopf* de 2010⁵²⁷ dans lequel elle a estimé qu'un couple hétérosexuel, comme un couple homosexuel, connaît une « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention⁵²⁸. La situation des requérants est donc comparable à celle d'un couple

⁵²⁶ V. par exemple : J.-P. MARGUENAUD, « De la nécessité de favoriser les couples homosexuels n'ayant pas pu se marier par rapport aux couples hétérosexuels n'ayant pas voulu se marier ou les paradoxes de la comparabilité (Note sous CEDH, 1ère sect., 30 juin 2016, n°51362/09, *Taddeucci et McCall c/ Italie*) », *RTD Civ.*, 2016, p. 799 ; H. FULCHIRON, « L'arrêt *Taddeucci et McCall c/ Italie* et les discriminations indirectes entre couples homosexuels et hétérosexuels : avis de tempête ? », *Recueil Dalloz*, sans date, p. 2100. Nous nous concentrerons toutefois sur ce que produit le raisonnement en matière de comparaison des situations, sans entrer en détail sur la critique particulière à cet arrêt.

⁵²⁷ Cour EDH, 1ère Section, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, req. n°30141/04, *Rec. CEDH 2010-IV*, §94.

⁵²⁸ Cour EDH, 1ère Section, *Taddeucci et McCall c. Italie*, 30 juin 2016, *op. cit.* note 279, §58 : « La Cour rappelle que, dans son arrêt *Schalk et Kopf* (précité, § 94), elle a jugé qu'il était artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux termes de

hétérosexuel, ce qui produit une assimilation de la situation des requérants à celle de leur comparateur. Toutefois, la Cour ne conclut pas à la comparabilité sur ce seul fondement : elle estime qu'« il n'apparaît pas que les requérants, un couple homosexuel non marié, aient été traités différemment d'un couple hétérosexuel non marié »,⁵²⁹ mais que « cela dit, la situation des requérants ne saurait cependant être considérée comme analogue à celle d'un couple hétérosexuel non marié » puisque « [à] la différence de ce dernier, les intéressés n'ont pas, en Italie, la possibilité de se marier ». Il est donc difficile pour la Cour de déterminer le comparateur adéquat en l'espèce : leur situation n'est pas analogue à celle d'un couple hétérosexuel non marié puisque ces derniers ont la possibilité d'avoir accès à une union civile attestant leur statut et leur garantissant certains droits – dont le droit de bénéficier d'un permis de séjour pour raison familiale – ; elle n'est pas non plus analogue à celle d'un couple hétérosexuel qui aurait décidé de ne pas se marier ou de ne pas s'engager dans une union civile, puisque les requérants une fois installés à Amsterdam se sont mariés. Pour la Cour « les requérants, un couple homosexuel, ont été traités, en ce qui concerne l'octroi d'un permis de séjour pour raison familiale, de la même façon que des personnes se trouvant dans une situation sensiblement différente de la leur – à savoir des partenaires hétérosexuels ayant décidé de ne pas régulariser leur situation »⁵³⁰. Autrement dit, aux yeux de la Cour, en accordant la qualité de « membre de la famille » aux seuls époux et non aux concubins, l'État italien n'a pas tenu compte de la situation personnelle des requérants, couple homosexuel, et de l'impossibilité pour eux d'obtenir en Italie un mode de reconnaissance juridique de leur relation par une union civile ou un mariage. En l'espèce, la Cour part du constat d'un effet disproportionné pour considérer que l'application d'un traitement identique est injustifié, puisqu'il existe une différence de situation objective que la comparaison permet de démontrer. Dit autrement, les requérants ont été traités de la même manière qu'un couple hétérosexuel ayant décidé de ne pas se marier, alors même que leur situation était particulière en raison de leur orientation sexuelle : les couples homosexuels ne pouvaient accéder à une reconnaissance juridique de leur famille en droit italien. Leur orientation sexuelle singularise leur situation par rapport à d'autres couples qui subissent le même traitement alors même qu'ils sont dans une situation différente (puisque'ils peuvent choisir de régulariser ou non leur situation ce que ne peuvent faire les requérants). Ainsi, même en matière de discrimination par absence de différenciation, le

l'article 8. Elle a donc estimé que la relation qu'entretenaient MM. Schalk et Kopf, un couple homosexuel cohabitant de facto de manière stable, relevait de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation ».

⁵²⁹ *Ibid.*, §82.

⁵³⁰ *Ibid.*, §85.

raisonnement relatif à la comparaison des situations met en lumière la singularité de la situation des requérants, définie à partir du motif prohibé de discrimination soulevé.

158. Cet effet de singularisation se retrouvait déjà dans la première affaire en matière de discrimination par absence de différenciation. Dans l'arrêt *Thlimmenos contre Grèce*, la Cour devait comparer la situation du requérant, un témoin de Jéhovah ayant refusé de servir dans l'armée en raison de ses convictions religieuses et ayant été condamné à ce titre, à celle d'une personne dont la condamnation portait sur d'autres motifs⁵³¹. En l'espèce, ces deux catégories de personnes étaient traitées de manière semblable alors que, selon le requérant, elles étaient placées dans des situations sensiblement différentes. Pour la Cour, « "l'ensemble de circonstances" dont se plaint le requérant – le fait d'avoir été traité comme une personne reconnue coupable d'un crime aux fins de la nomination à un poste d'expert-comptable, bien que l'infraction pour laquelle il a été condamné ait été la conséquence de ses convictions religieuses – "tombe sous l'empire d'une disposition de la Convention", à savoir l'article 9 »⁵³². Elle poursuit en estimant que « c'est l'État qui, en adoptant la législation pertinente sans introduire les exceptions appropriées à la règle excluant de la profession d'expert-comptable les personnes convaincues d'un crime, a enfreint le droit du requérant de ne pas subir de discrimination »⁵³³. Le requérant est ainsi assimilé aux autres personnes reconnues coupables d'un crime et exclues de ce fait de la profession d'expert-comptable puisqu'il subit le même traitement qu'eux. Néanmoins, sa situation est aux yeux de la Cour suffisamment particulière et singulière pour qu'il puisse bénéficier d'un traitement différencié en vertu du principe selon lequel « [le] droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »⁵³⁴. La comparaison des situations du requérant et des autres personnes condamnées pour d'autres infractions engendre ainsi une focalisation sur ce qui rend la situation du requérant suffisamment particulière pour qu'il puisse considérer qu'un traitement différent aurait dû lui être appliqué. Or, ce qui rend sa situation suffisamment particulière est son appartenance à un groupe religieux particulier : le requérant, contrairement aux personnes auxquelles la Cour le compare, a été condamné pour avoir refusé de servir dans l'armée pour

⁵³¹ Pour un rappel plus précis des faits, V. *supra* §59.

⁵³² Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77, §42.

⁵³³ *Ibid.*, §48.

⁵³⁴ *Ibid.*, §44.

des motifs religieux. Cela fait de lui un objecteur de conscience et par suite il était dans une situation sensiblement différente de celle de ses comparateurs. L'appartenance religieuse du requérant singularise ainsi sa situation.

159. Que conclure face à ces différentes jurisprudences ? La comparaison des situations, en tant que mode de raisonnement logique, produit, dans des affaires diverses, et quelle que soit la nature de la caractéristique centrale permettant de qualifier la situation (sexe, religion, minorité ethnique, nationalité, etc.) ou le type de discrimination mis en cause (discrimination du fait d'un traitement différent ou par absence de différenciation), à la fois une comparaison-assimilation du requérant et du comparateur – que ce comparateur soit un individu abstrait ou un groupe d'individus – et une différenciation-singularisation. Cela focalise l'attention sur l'existence de particularités propres à la situation des requérants. Il convient d'ailleurs de relever que cette focalisation sur une singularité propre au requérant a tendance à essentialiser cette caractéristique, comme si le requérant n'était alors identifiable que par cette caractéristique, tout comme une conception figée de l'identité peut essentialiser les personnes⁵³⁵. Notre propos – en creux – le démontre : dans toutes les affaires décrites ci-dessus, le requérant est identifié et qualifié à travers le prisme de la caractéristique qui le différencie de son comparateur et singularise sa situation. Il apparaît que ceci accentue la focalisation sur des particularités individuelles ou collectives dans l'analyse de la jurisprudence.

160. **Conclusion de la section.** Le raisonnement propre à la démonstration d'une discrimination *prima facie* produit donc une focalisation de la démonstration sur l'existence de particularités propres aux individus et/ou aux groupes auxquels ils appartiennent. Ce phénomène est accentué par le fait que la caractéristique sur laquelle se fonde la différence de traitement peut renvoyer à l'identité des individus. En effet, la caractéristique qui singularise la situation du requérant est le motif de discrimination prohibé, lequel peut être interprété comme une caractéristique identitaire.

⁵³⁵ Sur l'essentialisation de l'identité nationale, V. par exemple : N. HEINICH, *Ce que n'est pas l'identité*, op. cit. note 154, p. 26 ; P.-A. TAGUIEFF, « Être français, une évidence et une énigme », *L'Express.fr*, 25 juin 2015, https://www.lexpress.fr/actualite/societe/etre-francais-une-evidence-et-une-enigme_1693280.html (consulté le 15 juillet 2021).

Section 2. Le motif de discrimination

161. Le raisonnement permettant de démontrer une discrimination *prima facie* repose sur des éléments essentiels⁵³⁶ et notamment sur l'identification d'une différence entre des situations à d'autres égards analogues et sur l'identification d'une caractéristique sur laquelle une différenciation ne peut être légitimement fondée. Autrement dit, la démonstration de l'existence d'une discrimination *prima facie* repose sur une analyse du motif prohibé de discrimination soulevé tout autant que sur la comparaison entre la situation du requérant et celle d'un comparateur. Aux termes de l'article 14 de la Convention, « [la] jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Les motifs listés, comme ceux visés par l'expression « ou toute autre situation », peuvent renvoyer à des caractéristiques identitaires. La grille de lecture distinguant entre identité objective et identité subjective permet d'éclairer cette analyse : certains motifs prohibés de discrimination ne seraient pas qu'un indice permettant la qualification juridique de la situation de fait, mais seraient des caractéristiques identitaires (2). Avant d'expliquer cette grille de lecture, il convient toutefois d'analyser le rôle que joue le motif prohibé dans le raisonnement antidiscriminatoire (1).

1. Le rôle du motif prohibé dans le raisonnement antidiscriminatoire

162. La comparaison des situations donne un rôle prépondérant au motif de discrimination : il oriente la technique de comparaison soit pour permettre d'exclure de l'analyse des éléments non pertinents c'est-à-dire des propriétés qui ne permettent pas d'établir l'existence d'une différence de traitement⁵³⁷ (1.1.), soit pour présumer l'existence d'une telle différence de traitement afin de concentrer l'analyse du juge sur les justifications étatiques (1.2.).

1.1. Le motif : une focale permettant la comparaison

163. Pour prouver l'existence d'une discrimination *prima facie*, la comparaison des situations apparaît comme une étape essentielle en ce qu'elle met en évidence l'existence d'une différence de traitement entre deux situations similaires ou d'une absence de différence de traitement entre

⁵³⁶ D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, op. cit. note 245, p. 44.

⁵³⁷ L'expression différence de traitement est ici prise dans son sens large comme une des étapes de qualification d'une discrimination.

deux situations différentes. La comparaison en tant que technique ne peut avoir lieu qu'à la condition que les éléments comparés – en l'occurrence des situations factuelles – soient comparables, c'est-à-dire puissent faire l'objet d'une comparaison valide. C'est ce qu'on appelle la comparabilité⁵³⁸. Pour déterminer quelles situations sont comparables, et lesquelles ne le sont pas, il convient de se demander « comparables par rapport à quelles propriétés ou caractéristiques et incomparables (par exemple par trop de différences) par rapport à quelles autres propriétés ou caractéristiques »⁵³⁹. À partir d'un ensemble de différences et de similitudes particulières, parfois nombreuses, les autorités d'application du droit doivent donc adopter un point de vue, déterminer à partir de quel élément la comparaison doit être menée. Sans cela, la comparaison est impossible puisqu'on ne pourra pas appliquer aux situations comparées une même conclusion générale, à savoir l'obligation de traiter de la même manière des personnes placées dans des situations analogues ou de traiter de manière différente des personnes placées dans des situations différentes. Autrement dit, la comparaison ne peut être menée qu'à travers une focale, rendant la comparaison possible. C'est d'ailleurs ce que fait la Cour lorsqu'elle compare les situations : elle n'observe pas l'ensemble des caractéristiques propres aux requérants et à leurs situations individuelles afin de déterminer s'ils sont comparables à d'autres individus ou à des comparateurs abstraits ; elle adopte un point de vue pour mener sa comparaison. Deux situations ne seront comparables qu'à la condition qu'elles soient similaires sur un plan pertinent⁵⁴⁰. La détermination de la propriété ou des propriétés à partir desquelles la comparaison pourra être menée est centrale car « [comparer] c'est [...] relever des différences et des points communs en fonction d'un critère qu'il convient de définir et qui oriente le regard [de celui qui effectue la comparaison] »⁵⁴¹, en l'occurrence le juge. Celui-ci doit donc déterminer, pour reprendre les termes d'Amartya SEN, la « focale »⁵⁴² de comparaison qui sert non seulement à orienter la comparaison, afin que celle-ci soit pertinente, mais également à déterminer le comparateur adéquat, c'est-à-dire l'individu ou le groupe d'individus réel ou abstrait supposément traité plus favorablement que le requérant. Or, le motif prohibé de discrimination soulevé semble jouer un rôle dans l'adoption de ce point de vue.

⁵³⁸ Sur la possibilité de mener la comparaison, V. D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, *op. cit.* note 245, pp. 40-43.

⁵³⁹ SARTORI Giovanni, 1994, p. 22, cité par C. VIGOUR, *La comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes*, *op. cit.* note 503, pp. 6-7.

⁵⁴⁰ Cour EDH, 4ème Section, *Clift c. Royaume-Uni*, 13 juillet 2010, req. n°7205/07, §66 : « *relevantly similar* ».

⁵⁴¹ M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges*, *op. cit.* note 498, p. 39.

⁵⁴² A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Paris, Éditions du Seuil, Points Economie E63, 2012, trad. P. CHEMLA.

164. En droit de la non-discrimination, le motif apparaît donc comme un élément central dans la manière dont la comparaison est menée : deux situations sont comparées au regard d'une caractéristique pour laquelle une norme générale interdit qu'elle serve de fondement à une différence de traitement injustifiée – que cette norme soit la Convention elle-même ou l'interprétation de l'article 14 par la Cour. En matière de discrimination du fait d'une différence de traitement, le motif permet d'analyser le fondement de la différence de traitement appliquée à deux individus dont on a déterminé que leurs situations étaient comparables. Autrement dit, il met en lumière l'existence d'une différence malgré les similitudes observées entre l'individu et son comparateur. En matière de discrimination par absence de différenciation, il joue quasiment le rôle de focale puisqu'alors c'est au regard du motif que le juge peut constater l'existence d'une situation objectivement différente entre deux individus ou groupes d'individus.

165. Ainsi, lorsque la Cour juge que le fondement d'une distinction repose sur « la situation géographique du lieu où l'intéressé est arrêté et détenu » et non sur des « caractéristiques personnelles telles que l'origine nationale ou l'appartenance à une minorité nationale », comme dans l'affaire *Magee contre Royaume-Uni*⁵⁴³, elle effectue un tri entre différentes focales de comparaison pertinentes ou non. De la même manière, lorsque la Cour estime qu'une distinction opérée entre différents types d'infractions n'enfreint pas le principe de non-discrimination, elle juge *in fine* non pertinent d'opérer une comparaison à partir d'une focale relative à une différenciation juridique décidée souverainement par le législateur national⁵⁴⁴. Au contraire, lorsque la Cour a jugé que les distinctions opérées en droit de la famille et en droit des successions entre des enfants nés dans le cadre d'une relation maritale – les enfants « légitimes » – et des enfants adultérins ou nés hors mariages – les enfants « naturels »⁵⁴⁵ –, elle

⁵⁴³ Cour EDH, 3^{ème} Section, *Magee c. Royaume-Uni*, 6 juin 2000, req. n° 28135/95, *Rec. CEDH 2000-VI*, §50 : « cette distinction ne s'explique pas par des caractéristiques personnelles telles que l'origine nationale ou l'appartenance à une minorité ethnique, mais par la situation géographique du lieu où l'intéressé est arrêté ou détenu ».

⁵⁴⁴ Cour EDH (GC), *Gerger c. Turquie*, 8 juillet 1999, req. n° 24919/94, §69 : « La Cour constate que la loi n°3713 a en principe pour but de sanctionner les personnes coupables d'infractions terroristes et que toute personne condamnée en vertu de cette loi est soumise à un traitement moins favorable que celui du droit commun quant aux possibilités de libération conditionnelle. La Cour en déduit que la distinction litigieuse ne s'applique pas à différents groupes de personnes mais à différents types d'infractions, selon la gravité que leur connaît le législateur. Elle ne voit là aucun élément de nature à la conduire à conclure à l'existence d'une « discrimination » contraire à la Convention ».

⁵⁴⁵ Cour EDH [plén.], *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *op. cit.* note 128 ; Cour EDH, *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH, *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH, 3^{ème} Section, *Mazurek c. France*, 1 février 2000, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH, 1^{ère} Section, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, 3 octobre 2000, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH (GC), *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH (GC), *Sommerfeld c. Allemagne*, 8 juillet 2003, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH, 4^{ème} Section, *Pla et*

a tout à la fois appliqué l'interdiction de distinguer dans la jouissance des droits garantis par la Convention sur le motif de la naissance et considéré ce critère comme une focale pertinente pour comparer la situation d'un enfant naturel réel avec celle d'un enfant légitime réel ou abstrait.

166. Le motif prohibé de discrimination joue ainsi un rôle essentiel pour permettre la comparaison des situations en ce qu'il fait office de curseur pour trier entre les focales de comparaison pertinentes et celles qui ne le sont pas. Parfois, la détermination de cette focale n'est pas évidente. Cela est dû au fait que la liste de motifs de l'article 14 est une liste dite ouverte⁵⁴⁶, laissant place à la découverte par la Cour de nouveaux motifs de discrimination soit par l'extension du champ d'application de la Convention⁵⁴⁷, soit par l'interprétation de l'expression « ou toute autre situation »⁵⁴⁸. Ainsi, la Cour dispose d'une marge d'appréciation dans le choix de la focale de comparaison pertinente, choix qui peut parfois s'avérer complexe. Par exemple, dans l'affaire *Stubbings contre Royaume-Uni*, la Cour a été saisie par différentes plaignantes victimes dans leur enfance de violences sexuelles et qui, une fois adultes, s'étaient vu refuser l'accès aux tribunaux du fait des règles de prescription en matière de violences sexuelles. Leur recours était ainsi irrecevable car tardif. Les requérantes allèguent alors une discrimination au regard du droit à un procès équitable, protégé par l'article 6 §1 de la Convention. Afin de qualifier ce traitement juridique, la Cour devait donc trancher la question de savoir si les requérantes étaient placées dans une situation analogue à un comparateur abstrait, qu'il lui fallait déterminer. La situation des requérantes ne renvoyant pas à un des motifs listés dans la Convention, la Cour compare leur situation à celle des autres victimes de dommages intentionnels ou accidentels. La Cour affirme alors qu'« il serait artificiel de mettre en évidence des similitudes entre ces groupes de plaignants et de faire abstraction des

Puncernau c. Andorre, 13 juillet 2004, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH, 1ère Section, *Merger et Cros c. France*, 22 décembre 2004, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH, 5ème section, *Brauer c. Allemagne*, 28 mai 2009, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH, 1ère Section, *Sporer c. Autriche*, 3 février 2011, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH, 1ère Section, *Negreponitis-Giannisis c. Grèce*, 3 mai 2011, *op. cit.* note 517 ; Cours EDH (GC), *Fabris c. France*, 7 février 2013, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH, 5ème Section, *Mitzinger c. Allemagne*, 9 février 2017, *op. cit.* note 517 ; Cour EDH, 5ème Section, *Wolter et Sarfert c. Allemagne*, 23 mars 2017, *op. cit.* note 517. Pour une analyse de l'arrêt *Marckx c. Belgique*, V. *supra* note 517.

⁵⁴⁶ Par opposition aux listes limitatives de motifs prohibés de discrimination, dites listes fermées, les listes ouvertes suggèrent que les motifs prohibés de discrimination listés sont des indices de l'existence d'une discrimination. V. R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, pp. 499-511.

⁵⁴⁷ Par exemple, le motif de l'orientation sexuelle, absent de la liste des motifs explicitement cités dans la lettre de l'article 14, est considéré comme « couvert » par l'article 14, pour reprendre la terminologie de la Cour. V. Cour EDH, 4ème Section, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, *op. cit.* note 510, §28. Pour une reprise de la même terminologie, V. également : Cour EDH (GC), *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, *op. cit.* note 164, §50.

⁵⁴⁸ V. par exemple : Cour EDH, 4ème Section, *Clift c. Royaume-Uni*, 13 juillet 2010, *op. cit.* note 539, §56.

distinctions entre eux aux fins de l'article 14 »⁵⁴⁹. Autrement dit, la Cour juge la focale de comparaison insuffisante : l'équivalence des situations n'est pas établie de manière suffisamment convaincante pour conclure à une potentielle violation de l'article 14 en l'espèce. Dans une tout autre hypothèse, dans l'affaire *Bucheň contre République tchèque*, la Cour devait déterminer si le requérant, ancien militaire de carrière qui, suite à la scission de la République tchèque et de la Slovaquie en 1992, avait accepté une réaffectation comme juge dans un tribunal militaire puis comme juge dans un tribunal de droit commun, suspendant le paiement de son allocation de retraite militaire et de sa prime de fin de carrière, était placé dans une situation analogue à celle des anciens militaires de carrière devenus employés dans le civil. La Cour juge en l'espèce pertinent de comparer ces deux situations, selon la focale de comparaison – absente de la liste des motifs prohibés de discrimination – du type de carrière poursuivie après le départ de l'armée, et ce quand bien même il existait des différences dues aux « problèmes que les différentes catégories d'anciens militaires ont pu rencontrer en changeant d'emploi après leur départ de l'armée »⁵⁵⁰.

167. Parfois la Cour simplifie à l'extrême la technique de la comparaison, au point qu'il ne lui est plus nécessaire de rechercher une focale de comparaison pertinente. Néanmoins, dans ce cas, le motif reste un critère dans l'identification de la situation de fait en présence.

1.2. Le motif : un critère d'identification de la situation de fait

168. Lorsque la technique de comparaison est simplifiée à l'extrême par la Cour, le motif de discrimination ne joue plus un rôle de focale dans le raisonnement comparatif, mais de critère d'identification d'une situation tombant dans le champ d'application de l'article 14⁵⁵¹. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a développé progressivement une hiérarchie entre les motifs prohibés de discrimination⁵⁵². Pour les motifs qui constituent le « noyau dur » (la nationalité, la race ou l'origine ethnique, le sexe), la Cour exige des « considérations très fortes »⁵⁵³ ou des « raisons impérieuses »⁵⁵⁴ pour justifier une différence de traitement, faisant par conséquent

⁵⁴⁹ Cour EDH, *Stubblings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, req. n° 22083/93 et 22095/93, *Rec. CEDH 1996-IV*, §73.

⁵⁵⁰ Cour EDH, 2ème Section, *Bucheň c. République tchèque*, 26 novembre 2002, *op. cit.* note 392, §74.

⁵⁵¹ Certains auteurs parlent à ce propos d'« indice ». V. par exemple : R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 506.

⁵⁵² C. LANGLAIS-FONTAINE, « La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 185.

⁵⁵³ Cour EDH, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, req. n°13580/88, *Série A n°291-B*, §24.

⁵⁵⁴ Cour EDH, *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, *op. cit.* note 493, §42.

varier l'intensité du contrôle selon les motifs mis en cause⁵⁵⁵. Une telle hiérarchisation n'a toutefois pas que des conséquences sur le raisonnement applicable en matière de justification des discriminations *prima facie*. Elle a également des conséquences sur la comparaison des situations car « [dès] qu'il s'agit de l'un de ces motifs, la Cour ne s'appuie plus sur la comparaison des situations, mais sur l'identification de l'un de ces critères et se tourne ensuite vers la justification de l'utilisation d'un tel critère »⁵⁵⁶. Autrement dit, les motifs du « noyau dur » orientent le regard du comparateur au point de rendre la comparaison non nécessaire. Le motif prohibé de discrimination joue alors le rôle de critère d'identification d'une situation potentiellement discrimination et la seule identification d'un motif prohibé appartenant au « noyau dur » suffit à présumer que le traitement défavorable constitue une discrimination *prima facie*.

169. Ainsi, la comparaison des situations donne un rôle important au motif prohibé de discrimination : il oriente la technique de comparaison soit pour permettre d'exclure des éléments non pertinents pour mener à bien la comparaison, c'est-à-dire des propriétés qui ne permettent pas d'établir l'existence d'une discrimination *prima facie* (rôle de focale), soit pour présumer l'existence d'une telle discrimination *prima facie* afin de concentrer l'analyse du juge sur les justifications apportées par l'État défendeur. Or, certains motifs de discrimination apparaissent comme étant des caractéristiques identitaires. La demande d'une prise en compte de l'identité trouverait alors une porte d'entrée dans le discours jurisprudentiel *via* la liste des motifs prohibés.

2. Motif prohibé et identité des personnes

170. Si la notion d'identité n'apparaît pas explicitement dans la jurisprudence antidiscriminatoire – l'article 14 ne mentionnant pas expressément l'interdiction de discriminer sur le fondement de l'identité des personnes et le juge n'employant jamais cette expression –, il est toutefois possible d'analyser la jurisprudence strasbourgeoise « pour ce qu'[elle] ne dit pas »⁵⁵⁷ et ainsi dévoiler l'existence d'un lien entre l'interdiction des discriminations et la notion d'identité. Le principe de non-discrimination peut effectivement servir de garantie contre les

⁵⁵⁵ H. SURREL, « L'appréciation contingente des justifications », *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesi, Droit et justice, 2008, pp. 141-158.

⁵⁵⁶ M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges*, *op. cit.* note 498, p. 71.

⁵⁵⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir/Agir*, 6 août 2014, vol. 2, n° 20, pp. 53-59, p. 54.

discriminations subies sur le fondement de l'identité individuelle ou de groupe des personnes. Cela s'explique par le fait que les motifs prohibés de discrimination – tant ceux listés à l'article 14 que ceux découverts par la Cour sous l'interprétation de l'expression « ou toute autre situation » – peuvent s'analyser comme des éléments de l'identité des personnes. Cela nécessite d'observer les qualifications données par la Cour au fil de sa jurisprudence aux différents motifs (2.1.). Toutefois, cette lecture de l'identité comme étant au fondement des motifs prohibés de discrimination ne s'applique pas à tous les motifs prohibés, ce que la Cour s'est attachée elle-même à rappeler en 2010 dans sa jurisprudence *Clift contre Royaume-Uni* (2.2.).

2.1. Des motifs identitaires

171. Du fait d'une liste de motifs prohibés dite ouverte⁵⁵⁸, la Cour européenne des droits de l'homme a été confrontée à une multitude d'éléments générateurs de discriminations. Par exemple, en matière de discrimination directe⁵⁵⁹, la Cour a été confrontée à un certain nombre de motifs de discrimination : le sexe⁵⁶⁰, la langue⁵⁶¹, la naissance⁵⁶², la religion⁵⁶³, la nationalité⁵⁶⁴ ou l'origine nationale⁵⁶⁵, la race ou l'origine ethnique⁵⁶⁶, le handicap⁵⁶⁷, le lieu de résidence⁵⁶⁸, l'orientation sexuelle⁵⁶⁹, la situation familiale ou maritale⁵⁷⁰, l'âge⁵⁷¹, le type de titre de séjour⁵⁷², la catégorie de détenu⁵⁷³, l'état de santé⁵⁷⁴, le type d'emploi⁵⁷⁵, l'appartenance au corps de réserve de l'armée⁵⁷⁶, le type de carrière poursuivie après le départ de l'armée⁵⁷⁷. En matière de discrimination indirecte, elle a été confrontée à un nombre plus restreint de motifs

⁵⁵⁸ Sur les implications d'une liste ouverte dans l'appréhension de la situation de fait, V. R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 506

⁵⁵⁹ V. *supra* §52.

⁵⁶⁰ On dénombre sur ce motif 54 décisions constatant une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe.

⁵⁶¹ Une décision constate une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁶² 19 constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁶³ 8 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁶⁴ 8 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁶⁵ 4 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁶⁶ 3 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁶⁷ Une décision constate une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁶⁸ Une décision constate une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁶⁹ 16 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁷⁰ 6 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁷¹ Une décision constate une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁷² 2 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁷³ Une décision constate une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁷⁴ Une décision constate une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁷⁵ Une décision constate une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁷⁶ 16 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

⁵⁷⁷ Une décision constate une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination directe fondée sur ce motif.

de discrimination : l'orientation sexuelle⁵⁷⁸, la nationalité⁵⁷⁹, la race ou l'origine ethnique⁵⁸⁰, le handicap⁵⁸¹, le sexe ou le genre⁵⁸². Or, le discours porté par la Cour sur ces motifs diffère et est très casuistique. En 2010, la Cour a elle-même tenté de clarifier sa conception des motifs de discrimination en explicitant deux lignes jurisprudentielles distinctes⁵⁸³ : une ligne qui interprète les motifs comme devant être rattachés à des « caractéristiques personnelles », ce que l'on peut rattacher à des questions identitaires, en vertu de la jurisprudence *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen contre Danemark*⁵⁸⁴ ; une ligne jurisprudentielle se fondant sur l'absence d'exhaustivité de la liste de motifs qui interprète la liste comme ne se restreignant pas aux caractéristiques inhérentes à la personne, en vertu de la jurisprudence *Engel et autres contre Pays-Bas*⁵⁸⁵.

172. Mais même cette clarification ne résout pas entièrement la confusion liée à la très grande diversité des motifs prohibés de discrimination et aux conceptions diverses que la Cour a de ces motifs⁵⁸⁶. Cette diversité dans le discours de la Cour peut néanmoins être clarifiée en utilisant une grille d'analyse fondée sur la distinction entre l'identité objective des personnes et leur identité subjective (a). Une fois cette grille d'analyse posée, il est possible de rattacher les motifs prohibés de discrimination à l'une ou l'autre de ces deux notions d'identité en fonction de la manière dont la Cour parle de l'identité des requérants (b).

⁵⁷⁸ 3 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination indirecte fondée sur ce motif.

⁵⁷⁹ Une décision constate une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination indirecte fondée sur ce motif.

⁵⁸⁰ 3 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination indirecte fondée sur ce motif.

⁵⁸¹ 3 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination indirecte fondée sur ce motif.

⁵⁸² 6 décisions constatent une violation de l'article 14 à raison d'une discrimination indirecte fondée sur ce motif.

⁵⁸³ Cour EDH (GC), *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, req. n°42184/05, *Rec. CEDH 2010-II*, not. §§70-71 ; Cour EDH, 4ème Section, *Clift c. Royaume-Uni*, 13 juillet 2010, *op. cit.* note 539, §§55 et s. Pour une analyse plus précise, V. *infra* §§192 et s.

⁵⁸⁴ Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 145, §56 : « l'article 14 (art. 14) interdit, dans le domaine des droits et libertés garantis, un traitement discriminatoire ayant pour base ou pour motif une caractéristique personnelle ("situation") par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres ».

⁵⁸⁵ Cour EDH [plén.], *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *op. cit.* note 146, §72 : « [une] distinction fondée sur le grade peut se heurter à l'article 14 (art. 14). La liste que renferme ce texte revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe "notamment" (en anglais "any ground such as") ; le mot "situation" (en anglais "status") se révèle du reste assez large pour comprendre le grade ».

⁵⁸⁶ J. GERARDS, « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Hum. Rts. L. Rev.*, 2013, vol. 13, n° 1, pp. 99-124, pp. 106-107. L'auteur estime que, malgré une tentative de clarification par la jurisprudence *Carson et autres c. Royaume-Uni*, la Cour a maintenu la confusion entre différentes conceptions de la liste de motifs prohibés.

a. *La notion d'identité : entre identité objective et identité subjective*

173. La notion d'identité est loin d'être analysée de manière uniforme en droit comme dans d'autres domaines, puisqu'elle renvoie tout autant à une logique d'identification par des acteurs externes à la personne ou à l'aide de référents externes, vérifiables, qu'à une logique interne à la personne qui va – nous l'avons vu avec la notion d'identité narrative – construire son récit identitaire. C'est d'ailleurs au sens d'une identification externe qu'elle a d'abord été appréhendée en droit, principalement sous une forme administrative à travers l'établissement de l'état civil des personnes. Celui-ci fut d'ailleurs conçu comme un outil de mémorisation des individus par l'administration, laquelle enregistre un ensemble de traits, d'éléments, de caractéristiques qui vont « [permettre] de reconnaître une personne et d'établir son individualité au regard de la loi »⁵⁸⁷. Les États ont ainsi, notamment au cours du XXe siècle, déterminé des critères d'identification des individus (patronymes, origines géographiques, description physique plus ou moins détaillée, âge ou date de naissance, lieu de naissance, sexe, religion, le tout le plus souvent accompagné d'une ou de plusieurs photographies).

174. Mais « l'identité en droit implique [...] autant le droit à une identification par l'État que celui d'acquérir une certaine maîtrise sur l'établissement de cette identification en agissant sur ses fondements réels ou sur la souplesse de l'état civil »⁵⁸⁸. De nombreuses distinctions ont alors été proposées pour différencier ces deux conceptions de la notion d'identité : identité choisie et identité assignée⁵⁸⁹ ; identité préservée et revendiquée⁵⁹⁰ ; identité personnelle et identification⁵⁹¹ ; identité subjective et identité objective⁵⁹². Toutes ces distinctions renvoient cela étant dit à la même logique : il y aurait dans l'identité des personnes deux facettes qui se combinent, se complètent, se contredisent et s'entrechoquent, celle construite par l'individu lui-même et celle construite par l'État dans une logique d'identification et de différenciation des individus entre eux. Loin d'être opposées, ces deux facettes de l'identité se complètent, et c'est

⁵⁸⁷ J.-C. KAUFMANN, *L'invention de soi*, *op. cit.* note 24, p. 16.

⁵⁸⁸ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Montchrestien, Cours, 2012, p. 344.

⁵⁸⁹ V. par exemple : B. MALLET-BRICOURT, T. FAVARIO, *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, Actes, 2015.

⁵⁹⁰ V. par exemple : J.-P. MARGUENAUD, « La dimension européenne de l'identité : les enseignements de la jurisprudence européenne », *Qui suis-je ? Dis moi qui tu es. L'identification des différents aspects juridiques de l'identité. [colloque, 13 et 15 décembre 2013, à Douai ; organisé par Centre de recherche Ethique et Procédures de l'Université d'Artois]*, Arras, Artois Presses Université, 2015, pp. 105-118.

⁵⁹¹ V. par exemple : E. MILLARD, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », *op. cit.* note 99, p. 723.

⁵⁹² V. par exemple : H. HURPY, « L'identité et le corps », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 2015, n° 8, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/1601> (consulté le 20 octobre 2020).

en cela que la distinction identité subjective et identité objective semble la plus parlante. Pour reprendre l'idée développée par Hélène HURPY, il existe une « unité identitaire de la personne humaine – associant, et non opposant, identité objective et identité subjective »⁵⁹³.

175. L'identité objective repose ainsi sur « des référents d'ordre objectif : matériels, historiques ou autres, mais indubitablement connus et vérifiables »⁵⁹⁴. Il s'agit donc de l'ensemble des données vérifiables et connues sur un individu. Son identité civile en fait partie – ce que Grégoire LOISEAU qualifie comme « l'individu vu par le droit »⁵⁹⁵ –, au même titre par exemple que les éléments récoltés par des services de la police judiciaire – ce que Jean-Claude KAUFMANN nomme « l'identité judiciaire »⁵⁹⁶.

176. L'identité subjective quant à elle renvoie à l'idée que les individus peuvent exprimer eux-mêmes leur identité. Pour Alex MUCCHIELLI, « l'identité donnée est une construction subjective faite en fonction d'une visée de positionnement pour les autres »⁵⁹⁷. L'identité subjective varie ainsi d'un contexte à un autre : « on s'aperçoit que les significations que l'acteur peut donner au fait d'être lui-même (sens final : « Je suis moi, comme ceci et comme cela »), dépendent d'un certain nombre de processus subjectifs d'évaluation dont les résultats sont traduits en "sentiments", c'est-à-dire en impressions vécues »⁵⁹⁸. L'identité subjective renvoie alors au « sentiment d'identité »⁵⁹⁹ ou à l'identité narrative⁶⁰⁰. Étant une construction psychologique du sujet lui-même, un rapport de soi à soi, elle varie en fonction du contexte dans lequel le sujet se place (ce qu'Alex MUCCHIELLI appelle la contextualisation). Il y a donc une très grande diversité d'identités subjectives puisque l'identité subjective d'un individu est propre à un instant *t* et à un contexte particulier, et elle n'est que la croyance intime du sujet en ce qu'il est, croyance qui peut être une identité ressentie (Alex MUCCHIELLI dit qu'« il peut éprouver ce qu'il est »⁶⁰¹), une identité affirmée (« il peut énoncer son identité devant les autres »⁶⁰²), une identité présentée (« il peut présenter à autrui ce qu'il veut être »⁶⁰³), une

⁵⁹³ *Ibid.*, §21.

⁵⁹⁴ A. MUCCHIELLI, « L'Identité individuelle et les contextualisations de soi », *op. cit.* note 477, pp. 101-114.

⁵⁹⁵ G. LOISEAU, « L'identité... finitude ou infinitude », *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, Actes, 2015, p. 29.

⁵⁹⁶ J.-C. KAUFMANN, *L'invention de soi*, *op. cit.* note 24, p. 16.

⁵⁹⁷ A. MUCCHIELLI, « L'Identité individuelle et les contextualisations de soi », *op. cit.* note 477, pp. 101-114.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, *op. cit.* note 484.

⁶⁰⁰ P. RICŒUR, « L'identité narrative », *op. cit.* note 482, pp. 295-304. V. également *supra* §140.

⁶⁰¹ A. MUCCHIELLI, « L'Identité individuelle et les contextualisations de soi », *op. cit.* note 477, pp. 101-114.

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ *Ibid.*

identité de circonstance (« il peut présenter seulement certaines parties de ce qu'il est »⁶⁰⁴), une identité agie (« il peut faire un certain nombre de choses qui correspondent à ce qu'il croit devoir faire »⁶⁰⁵), etc. Dans tous les cas, l'individu s'auto-institue comme sujet⁶⁰⁶, il s'autodéfinit, il se construit au fil d'un roman autobiographique dont il est l'auteur⁶⁰⁷.

177. Identité subjective et identité objective peuvent évidemment se superposer, se compléter, d'une part puisque « l'identité ne peut être une somme de caractéristiques »⁶⁰⁸ (par suite on ne construit pas son identité à partir d'une somme d'éléments) et d'autre part car il n'existe pas d'éléments renvoyant fondamentalement à l'identité subjective ou fondamentalement à l'identité objective. Tout dépend du contexte de référence (l'identité objective peut ainsi nourrir la construction subjective de l'identité, et l'identité objective peut prendre appui sur l'identité subjective des individus) et de l'acteur sujet actif de la construction identitaire : le sujet lui-même (identité subjective) ou un acteur externe (identité objective).

178. Cela étant dit cette distinction entre identité objective et identité subjective – entre identification et identité personnelle pour le dire autrement – peut fournir une grille d'analyse intéressante de la manière dont la Cour appréhende les motifs prohibés de discrimination.

b. Le rattachement des motifs prohibés à des éléments de l'identité

179. Le discours porté par la Cour sur les différents motifs auxquels elle a été confrontée diffère dans la jurisprudence : d'une part, elle ne qualifie pas chacun de ces motifs de la même manière, et d'autre part, lorsqu'elle les appréhende comme un élément de l'identité des personnes elle ne s'y réfère pas toujours comme renvoyant à l'identité subjective des individus⁶⁰⁹ – seule identité renvoyant explicitement à une potentielle « logique identitaire » dans le droit de la non-discrimination⁶¹⁰.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ H. HURPY, « L'identité et le corps », *op. cit.* note 591.

⁶⁰⁷ P. RICŒUR, « L'identité narrative », *op. cit.* note 482, pp. 295-304.

⁶⁰⁸ A. MUCCHIELLI, « L'Identité individuelle et les contextualisations de soi », *op. cit.* note 477, pp. 101-114.

⁶⁰⁹ V. notamment la ligne jurisprudentielle issue de la décision Cour EDH [plén.], *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *op. cit.* note 146.

⁶¹⁰ En effet, cette « logique identitaire » renvoie davantage à l'idée de protection et de reconnaissance juridique des particularismes d'individus ou de groupes qu'à la question de l'identification externe par l'État ou les tiers.

180. La Cour appréhende ainsi, et de manière assez évidente dans une logique d'identification du requérant, certains motifs prohibés comme étant des éléments objectifs de l'identité des personnes (i), faisant sienne la conception étatique et administrative de l'identité. Mais cela ne la mène pas à ignorer le fait que certains motifs renvoient explicitement à des éléments subjectifs de l'identité des personnes (ii). Sur ce point, il ne subsiste aucun doute : la Cour va jusqu'à explicitement qualifier certains motifs de discrimination prohibés comme étant des éléments – subjectifs – de l'identité des personnes. Un même motif peut par ailleurs, selon les affaires, être lu par la Cour comme relevant de l'une ou de l'autre de ces deux catégories – identité objective, identité subjective. L'analyse est donc éminemment casuistique.

i. Énoncer l'évidence : des motifs appréhendés comme éléments objectifs de l'identité permettant l'identification des personnes

181. Certains motifs prohibés de discrimination sont explicitement appréhendés par la Cour comme des caractéristiques d'identification du sujet de droit, c'est-à-dire comme des éléments objectifs de l'identité, par opposition aux éléments subjectifs qui ont partie liée, nous l'avons vu, avec la notion d'identité personnelle⁶¹¹.

182. Ainsi, la Cour n'appréhende pas toujours le motif de discrimination comme un détail de l'identité personnelle des requérants puisqu'ils relèvent parfois de l'identification juridique de la personne⁶¹². C'est le cas, dans certaines affaires, pour le motif du sexe. Au-delà des affaires relatives à la reconnaissance juridique du genre des personnes transgenres⁶¹³ qui révèlent « la discordance profonde entre l'identité objective, fondée sur le sexe biologique, et l'identité subjective de ces personnes, mues par le sentiment d'appartenir au sexe opposé à leur sexe biologique »⁶¹⁴, la Cour analyse bien souvent le sexe comme un élément de l'identité objective des individus. On peut prendre pour illustration la série d'affaires relatives à la possibilité pour les femmes de choisir leur nom de famille après le mariage, pour laquelle la Cour a estimé que

⁶¹¹ D. DEROUSSIN, « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, Actes, 2015, p. 15.

⁶¹² Grégoire LOISEAU parle à ce propos d'« éléments d'identification » qui démontrent « l'existence juridique de la personne ». V. G. LOISEAU, « L'identité... finitude ou infinitude », *op. cit.* note 594, pp. 29-30.

⁶¹³ V. *infra* §§184 et s.

⁶¹⁴ H. HURPY, « L'identité et le corps », *op. cit.* note 591, §7. Sur ce point toutefois, la Cour a fait évoluer sa position. V. Cour EDH [plén.], *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, req. n°9532/81, A n°106. Dans cet arrêt, la Cour estimait que les juridictions nationales pouvaient se référer au « sexe biologique à la date de la naissance » pour définir le sexe juridique des individus. Toutefois cette conception du « sexe biologique » a évolué sous l'influence des arrêts *B. c. France* puis *A.P., Garçon et Nicot c. France*. V. Cour EDH [plén.], *B. c. France*, 25 mars 1992, req. n°13343/87, *Série A n°232-C* ; Cour EDH, 5ème Section, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, *Rec. CEDH 2017*.

les législations nationales leur interdisant ce choix ou imposant le nom de l'époux étaient contraires à la Convention⁶¹⁵. Pour la Cour, le nom de famille est « un moyen d'identification personnel et de rattachement à une famille »⁶¹⁶ et ce choix doit donc être libre pour les époux. Le choix du nom de famille relève ainsi pour la Cour tout à la fois de l'identité objective des personnes – le rattachement administratif à une famille – et de l'identité subjective – un moyen d'identification choisi par les individus. Dans ces affaires, la Cour constate une discrimination fondée sur le sexe, pris comme un élément externe d'identification des personnes. En effet, la Cour analyse une différence de traitement entre deux catégories de personnes objectivement identifiées : les femmes mariées d'une part, les hommes mariés d'autre part. Dans l'affaire *Ünal Tekeli contre Turquie* par exemple, elle observe que « si la femme mariée ne peut porter exclusivement son nom de jeune fille après le mariage » en revanche « l'homme marié garde son nom de famille tel qu'il l'était avant le mariage »⁶¹⁷. Elle constate en conséquence l'existence d'une différence de traitement uniquement fondée sur le sexe de l'individu désirant choisir son nom de famille après un mariage. Le sexe des requérants n'est pas ici analysé par la Cour comme un détail de leur identité personnelle. Il n'est qu'un élément d'identification juridique de la personne, qui fonde la distinction entre deux catégories de personnes dans la liberté de choisir son nom de famille après le mariage. La Cour questionne la législation turque distinguant les hommes mariés des femmes mariées et cette distinction repose sur des critères d'identification civile des personnes.

183. Il en est de même dans d'autres affaires relatives à d'autres motifs de discrimination, tels que l'âge⁶¹⁸ ou la nationalité⁶¹⁹. Dans l'affaire *Biao contre Danemark* à propos de la « règle des 28 ans » dispensant les ressortissants danois titulaires de la nationalité depuis au moins vingt-huit ans de la condition des attaches suffisantes pour bénéficier du regroupement familial⁶²⁰, la Cour n'appréhende pas la nationalité comme un élément de l'identité personnelle du requérant, mais bien comme un critère objectif d'identification imposé par l'État. La Cour se confronte aux catégories juridiques de l'état civil des personnes en distinguant le traitement accordé par la loi danoise sur les étrangers aux ressortissants danois naturalisés depuis au moins

⁶¹⁵ V. par exemple : Cour EDH, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, req. n°16213/90, *Série A n°280-B* ; Cour EDH, 4ème Section, *Ünal Tekeli c. Turquie*, 16 novembre 2004, req. n°29865/96, *Rec. CEDH 2004-X* ; Cour EDH, 3ème Section, *Leventoglu Abdulkadiroglu c. Turquie*, 28 mai 2013, req. n°7971/07.

⁶¹⁶ Cour EDH, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, *op. cit.* note 614, §24.

⁶¹⁷ Cour EDH, 4ème Section, *Ünal Tekeli c. Turquie*, 16 novembre 2004, *op. cit.* note 614, §55.

⁶¹⁸ Cour EDH (GC), *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, 24 janvier 2017, *op. cit.* note 224 (constat de non-violation).

⁶¹⁹ Cour EDH (GC), *Biao c. Danemark*, 24 mai 2016, *op. cit.* note 223.

⁶²⁰ V. *supra*, §95.

vingt-huit ans (qui disposaient donc de la dérogation), celui accordé par la loi aux ressortissants danois nés au Danemark (qui n'avaient pas à remplir cette condition pour bénéficier du regroupement familial), et celui accordé aux ressortissants danois naturalisés depuis moins de vingt-huit ans (qui ne disposaient pas de la dérogation). Plus précisément, la Cour, en appréhendant les différences créées par la législation danoise « selon l'ancienneté de [la] nationalité », fait sienne l'identification opérée par l'État entre « les Danois de naissance et les Danois qui ont acquis la nationalité danoise après la naissance »⁶²¹. L'identité du requérant en tant que ressortissant danois naturalisé est ici appréhendée objectivement.

184. Les motifs prohibés de discrimination peuvent, certes, être appréhendés comme des éléments objectifs d'identification des requérants. Ils peuvent aussi être appréhendés comme des caractéristiques de l'identité subjective du requérant. Dans ce cas, c'est l'individu lui-même qui se définit selon une logique de construction de l'identité personnelle.

ii. Lever le doute : des motifs appréhendés comme éléments subjectifs de l'identité

185. Certains motifs prohibés de discrimination sont, dans la jurisprudence, directement reliés ou qualifiés sous un vocable identitaire, comme élément de l'identité subjective, personnelle, de l'individu. C'est le cas du sexe, de l'orientation sexuelle et de la religion.

186. S'agissant du motif du sexe, la Cour a pu considérer qu'il entrerait dans la « sphère personnelle de chaque individu »⁶²². En effet, dans l'affaire *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, la Cour a eu à établir si le droit britannique viole le droit au respect de la vie privée de la requérante, femme transgenre opérée depuis 1990 qui demande à obtenir une modification de ses documents d'identité. La requérante demande notamment à ce que l'État britannique modifie son acte de naissance afin d'y faire inscrire son sexe social⁶²³ en application de l'article 8 de la Convention. Elle se plaint, par ailleurs, sous l'angle de l'article 12, qui consacre le droit de se marier, de l'impossibilité en vertu du droit britannique de se marier avec son compagnon, étant considérée aux yeux de la législation britannique comme un homme et le mariage entre personnes de même sexe n'étant pas autorisé à l'époque des faits. Si en l'espèce la Cour estime que le grief tiré de l'article 14 ne pose pas de question distincte de l'allégation

⁶²¹ Cour EDH (GC), *Biao c. Danemark*, 24 mai 2016, *op. cit.* note 223, §96.

⁶²² Cour EDH (GC), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, *op. cit.* note 58, §90.

⁶²³ *Ibid.*, §76 : la Cour parle de la « vie sociale de femme » de la requérante.

de violation de l'article 8⁶²⁴, il n'en demeure pas moins que les faits d'espèce posaient une question en matière de discrimination du fait de la non-reconnaissance juridique de l'identité de genre de la requérante. Le constat de l'absence de question distincte peut en effet s'analyser comme un épuisement de la question dans l'analyse faite par la Cour du grief tiré de la violation de l'article 8. Autrement dit, la Cour estime que son argumentation sous l'angle de l'article 8 résout le problème soulevé sous l'angle de l'article 14⁶²⁵. Or, que dit la Cour de l'identité de genre de la requérante dans son analyse de l'allégation de violation de l'article 8 ? Elle déclare que « sur le terrain de l'article 8 de la Convention [...], la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »⁶²⁶. Elle caractérise *de facto* le sexe tant comme le motif de discrimination sous l'angle de l'article 14 que comme un détail de l'identité personnelle de la requérante.

187. Ce traitement ambivalent du motif du sexe interroge : tantôt, le sexe est appréhendé comme un élément objectif de l'identité, tantôt comme un élément subjectif. Ce traitement peut toutefois s'expliquer par la double approche de l'identité retenue : dans sa conception subjective, l'identité d'une personne est la perception que la personne a de sa propre identité ; dans sa conception objective, l'identité se confond avec l'identification juridique de la personne. Par suite, la Cour appréhende le critère du sexe, selon les affaires, soit selon une approche subjective de définition de l'identité personnelle – ce qui est le cas dans les affaires relatives aux discriminations subies par les personnes transgenres –, soit selon une approche objective comme un critère d'identification par l'État d'un individu – ce qui est le cas dans les

⁶²⁴ *Ibid.*, §108 : « La Cour estime qu'au cœur des griefs énoncés par la requérante sur le terrain de l'article 14 de la Convention se trouve la non-reconnaissance juridique de la conversion sexuelle d'une personne transsexuelle opérée. Ces questions ont été examinées sous l'angle de l'article 8, dont la violation a été constatée. Dans ces conditions, la Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 14 ».

⁶²⁵ Il convient de noter que cette technique a été longtemps employée par la Cour qui traitait d'abord des violations des dispositions principales de la Convention avant d'analyser les questions distinctes sous l'angle de l'article 14. Dans le mouvement de l'autonomisation de l'article 14, certains auteurs ont pu observer que cette logique s'est peu à peu inversée, la Cour examinant l'allégation de violation de l'article 14 avant les allégations de violation d'autres dispositions de la Convention. V. F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. note 86, p. 102 : « Surtout, la Cour européenne a aujourd'hui tendance à examiner en priorité la question de la violation de l'article 14. Antérieurement, ce n'était que lorsque le requérant invoquait le seul grief de discrimination que la Cour estimait inutile de soulever d'office le moyen de la violation du droit substantiel (*Rasmussen c. Danemark*, 28 nov. 1984, A. 87 ; *Inze c. Autriche*, 28 oct. 1987, A. 126 ; *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 fév. 1997). Désormais, alors que le requérant a soulevé le grief tiré de la violation du droit principal, la Cour juge souvent inutile d'examiner séparément ce grief, après avoir constaté une violation de l'article 14 (*Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, 21 déc. 1999, RTD civ., 2003, 313, obs, J. Hauser ; *Ünal Tekeli c. Turquie*, 16 nov. 2004, RTD civ., 2005, 343, obs, J.-P. Marguénaud : art. 8) mais cette démarche n'est pas systématique (par ex., *Folgero et al. c. Norvège*, 29 juin 2007, Gr. Ch. ; *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, 3 avr. 2012, Gr. Ch., JCP G 2012, act. 525, B. Plastre-Belda) ».

⁶²⁶ Cour EDH (GC), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, op. cit. note 58, §90.

affaires relatives au choix du nom de famille par les époux. La Cour n'ignore donc aucune de ces deux facettes de l'identité.

188. S'agissant de l'orientation sexuelle, la Cour a dans un premier temps rattaché « l'identification sexuelle, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle » au droit au développement personnel protégé par l'article 8 de la Convention⁶²⁷, faisant par conséquent de l'orientation sexuelle une caractéristique propre à la personne, une caractéristique inhérente à l'identité personnelle. Elle confirme cet argument en 2012⁶²⁸, avant de caractériser en 2013 l'orientation sexuelle comme étant un « aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu »⁶²⁹. Dans ces trois affaires *E.B. contre France, Gas et Dubois contre France* et *X. et autres contre Autriche*, l'orientation sexuelle est tout à la fois un aspect de l'identité, compris comme un élément de l'identité personnelle des requérants, et un motif prohibé de discrimination. Le discours porté par la Cour sur le critère de l'orientation sexuelle établit de fait un lien direct entre le motif prohibé de discrimination et un élément subjectif de l'identité des requérants.

189. De la même manière s'agissant des discriminations fondées sur la religion, la Cour renvoie dans ses décisions à la notion d'« identité des croyants »⁶³⁰. Le lien entre identité et religion est régulièrement établi par les observateurs de la Cour. Anne-Marie LE POURHIET par exemple dénonce les « revendications identitaires et différentialistes des minorités religieuses, culturelles, ethno-raciales, sexuelles ou autres » auxquelles la Cour ferait droit dans sa jurisprudence⁶³¹. Yussef AL TAMIMI quant à lui, relève que « [the] Court holds that the religious dimension is one of the most vital elements of the identity of believers »⁶³², reprenant la formulation de la Cour dans les affaires *Leyla Sahin contre Turquie* ou encore *Membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres contre Géorgie* dans lesquelles la Cour a pu affirmer à propos de la liberté de religion qu'elle « figure parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie »⁶³³. La Cour lie alors la liberté de pratiquer et manifester sa religion, l'identité des croyants et l'interdiction des

⁶²⁷ Cour EDH (GC), *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, *op. cit.* note 164, §43.

⁶²⁸ Cour EDH, 5ème Section, *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012, req. n°25951/07, *Rec. CEDH 2012-II*, §37.

⁶²⁹ Cour EDH (GC), *X. et autres c. Autriche*, 19 février 2013, req. n°19010/07, *Rec. CEDH 2013-II*, §148.

⁶³⁰ Cour EDH (GC), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, req. n° 44774/98, *Rec. CEDH 2005-XI*, §104.

⁶³¹ A.-M. LE POURHIET, « La Cour européenne des droits de l'homme et la démocratie », *Constitutions*, 2018, pp. 205-214.

⁶³² Y. AL TAMIMI, « Human Rights and the Excess of Identity », *op. cit.* note 41, pp. 1-16, p. 8.

⁶³³ Cour EDH (GC), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, *op. cit.* note 629, §104 et Cour EDH, 2ème Section, *Témoins de Jéhovah de Gladni c. Géorgie*, 3 mai 2007, *op. cit.* note 151, §130. Nous soulignons.

discriminations fondées sur le motif de la religion. L'identité des croyants, dont la liberté de religion fait partie intégrante, est ici interprétée comme un élément subjectif de l'identité : il s'agit de la liberté de chacun de manifester sa conviction religion, de pratique et de changer de religion, d'accomplir des rites culturels. L'identité religieuse est donc appréhendée, comme l'identité de genre ou l'identité sexuelle, comme un élément de la « sphère personnelle des individus », comme un élément « important de l'existence d'un individu ». Dès lors, la religion est tout à la fois un motif prohibé de discrimination et un élément subjectif de l'identité des personnes dans le discours de la Cour.

190. Enfin, en estimant que l'expression « toute autre situation » de l'article 14, au cœur de la comparaison des situations permettant de déterminer l'existence ou l'absence d'une discrimination *prima facie*, s'interprète comme faisant référence à une « caractéristique personnelle »⁶³⁴, ou encore en jugeant que les distinctions « [s'expliquant] [...] par des caractéristiques personnelles » sont discriminatoires quand celle « [s'expliquant] [...] par la situation géographique »⁶³⁵ du requérant ne l'est pas, la Cour appuie le lien entre motifs prohibés de discrimination et éléments subjectifs de l'identité des personnes.

191. Toutefois, cette lecture identitaire de la liste des motifs n'épuise pas toutes les situations auxquelles la Cour est réellement confrontée dans la jurisprudence antidiscriminatoire : dans de nombreuses affaires, la Cour est confrontée à des motifs qui ne sont rattachables ni à un élément objectif de l'identité du requérant ni à un élément subjectif. La lecture identitaire de la liste des motifs doit donc être nuancée.

2.2. Une grille de lecture seulement relative

192. Comme énoncé précédemment, du fait d'une liste de motifs prohibés dite ouverte, la Cour européenne des droits de l'homme a été confrontée à une multitude de fondements à l'existence d'une discrimination *prima facie*⁶³⁶. Parmi ces fondements, certains motifs prohibés

⁶³⁴ Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 145, §56 : « La Cour relève d'abord que l'article 14 (art. 14) interdit, dans le domaine des droits et libertés garantis un traitement discriminatoire ayant pour base ou pour motif une *caractéristique personnelle* ("situation") par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres ». Nous soulignons. La formulation sera reprise dans des décisions plus récentes. V. Cour EDH (GC), *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 582 (à propos du lieu de résidence) ; Cour EDH, 3ème Section, *Magee c. Royaume-Uni*, 6 juin 2000, *op. cit.* note 542 (à propos du lieu de détention).

⁶³⁵ Cour EDH, 3ème Section, *Magee c. Royaume-Uni*, 6 juin 2000, *op. cit.* note 542, §50.

⁶³⁶ V. *supra* §170.

de discrimination semblent rattachables à l'identité objective ou subjective des requérants : le sexe, la langue, la naissance, la religion, la nationalité ou l'origine nationale, la race ou l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, la situation familiale ou maritale, l'âge, le handicap, le lieu de résidence sont ainsi autant de caractéristiques pouvant s'interpréter comme des éléments identitaires. En un sens, tous ces éléments entrent dans la conception de la liste des motifs issue de la jurisprudence *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen contre Danemark*⁶³⁷, c'est-à-dire des motifs rattachables à des « caractéristiques personnelles ». Mais la Cour a constaté des discriminations fondées sur le type de titre de séjour, la catégorie de détenu, l'état de santé, le type d'emploi, l'appartenance au corps de réserve de l'armée, le grade, le type de carrière poursuivie après le départ de l'armée. Or ces motifs prohibés de discrimination ne semblent pas particulièrement renvoyer à l'identité objective ou subjective des requérants. Ils renvoient davantage à la ligne jurisprudentielle issue de la décision *Engel et autres contre Pays-Bas*⁶³⁸.

193. Ainsi l'affirmation de la Cour selon laquelle « l'article 14 (art. 14) interdit, dans le domaine des droits et libertés garantis, un traitement discriminatoire ayant pour base ou pour motif une *caractéristique personnelle* ("situation") par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres »⁶³⁹ doit être nuancée : la caractéristique personnelle dont la Cour parle n'est pas nécessairement une caractéristique identitaire. Après avoir clarifié l'existence des deux lignes jurisprudentielles *Kjeldsen* et *Engel* dans l'affaire *Carson et autres contre Royaume-Uni* et avoir tenté de les concilier⁶⁴⁰, la Cour a précisé sa conception des caractéristiques personnelles dans l'affaire *Clift contre Royaume-Uni*.

194. En l'espèce, le requérant avait été condamné à dix-huit ans d'emprisonnement pour plusieurs crimes graves. En mars 2002, il devient éligible à la libération conditionnelle, situation examinée par la Commission des libérations conditionnelles (*Parole Board*) qui donne un avis favorable, estimant que le risque que représentait le requérant pour le public avait été considérablement réduit. Le Secrétaire d'État rejette toutefois cette recommandation. Le requérant intente donc une action en justice contre la décision de rejet du Secrétaire d'État,

⁶³⁷ Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 145.

⁶³⁸ Cour EDH [plén.], *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *op. cit.* note 146.

⁶³⁹ Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 145, §56.

⁶⁴⁰ Cour EDH (GC), *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 582, §§70-71 : « [selon] la jurisprudence de la Cour, seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique personnelle ("situation") par laquelle des personnes ou groupes de personnes se distinguent les un des autres sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14 (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, précité, § 56). *Cela dit, la liste que renferme l'article 14 renferme un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe "notamment" ("any ground as such as" dans la version anglaise)* ». Nous soulignons.

recours qui ne débouche pas sur une issue qui lui est favorable, y compris en appel. Il saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme, estimant que la poursuite de son emprisonnement après la recommandation favorable du *Parole Board* de mars 2002 viole ses droits découlant de l'article 5 et 14 de la Convention. Il estime notamment que le droit britannique différencie injustement entre les prisonniers purgeant une peine de plus de quinze ans, pour lesquels les recommandations de la Commission des libérations conditionnelles doivent être validées par le Secrétaire d'État, et ceux purgeant une peine de moins de quinze ans, pour lesquels cette décision du Secrétaire d'État n'est pas nécessaire.

195. Afin de rendre sa décision, la Cour commence par rappeler que l'article 14 ne prohibe pas toutes les différences de traitement, mais seulement celles fondées sur une caractéristique identifiable, objective ou personnelle, reprenant la formulation devenue classique de l'arrêt *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen contre Danemark*⁶⁴¹. À l'examen du cas d'espèce, la Cour conclut que la situation du requérant entre bien dans la catégorie « ou toute autre situation » de l'article 14 de la Convention⁶⁴². Elle poursuit en considérant que le requérant est bien dans une situation analogue à celle d'un prisonnier purgeant une peine longue de moins de quinze ans et à celle d'un prisonnier purgeant une peine de perpétuité⁶⁴³, constatant par suite l'existence d'une différence de traitement entre personnes placées dans une situation analogue. Elle examine ensuite les justifications apportées par le Gouvernement à l'existence de cette différence de traitement. Pour la Cour, un système qui impose des conditions de libération conditionnelle souples pour les détenus purgeant une peine de perpétuité et des conditions de libération plus strictes pour les détenus purgeant des peines de plus de quinze ans n'a pas de justification objective et raisonnable⁶⁴⁴.

196. Au-delà de la solution d'espèce, cet arrêt est particulièrement important en raison de l'analyse de la Cour à propos de l'expression « ou toute autre situation » de l'article 14 (« *other status* » en anglais). Précisément, il faut revenir aux termes employés par la Cour :

⁶⁴¹ Cour EDH, 4ème Section, *Clift c. Royaume-Uni*, 13 juillet 2010, *op. cit.* note 539, §55 : « Article 14 does not prohibit all differences in treatment but only those differences based on an identifiable, objective or personal characteristic, or "status", by which persons or groups of persons are distinguishable from one another (see *Kjeldsen Busk Madsen and Pedersen*, cited above, § 56 [...]) ».

⁶⁴² *Ibid.*, §§60-62.

⁶⁴³ *Ibid.*, §68.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, §75 : « Given the apparently greater risk posed by life prisoners, the Court is of the view that a system which imposes on them less stringent conditions for early release while prisoners serving fixed-term sentences of fifteen years or more are subject to more stringent conditions appears to lack any objective justification ».

« 55. Article 14 does not prohibit all differences in treatment but only those differences based on an identifiable, objective or personal characteristic, or “status”, by which persons or groups of persons are distinguishable from one another (see *Kjeldsen Busk Madsen and Pedersen*, [...] § 56; [...] and *Carson and Others*, cited above, §§ 61 and 70). Article 14 lists specific grounds which constitute “status” including, *inter alia*, sex, race and property. However, the list set out in Article 14 is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words “any ground such as” (in French “notamment”) (see *Engel and Others*, [...] § 72; and *Carson*, [...] § 70) and the inclusion in the list of the phrase “any other status” (in French “toute autre situation”). In the present case, the treatment of which the applicant complains does not fall within one of the specific grounds listed in Article 14. In order for the applicant's complaint to be successful, he must therefore demonstrate that he enjoyed some “other status” for the purpose of Article 14.

« 56. The Court recalls that the words “other status” (and a fortiori the French “toute autre situation”) have generally been given a wide meaning (see *Carson*, [...] § 70). The Government have argued for a more limited interpretation, calling in particular for the words to be construed *ejusdem generis* with the specific examples listed in Article 14. The Court observes at the outset that while a number of the specific examples relate to characteristics which can be said to be “personal” in the sense that they are innate characteristics or inherently linked to the identity or the personality of the individual, such as sex, race and religion, not all of the grounds listed can be thus characterised. In this regard, the Court highlights the inclusion of property as one of the prohibited grounds of discrimination. This ground has been construed broadly by the Court: in *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 74, Series A no. 98, the difference in treatment of which the applicant complained was between different categories of property owners; in *Chassagnou and Others v. France [GC]*, nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, §§ 90 and 95, ECHR 1999-III, the difference was between large and small landowners. In both cases, the Court accepted that the provisions of Article 14 were applicable.

« 57. As to its interpretation of “other status”, it is unsurprising that the Court has considered to constitute “other status” characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent. Thus in *Salgueiro da Silva Mouta*, [...] § 28, it found that sexual orientation was “undoubtedly covered” by Article 14 and in *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, § 80, ECHR 2009-..., it held that physical disabilities fell within the phrase “other status”.

« 58. However, in finding violations of Article 14 in a number of other cases, the Court has accepted that “status” existed where the distinction relied upon did not involve a characteristic which could be said to be innate or inherent, and thus “personal” in the sense discussed above. In *Engel and Others*, [...] the Court held that a distinction based on military rank could run counter to Article 14, the complaint in that case concerning a difference in treatment as regards provisional arrest between officers on the one hand and non-commissioned officers and ordinary servicemen on the other [...] ».

197. La Cour fournit ici une analyse sémantique intéressante des termes employés par les rédacteurs de la Convention. Ainsi, pour la Cour, les motifs prohibés de discrimination renvoient à des « situations » (« *status* » en anglais) qui distinguent des personnes ou des groupes de personnes les uns des autres. Ces situations, en vertu de la jurisprudence *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pederson*, s’analysaient comme reposant sur des caractéristiques identifiables, objectives ou personnelles. De cette première interprétation de l’article 14 pouvait découler une lecture identitaire de la liste des motifs : les motifs prohibés de discrimination renverraient, selon cette interprétation, soit à des éléments de l’identité objective (caractéristiques identifiables et objectives) soit à des éléments de l’identité subjective (caractéristiques personnelles). Toutefois, dans la jurisprudence *Clift contre Royaume-Uni*, la Cour ne se contente pas de rappeler cette interprétation ancienne de l’article 14. Elle poursuit ainsi en interprétant l’expression « ou toute autre situation » (« *any other status* » en anglais).

198. Sur ce point, la Cour précise que si de nombreux exemples dans la jurisprudence conventionnelle semblent démontrer que l’expression « ou toute autre situation » peut renvoyer à des caractéristiques personnelles au sens d’innées ou inhérentes à l’identité – ce qui irait dans le sens d’une lecture identitaire de la liste des motifs – « *not all of the grounds listed can be thus characterised* » : tous les motifs reconnus par la Cour ou listés à l’article 14 ne peuvent être caractérisés en ce sens. La Cour illustre ce point avec différentes jurisprudences antérieures : la propriété (*James et autres contre Royaume-Uni*⁶⁴⁵), le grade militaire (*Engel et autres contre Pays-Bas*⁶⁴⁶), les détenteurs de permis de construire (*Pine Valley Developments Ltd et autres contre Irlande*⁶⁴⁷), les locataires de biens appartenant à l’État et les locataires de propriétaires privés (*Larkos contre Chypre*⁶⁴⁸), etc. À l’analyse de l’ensemble des arrêts rendus par la Cour depuis 1968, on constate d’ailleurs que de nombreux motifs prohibés de discrimination ne semblent pas remplir la définition préalablement donnée par la Cour dans cette affaire : la situation fiscale⁶⁴⁹, la situation carcérale⁶⁵⁰, la catégorie de victimes⁶⁵¹, les types

⁶⁴⁵ Cour EDH [plén.], *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, req. n° 8793/79, *Série A* n°98.

⁶⁴⁶ Cour EDH [plén.], *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *op. cit.* note 146.

⁶⁴⁷ Cour EDH, *Pine Valley Developments LTD et autres c. Irlande*, 29 novembre 1991, req. n° 12742/87, *Série A* n°222.

⁶⁴⁸ Cour EDH (GC), *Larkos c. Chypre*, 21 février 1997, *op. cit.* note 391.

⁶⁴⁹ 17 décisions rendues en 2004 et 2005 concernant pourtant ce motif prohibé de discrimination.

⁶⁵⁰ Cour EDH, 3ème Section, *Laduna c. Slovaquie*, 13 décembre 2011, req. n°31827/02, *Rec. CEDH 2011-VI*.

⁶⁵¹ Cour EDH, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, *op. cit.* note 548.

de médias⁶⁵², l'épargne⁶⁵³, les types de clients d'une entreprise⁶⁵⁴, les types de lycées⁶⁵⁵ sont autant de situations qui ne semblent pas renvoyer à une caractéristique personnelle, une caractéristique innée ou une caractéristique inhérente à l'identité des personnes.

199. Dans la lignée de la décision *Carson et autres contre Royaume-Uni* rendue quelques mois plus tôt, la Cour constate donc ici l'existence de deux interprétations parallèles de l'expression « ou toute autre situation » : une interprétation renvoyant à la notion des caractéristiques personnelles d'une part ; et une interprétation renvoyant à des distinctions fondées sur des critères impersonnels d'autre part. Dans une certaine mesure, plutôt que de faire un choix entre deux lignes jurisprudentielles relatives à l'interprétation de l'expression « ou toute autre situation », la Cour admet qu'il est nécessaire de respecter ces deux conceptions⁶⁵⁶. Elle abonde d'ailleurs en ce sens en observant : « *[the] Court therefore considers it clear that while it has consistently referred to the need for a distinction based on a "personal" characteristic in order to engage Article 14, as the above review of its case-law demonstrates, the protection conferred by that Article is not limited to different treatment based on characteristics which are personal in the sense that they are innate or inherent* »⁶⁵⁷. Autrement dit, la lecture identitaire de la liste des motifs n'épuise pas l'ensemble des situations analysées dans la jurisprudence antidiscriminatoire de la Cour puisque celle-ci est amenée à connaître d'autres situations, impersonnelles.

200. **Conclusion de la section.** Le motif prohibé de discrimination, critère réputé illégitime pour différencier juridiquement entre des individus, peut être lu, analysé, appréhendé à travers le prisme de l'identité. L'identité des personnes, subjective et objective, se retrouve alors au cœur de l'application du principe de non-discrimination. Par ailleurs, la jurisprudence européenne donne un certain poids à cette grille de lecture de la liste des motifs en qualifiant explicitement certains critères, certaines caractéristiques, comme des éléments de l'identité des personnes (subjective comme objective). Cette grille de lecture n'épuise toutefois pas le sujet comme le démontre l'analyse de l'arrêt *Clift contre Royaume-Uni*. La lecture identitaire

⁶⁵² Cour EDH, 5ème Section, *Hachette Filipacchi presse automobile et Dupuy c. France*, 5 mars 2009, req. n°13353/05 ; Cour EDH, 5ème Section, *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, 5 mars 2009, req. n°26935/05.

⁶⁵³ Cour EDH, 1ère Section, *Mamatas et autres c. Grèce*, 21 juillet 2016, req. n°63066/14, 64297/14 et 66106/14.

⁶⁵⁴ Cour EDH, 3ème Section, *G.S.B. c. Suisse*, 22 décembre 2015, req. n°28601/11.

⁶⁵⁵ Cour EDH, 2ème Section, *Altinay c. Turquie*, 9 juillet 2013, req. n°37222/04.

⁶⁵⁶ J. GERARDS, « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.* note 585, pp. 99-124, p. 107.

⁶⁵⁷ Cour EDH, 4ème Section, *Clift c. Royaume-Uni*, 13 juillet 2010, *op. cit.* note 539, §59.

pourrait toutefois sembler pertinente eu égard à la place que certains motifs laissent à l'identité dans le droit de la non-discrimination : si celle-ci est présente depuis les années 2000, elle est également inhérente à certaines méthodes de cette branche du droit particulière.

* * *

201. **Conclusion du chapitre.** Le raisonnement menant la Cour à démontrer l'existence d'une discrimination *prima facie* peut s'interpréter comme favorisant une lecture identitaire de la jurisprudence antidiscriminatoire. En effet, la méthode du raisonnement comparatif produit une focalisation sur l'existence de singularités propres aux requérants et caractérisées par le motif prohibé de discrimination soulevé. Par ailleurs, le motif prohibé de discrimination, qui dans le raisonnement antidiscriminatoire joue un rôle au stade de la qualification juridique de la situation de fait présentée à la Cour, peut souvent, mais non nécessairement, s'analyser comme un élément de l'identité des personnes – qu'il s'agisse de leur identité objective ou de leur identité subjective.

202. Au terme du présent chapitre, il convient donc d'admettre que le droit de la non-discrimination, du fait de la manière dont il est interprété par la Cour, se prête assurément au mouvement sociétal de crispation autour des questions identitaires. Autrement dit, le droit de la non-discrimination, de par ses méthodes de raisonnement particulières, représente un terrain propice pour que des questions identitaires soient soulevées.

* * *

203. **Conclusion du titre.** Le droit de la non-discrimination est aujourd'hui sous le feu des critiques⁶⁵⁸ en ce qu'il laisse une place trop importante aux préoccupations identitaires des requérants. Sont en cause à la fois une évolution récente de l'interprétation donnée par les juridictions supranationales, comme la Cour EDH, qui tendrait à la reconnaissance d'un véritable droit des minorités en Europe, et une pratique du droit de la non-discrimination qui légitimerait les « revendications identitaires » des porteurs de requêtes.

204. Les mutations du droit conventionnel de la non-discrimination et de ses mobilisations à partir du début des années 2000 y sont pour beaucoup dans la montée en puissance de cette critique. Si les nouvelles notions du droit de la non-discrimination introduites par la Cour – tardivement par rapport à d'autres juridictions suprêmes ou supranationales⁶⁵⁹ – ne visent pas directement à protéger les identités personnelles ou collectives des requérants, elles ont pu favoriser la prise en compte en droit de l'existence de différences situationnelles, factuelles et par suite – parfois – identitaires. L'interdiction des discriminations par absence de différenciation introduite par la jurisprudence *Thlimmenos contre Grèce* n'a ainsi pas seulement eu pour conséquence d'admettre que le fait de ne pas traiter différemment des personnes placées dans des situations sensiblement différentes puisse être discriminatoire, elle a également eu pour conséquence d'introduire la possibilité d'adapter le droit à l'existence de telles différences. De la même manière, l'interdiction des discriminations indirectes introduite par la jurisprudence *D.H. et autres contre République tchèque* n'a pas seulement eu pour conséquence d'admettre que des dispositions juridiques apparemment neutres puissent avoir des effets disproportionnés sur certains individus, elle a également eu pour conséquence de centrer l'analyse du juge sur l'existence de différences entre des groupes de personnes et non plus seulement entre des individus. Par ailleurs, la Cour a été confrontée à de nouvelles mobilisations du droit antidiscriminatoire par les requérants – qui ont davantage pu mettre en avant leur appartenance à des groupes minoritaires que par le passé – et a dû s'y adapter pour mieux appréhender ces nouvelles situations.

⁶⁵⁸ B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *op. cit.* note 11, pp. 1946-1953 ; A.-M. LE POURHIET, « La Cour européenne des droits de l'homme et la démocratie », *op. cit.* note 630, pp. 205-214.

⁶⁵⁹ Par exemple s'agissant de la discrimination indirecte, elle existe en droit états-unien depuis 1971 et en droit canadien depuis 1989, et elle est analysée par la Cour de Luxembourg depuis 1974. V. SCOTUS, *Griggs*, 8 mars 1971, *op. cit.* note 289 ; Cour suprême du Canada, *Andrews c. Law Society British Columbia*, 1989, *op. cit.* note 291 ; CJCE, *Sotgiu*, 12 février 1974, *op. cit.* note 294.

205. À cela s'ajoutent les méthodes du droit de la non-discrimination qui, si elles ne sont pas propres à la Cour européenne des droits de l'homme, sont employées d'une manière particulière devant la juridiction strasbourgeoise. En effet, la comparaison des situations – étape essentielle à la démonstration d'une apparence de discrimination – a pour conséquence de focaliser l'analyse du juge et son discours sur l'existence de singularités propres aux requérants, quel que soit le type de discrimination ou la nature du motif prohibé de discrimination soulevé. Comme les motifs prohibés de discrimination peuvent parfois renvoyer à des éléments objectifs ou subjectifs de l'identité des individus, cette focalisation sur les singularités propres aux requérants qui se caractérisent à travers le motif prohibé de discrimination participe d'une certaine manière à une lecture identitaire du droit conventionnel de la non-discrimination.

206. Face à ces considérations, la tentation de conclure à l'existence pure et simple d'un tournant identitaire dans le droit conventionnel de la non-discrimination est forte. Toutefois, et malgré les éléments démontrés ci-dessus, l'interprétation donnée par la Cour de l'article 14 dans sa jurisprudence ne conduit pas pour autant à ce que l'identité des personnes – individuelle comme collective – devienne le véritable objet de protection de l'article 14 de la Convention.

Titre 2. Le malentendu du « droit à l'identité »

207. Dans un article publié en 2019, Yannick LECUYER qualifie d'« ataviques » un ensemble de critiques fréquemment émises à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme. Partant du constat que « le système conventionnel de sauvegarde des droits de l'homme n'a jamais fait l'unanimité », il analyse et classe les critiques récentes à l'encontre de la Cour, observant que « l'aversion à son encontre s'est banalisée au point qu'elle est devenue une tendance, presque une mode »⁶⁶⁰. Il relève ainsi les « réactions parfois très vives » à l'encontre du système conventionnel ou des arrêts rendus, telles celle de Bertrand MATHIEU qui appelait dans les colonnes d'un quotidien national à dénoncer la Convention⁶⁶¹ ou celle de Bernard EDELMAN qui considérait la juridiction strasbourgeoise comme « tyrannique »⁶⁶². D'autres auteurs « [reprochent à la Cour] un penchant trop prononcé pour la protection des minorités »⁶⁶³. Si l'idée selon laquelle le droit de la non-discrimination permettrait désormais la garantie d'un « droit à l'identité » n'est pas relevée explicitement par Yannick LECUYER, il semble pourtant que certains auteurs critiques de la Cour voient dans l'application de la Convention la consécration d'un tel droit.

208. Ainsi, Bernard EDELMAN, à propos des jurisprudences relatives aux droits des personnes trans, estimait que « au nom de ses droits fondamentaux, [le requérant] revendique la liberté de choisir son sexe et de récuser ce que la nature avait fait de lui – un homme – alors que son désir est de devenir une femme. Et la Cour l'approuve. Ce qui importe par-dessus tout, c'est le *respect du droit à "l'identité sexuelle"* »⁶⁶⁴. Le juriste et président de l'ONG chrétienne conservatrice ECLJ⁶⁶⁵ Grégor PUPPINCK quant à lui, très critique à l'encontre de la Cour de manière plus globale⁶⁶⁶, estime que certaines décisions récentes telles que l'arrêt rendu dans l'affaire *Molla*

⁶⁶⁰ Y. LECUYER, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2019, chron. n°53, <http://www.revuedlf.com/cedh/les-critiques-ataviques-a-lencontre-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/>

⁶⁶¹ B. MATHIEU, « S'opposer à la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 12

⁶⁶² B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *op. cit.* note 11, pp. 1946-1953

⁶⁶³ Y. LECUYER, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 659

⁶⁶⁴ B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138, p. 133. Nous soulignons.

⁶⁶⁵ Centre européen pour le droit et la justice ou *European Center for Law and Justice*.

⁶⁶⁶ V. par exemple : ECLJ, *Rapport - La CEDH et les ONG*, février 2020.

*Sali contre Grèce*⁶⁶⁷ vont dans le sens d'une « approche communautariste »⁶⁶⁸ vis-à-vis des personnes pratiquant l'islam, susceptible d'aller jusqu'à l'affirmation d'un « droit à la charia » qui, s'il n'est pas totalement assimilable à un « droit à l'identité » religieuse, semble bien plus préoccupant. Il s'agirait alors de l'affirmation d'un droit subjectif à obtenir l'application d'une loi religieuse en lieu et place des normes civiles.

209. Ces critiques semblent devoir être rapprochées des propos du philosophe Marcel GAUCHET pour qui l'individu contemporain est porteur d'une « pathologie de la désappartenance »⁶⁶⁹, nourri par « l'idéologie des droits de l'homme »⁶⁷⁰. Pour lui, l'individu moderne est « un sujet tout de singularité, d'intériorité vécue et d'effusion charnelle, dont le « soi » intime a délogé le « moi » trop abstrait de la psychologie classique. Un sujet préoccupé au plus haut point par son « identité » et en quête de « reconnaissance ». Un sujet pour lequel l'« émotion » constitue la pierre de touche, qu'il s'agisse de s'orienter dans le vaste monde ou de s'assurer de sa propre expérience »⁶⁷¹. Selon cet auteur, l'individualisme est exacerbé au point d'en devenir un « subjectivisme affectif et identitaire »⁶⁷². Or, refaisant la chronologie de l'individualisation, il estime qu'à la phase sociologique a succédé la phase juridique, marquée par la consécration des droits de l'homme⁶⁷³. Dans la philosophie de Marcel GAUCHET, « le droit, sous l'aspect des droits de l'homme, s'érige en vérité exclusive de la démocratie, en refoulant la condition du politique et du social-historique, en s'installant à leur place, en se donnant pour eux »⁶⁷⁴ ; « le droit [a été employé] comme instrument d'agitation et de transformation sociale, au titre de la conquête de « nouveaux droits ». [...] Il a été le levier, autrement dit, de la transformation du champ politique sous l'aspect de sa pulvérisation en une multitude de causes particulières. La dynamique des droits a radicalisé le pluralisme. À la confrontation des programmes et des projets mettant en concurrence des conceptions d'ensemble de la société désirable, elle a substitué la multiplicité ouverte de revendications

⁶⁶⁷ Cour EDH (GC), *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, req. n°20452/14.

⁶⁶⁸ G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *Le Figaro.fr*, 28 décembre 2018, en ligne <http://www.lefigaro.fr/vox/monde/2018/12/26/31002-20181226ARTFIG00181-charia-ce-que-revele-la-decision-de-la-cedh.php> (consulté le 4 février 2019).

⁶⁶⁹ M. GAUCHET, F. AZOUVI, S. PIRON, *La condition historique. Entretiens avec François Azouvi et Sylvain Piron*, Paris, Stock, 2003, pp. 313-314.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 349.

⁶⁷¹ M. GAUCHET, « Trois figures de l'individu », *op. cit.* note 160, pp. 72-78, p. 73.

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 74.

⁶⁷⁴ M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000, vol. 110, n° 3, pp. 258-288, p. 273.

spécifiques, toutes également légitimes et prioritaires »⁶⁷⁵. Il n'est ainsi pas étonnant qu'Anne-Marie LE POURHIET dans un article fort critique à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme se revendique de la philosophie de Marcel GAUCHET⁶⁷⁶. De même, l'essai critique de Bertrand MATHIEU *Le droit contre la démocratie ?* paru en 2017⁶⁷⁷ semble poursuivre l'idée déjà développée par Marcel GAUCHET dans son essai paru en 2002 *La démocratie contre elle-même*⁶⁷⁸.

210. Bien moins critique à l'égard de la Cour et des droits de l'homme, la thèse de Jérôme STEPHAN va dans le sens d'une affirmation d'un « droit à l'identité »⁶⁷⁹. Partant de l'analyse de l'attribution de l'identité par l'État – et notamment par l'État français – l'auteur étudie l'apparition des moyens d'identification de la personne de l'Antiquité à nos jours. Il qualifie l'établissement de l'identité par l'État – ce que nous avons appelé dans cette étude identité objective – comme faisant partie du « droit de l'identité », dont relèvent l'établissement des différents actes de l'état civil, la lutte contre la fraude identitaire, l'essor récent de la lutte contre le terrorisme, la régulation des frontières et des flux de personnes dans le cadre de l'espace Schengen, la réglementation des contrôles d'identité par la police judiciaire ou administrative, ou encore le cas particulier des moyens modernes d'identification reposant sur l'ADN ou la biométrie. Jérôme STEPHAN considère ainsi que « le droit de l'identité serait donc le droit à une identification, le droit de se voir attribuer une identité, par le biais d'un état civil ou de documents prouvant l'identité. Cette identité attribuée serait opposable à tous puisque conférée par l'État »⁶⁸⁰. Il poursuit : « L'identité attribuée ne relève donc pas des choix de la personne mais de critères objectifs imposés par l'autorité. Cependant, cette notion n'est pas incompatible avec la recherche d'une identité choisie ou pour le moins revendiquée »⁶⁸¹. C'est sous cette seconde acception de l'identité qu'il identifie le « droit à l'identité » comme étant une manifestation de revendications portant sur l'identité choisie, individuelle et, par suite, pour

⁶⁷⁵ M. GAUCHET, « Trois figures de l'individu », *op. cit.* note 160, pp. 72-78, p. 75.

⁶⁷⁶ A.-M. LE POURHIET, « La Cour européenne des droits de l'homme et la démocratie », *op. cit.* note 630, pp. 205-214, notamment : « Marcel Gauchet observe fort justement qu' « un nouvel homme des droits de l'homme est né qui n'a rien à voir avec son ancêtre de 1789 » et c'est bien là justement que le bât blesse entre la Cour européenne et le principe démocratique. La Cour tend à imposer une conception des « droits » qui n'est précisément pas du tout celle de la tradition libérale et se rapproche davantage d'une tyrannie individuelle et d'une dictature minoritaire ».

⁶⁷⁷ B. MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017.

⁶⁷⁸ M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, Collection tel n° 317, 2002.

⁶⁷⁹ J. STEPHAN, *L'identité de la personne humaine : droit fondamental*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille Université, 2017.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 192.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 193.

reprendre les termes de notre étude, subjective. Pour l'auteur, il s'agit toujours toutefois d'un « droit fondamental », reposant sur une subjectivation de l'identité. Bien que sa thèse ne relève ni d'une critique frontale de la Cour européenne des droits de l'homme, ni du droit de la non-discrimination, il est intéressant de relever que Jérôme STEPHAN met en avant à plusieurs reprises la jurisprudence *Niemietz contre Allemagne*⁶⁸² comme élément central de la fondamentalisation de ce « droit à l'identité »⁶⁸³ et qu'il amalgame et mêle le droit subjectif « droit à l'identité » et la revendication identitaire dont il dit qu'« elle permet de s'affranchir de l'identité attribuée par l'État »⁶⁸⁴.

211. Or, la formulation des revendications identitaires et/ou antidiscriminatoires des requérants sous le vocable d'un « droit à l'identité » sexuelle, religieuse, et dans tous les cas minoritaire, repose sur un malentendu. En effet, au regard des réactions doctrinales suite à certains arrêts de la Cour, se pose la question de savoir si un véritable *droit à* est consacré par la Cour lorsqu'elle rend des décisions en matière de non-discrimination. Plus précisément, la question du « droit à l'identité » interroge quant à la place donnée à la notion d'identité dans le droit antidiscriminatoire conventionnel : aboutit-elle, dans les faits, à ce que l'identité soit l'objet de la garantie offerte par l'article 14 ? Que peut signifier un « droit à l'identité » dans la jurisprudence relative à l'article 14 ? Quel serait le contenu de l'obligation ainsi créée ?

212. À notre sens, la formulation des protections offertes par la Cour en termes de « droit à l'identité » relève d'un malentendu, un tel droit étant difficilement identifiable dans la jurisprudence conventionnelle. La confrontation de la critique doctrinale et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme amène à trouver deux explications à ce malentendu. D'une part, le sens même du « droit à l'identité » est vague. En cela, la critique doctrinale étudiée se fonde sur une notion floue (Chapitre 1). D'autre part, le positionnement épistémologique de cette critique doctrinale : c'est parce qu'il oppose une critique de type naturaliste au droit des droits de l'Homme développé par la Cour qu'il généralise certains cas spécifiques pour en tirer des conclusions, quitte, parfois, à proposer une image tronquée, si ce n'est fantasmée, de la jurisprudence conventionnelle (Chapitre 2).

⁶⁸² Cour EDH, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, req. n°13710/88.

⁶⁸³ Alors même que cet arrêt qui traite de la légalité d'une perquisition au cabinet d'un avocat ne traite pas directement de « droit à l'identité ».

⁶⁸⁴ J. STEPHAN, *L'identité de la personne humaine*, op. cit. note 678, p. 274.

Chapitre 1. Le « droit à l'identité », une notion floue

213. Depuis une vingtaine d'années, la Cour se voit reprocher « un penchant trop prononcé pour le droit des minorités »⁶⁸⁵, du fait de décisions qui iraient « au-delà de l'effacement des discriminations [en attribuant des] droits spécifiques »⁶⁸⁶ à certaines catégories de personnes en raison de leur appartenance à une minorité religieuse, ethnique, de genre, etc. La critique porte ainsi sur l'émergence progressive d'un « droit à l'identité » protégé par le droit de la non-discrimination, droit qui garantirait une protection particulière à certaines identités, parfois en contradiction même avec le principe de non-discrimination, celui-ci, suivant une interprétation classique, interdisant précisément toute distinction fondée sur de tels critères identitaires.

214. Si la notion d'identité est bien présente dans le droit de la non-discrimination⁶⁸⁷, cela ne signifie pourtant pas que l'identité est devenue l'objet central ou principal de la protection offerte par l'article 14 ou que la Cour en est venue à garantir un nouveau droit subjectif protégeant les identités. Il convient alors de s'interroger sur la notion de « droit à l'identité » et sur son sens juridique. Qu'entend-on par cette formulation ? Lorsque les auteurs estiment que la Cour consacre un « droit à l'identité » sexuelle⁶⁸⁸, religieuse⁶⁸⁹, de genre, etc., quel est le sens de cette expression ? L'usage du vocable du *droit à* semble désigner un droit subjectif spécifiquement garanti par la Cour (Section 1), qui ouvrirait à ses titulaires des protections spécifiques en raison de leur différence identitaire particulière. Un tel objet du « droit à l'identité » ne semble toutefois pas ressortir de l'utilisation faite par la Cour de cette expression dans sa jurisprudence (Section 2).

Section 1. Le « droit à l'identité » : un droit subjectif ?

215. En estimant que la Cour garantit « un droit à l'identité sexuelle »⁶⁹⁰ ou un « droit à la Charia »⁶⁹¹ (interprétable comme un droit à la différence ou à l'identité religieuse, avec une forte connotation communautaire), les auteurs formulent leur critique des arrêts de la Cour sous

⁶⁸⁵ Y. LECUYER, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 659.

⁶⁸⁶ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.* note 429, p. 110 et s, à propos de l'introduction de politiques d'*affirmative actions* et d'outils de statistiques ethniques en Amérique et dans certains pays européens.

⁶⁸⁷ V. *supra* Partie 1, Titre 1.

⁶⁸⁸ B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138.

⁶⁸⁹ G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14.

⁶⁹⁰ B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138.

⁶⁹¹ G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14.

le vocable du droit subjectif, et plus particulièrement du droit créance : un *droit à* par opposition au *droit de*. Mais le « droit à l'identité » remplit-il les caractéristiques théoriques d'un droit subjectif (2) ? La réponse à cette interrogation nécessite dans un premier temps de s'interroger sur les distinctions théoriques mises en lumière par la doctrine civiliste entre droit subjectif, *droit à* et droit de la personnalité (1).

1. Droit subjectif, *droit à* et droit de la personnalité : distinctions théoriques

216. Au sein de la doctrine, les terminologies pour qualifier les droits accordés et garantis aux individus sont multiples : droit subjectif (1.1.), droit de la personnalité (1.2.) ou encore *droit à* (1.3.). Il convient de distinguer ces notions, afin d'identifier dans un second temps à laquelle de ces qualifications la formulation du « droit à l'identité » peut renvoyer.

1.1. Le droit subjectif

217. Première notion à faire son apparition, le droit subjectif est très discuté dans la doctrine tant quant à son existence que quant à sa définition. Ainsi, pour les tenants de la théorie objectiviste, tels que Léon DUGUIT⁶⁹², ou encore pour ceux de la théorie normativiste comme Hans KELSEN⁶⁹³, le droit subjectif n'existe pas. Parmi les théoriciens postulant l'existence du droit subjectif, Bernhard WINDSCHEID estime que le droit subjectif se caractérise par le pouvoir de volonté qu'il s'agisse d'une puissance de la volonté (*Willensmacht*) ou d'une souveraineté de la volonté (*Willensherrschaft*)⁶⁹⁴. Néanmoins, pour Jean DABIN, « même en dehors [des] hypothèses, plus ou moins exceptionnelles, où la volonté est absente ou indifférente, il n'est pas vrai que le droit subjectif requerrait (*sic*), pour exister, quelque démarche de la volonté »⁶⁹⁵. Pour Rudolf von IHERING, le droit subjectif se définit davantage par le critère de l'intérêt juridique protégé. Mais là encore, pour Jean DABIN, « le vice de la définition de Ihering gît [...] sur le plan méthodologique » puisqu'il confond la définition du droit subjectif et son

⁶⁹² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Éd. Boccard, 3e éd, 1927. Pour un résumé de la critique de Léon DUGUIT relative à l'inexistence du droit subjectif, V. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, DL 1952, pp. 5-14.

⁶⁹³ H. KELSEN, *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, M. Giard, 1927. Pour un résumé de la thèse de Hans Kelsen, V. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.* note 691, pp. 14-17.

⁶⁹⁴ Cité par J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.* note 691, p. 59.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 61.

but⁶⁹⁶. Enfin, pour Georg JELLINEK⁶⁹⁷, Léon MICHOU⁶⁹⁸, Francesco FERRARA⁶⁹⁹ ou encore Raymond SALEILLES⁷⁰⁰, le droit subjectif se définit par une combinaison des deux éléments précédents à savoir l'acte de volonté et l'intérêt juridique protégé. Ces positions théoriques ne résolvent toutefois pas le problème de la définition du droit subjectif puisque « le droit subjectif n'[étant], considéré en lui-même, en tant que droit, ni intérêt [...], ni volonté [...], il ne saurait être davantage une combinaison des deux éléments »⁷⁰¹. Nous pouvons alors rejoindre la définition posée par Jean DABIN en 1952. Le droit subjectif se définit à partir de quatre critères déterminants : l'appartenance⁷⁰², qui définit le lien qui unit le sujet du droit subjectif et une chose ; la maîtrise⁷⁰³, qui renvoie au pouvoir que le sujet a sur la chose ; le respect de tout le monde, c'est-à-dire l'opposabilité du droit, caractérisée par l'inviolabilité et l'exigibilité ; et enfin la mise à disposition de voies de droit préventives ou répressives.

218. À la suite de ces premières propositions doctrinales, une deuxième notion, celle des droits de la personnalité, est venue préciser l'objet de certains droits subjectifs.

1.2. Les droits de la personnalité

219. L'expression « droits de la personnalité » renvoie quant à elle à des droits subjectifs particuliers, ayant « pour objet les éléments constitutifs de la personnalité du sujet prise sous ses multiples aspects, physique et moral, individuel et social »⁷⁰⁴. Étienne-Hippolyte PERREAU en 1909 définit les droits de la personnalité négativement comme étant les droits subjectifs qui ne sont pas des droits patrimoniaux⁷⁰⁵. De cette définition, il en déduit les caractères des droits

⁶⁹⁶ *Ibid.*, pp. 68-70.

⁶⁹⁷ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ème édition, 1905, cité par J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. note 691, p. 74.

⁶⁹⁸ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, t. 1. Notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1998, not. p. 103 : « Nous définirons donc le droit subjectif : l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre ».

⁶⁹⁹ F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Unione tipografico-editrice torinese, 2ème édition, 1956, vol. 2 de *Trattato di diritto civile italiano*, cité par J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. note 691, p. 74.

⁷⁰⁰ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théories vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Rousseau & Co, 2e édition, 1922, notamment 22^{ème} leçon pp. 541-571.

⁷⁰¹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. note 691, p. 80.

⁷⁰² *Ibid.* pp.80-81 : « Tout droit subjectif suppose un bien ou valeur lié au sujet-personne par un lien d'appartenance, d'ailleurs consacré par le droit objectif, en sorte que cette personne puisse dire que ce bien ou valeur est *sien* ». Il ajoute que « Le droit subjectif se traduit par un *avoir (habere)*, avoir qui peut d'ailleurs porter, comme droit, sur l'*être* ou sur les *facultés d'agir* du titulaire lui-même » (p. 83).

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 89 : la maîtrise consiste « En un *pouvoir de libre disposition de la chose*, objet du droit ».

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 169.

⁷⁰⁵ E.-H. PERREAU, « Des droits de la personnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, vol. t. VIII, pp. 501-536, not. p. 503 : « les droits patrimoniaux sont ceux qui portent sur les biens, ou, d'une manière peut-être

de la personnalité : il s'agit de droits individuels⁷⁰⁶, opposables *erga omnes*, et inestimables en argent⁷⁰⁷, comme le droit au nom, ou encore le droit à la nationalité. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ ajoute que l'objet des droits de la personnalité est un « attribut de la personne » et non pas un objet au sens strict⁷⁰⁸. Les droits de la personnalité sont ainsi des droits subjectifs ayant des caractéristiques particulières telles que l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité et l'intransmissibilité. Les droits de la personnalité « portant sur l'être, les puissances et les qualités du sujet lui-même, sur son individualité en tant que distincte, et sur les liens plus ou moins étroits et forts qui relient sa personne à celle des autres »⁷⁰⁹, il apparaît que si un « droit à l'identité » doit être formulé, il devrait appartenir à la catégorie des droits de la personnalité.

220. Enfin, au regard de la formulation choisie – celle de « droit à l'identité » –, il est intéressant de se pencher sur une dernière notion celle du *droit à*. Plus qu'une nouvelle notion doctrinale, il s'agit davantage d'une étude de la spécificité des droits subjectifs qui ont été formulés par la doctrine ou le législateur comme des *droits à* plutôt que comme des *droits de*.

1.3. Les droits subjectifs formulés comme *droit à*

221. Marc PICHARD s'interroge quant à lui sur les droits subjectifs formulés comme *droit à*. Il explique que « l'alternance *de / à* correspond à *pouvoir de faire* et *pouvoir d'exiger* selon la terminologie de Jean RIVERO qui exprime de la sorte la distinction, issue selon lui de la doctrine italienne, « des *droits de* et des *droits à* »⁷¹⁰. Ainsi, « le *droit de* consacre un *pouvoir d'agir* opposable à l'État. [...] Le *droit à*, en revanche, porte en lui l'idée d'une *créance* qui permet d'exiger d'autrui un comportement ou surtout une prestation, autrui pouvant être soit l'État, soit de manière plus générale la collectivité, qu'il s'agisse du tout ou de l'une des parties jugées particulièrement apte à supporter cette charge. Il n'est alors plus question de *pouvoirs d'agir* mais de *pouvoirs d'exiger* ». On retrouve ici un lien avec les critiques faites à la possible consécration d'un « droit à l'identité » : sur le fondement de ce droit, les individus auraient le pouvoir d'exiger des prestations ou des traitements préférentiels de la part des États.

un peu plus générale, ceux qui règlent l'usage des biens. Par une définition négative, nous engloberons tous les autres sous la rubrique droits de la personnalité ».

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 503 et p. 508.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 514. De l'impossibilité d'estimer en argent les droits de la personnalité, l'auteur fait découler de nombreuses conséquences telles que l'incessibilité, l'imprescriptibilité, l'intransmissibilité successorale et l'inapplication de la représentation générale par autrui.

⁷⁰⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 341.

⁷⁰⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.* note 691, p. 169.

⁷¹⁰ M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, *op. cit.* note 141, p.8.

222. En s'appuyant sur ces éléments, il est désormais possible d'analyser les caractéristiques du « droit à l'identité » afin de déterminer si ce dernier peut véritablement être formulé comme un droit subjectif, *a fortiori* un *droit à*.

2. Le « droit à l'identité » : un faux *droit à*

223. La formulation « droit à l'identité » suppose à la fois que ce droit soit un droit subjectif et qu'il s'agisse d'un droit subjectif particulier car formulé comme un *droit à*. Or, le *droit à* se définit à partir de certaines caractéristiques. Premièrement, pour Marc PICHARD, il s'agit d'une prérogative, c'est-à-dire qu'on doit pouvoir en tirer une jouissance⁷¹¹. Appliqué à l'existence d'un « droit à l'identité » cela signifie que les titulaires de ce droit peuvent tirer des bénéfices de l'usage de ce droit. Parmi les bénéfices qui semblent être attribués à ce droit, on retrouve le fait de pouvoir tirer un avantage particulier de l'exercice de ce droit, ou encore de pouvoir bénéficier d'une garantie ou d'une protection spécifique contre certaines ingérences ou comportements. Or, la formulation « droit à l'identité » laisse davantage penser qu'il s'agit d'un droit à tirer des bénéfices ou obtenir une protection du fait de certaines identités. Il n'est pas certain ainsi que la formulation soit adéquate au regard de ce critère.

224. Deuxièmement, l'objet d'un *droit à* doit être possible. Marc PICHARD précise d'ailleurs que « le *droit à* est désigné par l'objet sur lequel il porte. Là est sa spécificité la plus ostensible, qui rompt avec la tradition juridique ». Il poursuit en expliquant que l'objet du droit doit être « un bienfait »⁷¹². S'agissant d'un « droit à l'identité », le droit ne pourrait être qualifié de droit patrimonial et est nécessairement un droit extrapatrimonial. C'est pourquoi l'objet de ce droit n'est pas une chose au sens strict du terme, mais un bienfait attribué dans l'intérêt de son titulaire : ici, la protection de son identité particulière pour une personne ou un groupe de personnes. C'est davantage sur le critère de la possibilité que l'existence d'un « droit à l'identité » achoppe. En effet, « l'impossibilité juridique d'un droit sur soi-même a souvent été relevée pour exclure que certains droits de la personnalité puissent être qualifiés de droits, *droits à*. Les droits de la personnalité auraient pour objet l'être de leur titulaire : admettre que l'être puisse être objet de droit établirait une confusion entre être et avoir, incompatible avec la dignité de la personne humaine »⁷¹³. L'identité d'une personne ou d'un groupe de personnes relève

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 172.

⁷¹² *Ibid.*, p. 173.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 179.

effectivement davantage de l'essence, de l'être, de cette personne ou de ce groupe que de l'avoir, comme relevé précédemment à propos de la notion d'identité subjective⁷¹⁴. Le « droit à l'identité » devrait davantage être formulé comme un droit à la protection de son identité contre les discriminations ou les ingérences d'autrui. Dit autrement, la formulation de ce droit comme un « droit à l'identité » n'a pas de sens juridiquement : il est impossible d'exercer un droit sur sa propre identité. La terminologie du « droit à l'identité » est donc impropre en ce qu'elle renvoie à la garantie d'une protection de l'identité et non d'un droit d'une personne sur son identité. Elle repose en réalité sur une confusion de l'objet du droit et de son titulaire. Il semble donc à ce stade que le « droit à l'identité » ne soit pas véritablement un *droit à* au sens propre du terme. En revanche, le droit à obtenir une protection de son identité semble remplir les caractéristiques d'un *droit à*, droit de la personnalité. Ce n'est pourtant pas cette formulation qui se retrouve dans la doctrine critique de la Cour ou de l'usage récent des droits fondamentaux.

225. Troisièmement, un *droit à* est un droit attribué, c'est-à-dire qu'il a un titulaire, et un droit maîtrisé, c'est-à-dire que le titulaire a la liberté du choix de son usage. On retrouve ici l'idée que les droits subjectifs ont un sujet distinct de leur objet. Cette caractéristique ne semble pas poser de problème particulier au regard de la possible consécration d'un « droit à l'identité » dans la jurisprudence de la Cour. En effet, en droit conventionnel, les titulaires des droits garantis sont identifiés par la Convention comme étant les personnes physiques ou les groupes de personnes pouvant déposer une requête devant la Cour.

226. Quatrièmement, un *droit à* est une charge pour autrui. Marc PICHARD précise à ce propos que « du point de vue du tiers, la liberté se laisse exercer ; le *droit à* contraint »⁷¹⁵. Cette idée d'une charge pour autrui était déjà contenue dans la distinction précédemment évoquée entre un *droit à* et un *droit de* : « le *droit de* consacre un *pouvoir d'agir* opposable à l'État. [...] Le *droit à*, en revanche, porte en lui l'idée d'une *créance* qui permet d'exiger d'autrui un comportement ou surtout une prestation, autrui pouvant être soit l'État, soit de manière plus générale la collectivité, qu'il s'agisse de tout ou de l'une des parties jugée particulièrement apte à supporter cette charge. Il n'est alors plus question de *pouvoirs d'agir* mais de *pouvoirs d'exiger* »⁷¹⁶. Appliqué au « droit à l'identité », cela signifie que l'exercice de ce droit permet

⁷¹⁴ V. *supra* §175.

⁷¹⁵ M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, op. cit. note 141, p. 198.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 47.

à son titulaire d'exiger d'autrui ou de l'État un certain comportement ou une prestation (par exemple un traitement favorable). La formulation « droit à l'identité » semble donc particulièrement propice pour critiquer les mesures de discrimination dite « positive » que la Cour pourrait exiger, et qui seraient alors à la charge des États parties. Deux éléments semblent toutefois contredire cette idée. D'une part, on peut douter que l'objet du droit soit encore l'identité des requérants lorsqu'est exigée une mesure positive de la part des États. D'autre part, *stricto sensu*, un « droit à l'identité » protégé par l'article 14 ne renvoie pas uniquement à l'idée de pouvoir d'exiger des traitements favorables. Au contraire, et selon l'interprétation première de l'article 14, un « droit à l'identité » garanti par l'article 14 devrait être un droit d'exiger l'absence de discrimination. Ainsi, la charge supportée par l'État ou les tiers semble particulièrement indéterminée en matière de « droit à l'identité ».

227. Cinquièmement, un droit à est un droit indéterminé au sens où son objet est indéterminé et où l'attribution du bienfait se fait sans égard pour les modalités précises de la réalisation de ce droit. Marc PICHARD parle ainsi de l'« indétermination des modes de réalisation » du *droit à*⁷¹⁷ et précise que « non seulement on ne sait pas exactement à quoi le *droit à* donne droit, mais on ne sait pas par quelle voie il donne droit à son objet »⁷¹⁸. Autrement dit, « le *droit à* est exigence d'un objet, sans précision des voies de son obtention »⁷¹⁹. À notre sens, cela ouvre une certaine marge de manœuvre au « prestataire du bienfait »⁷²⁰, c'est-à-dire aux autorités en charge de la mise en œuvre du *droit à* : l'affirmation du *droit à* n'est pas directement liée à la mise en place de modes de réalisation de ce droit, lesquels peuvent par ailleurs être très divers. Ainsi, à propos du « droit à l'identité », son objet est effectivement difficile à saisir et les modes de réalisation, nombreux, ne seraient pas reliés à l'affirmation et la garantie du « droit à l'identité ».

228. **Conclusion de la section.** Un « droit à l'identité » tel que celui dénoncé à la fois dans un cadre académique par Bernard EDELMAN⁷²¹ et dans un cadre politique par Grégor PUPPINCK⁷²² renvoie donc à l'idée que les personnes pourraient exiger de l'État une protection de leur identité particulière. Toutefois, la formulation choisie est critiquable à plusieurs égards.

⁷¹⁷ *Ibid.*, p. 225.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 230.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 233.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 225.

⁷²¹ B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138.

⁷²² G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14.

La terminologie semble impropre et ne pas correspondre réellement à un *droit à* ; le contenu de la charge pour l'État ou les tiers est flou et indéterminé (s'agit-il d'une interdiction de discriminer sur le fondement d'une différence assumée ou de l'obligation de mise en œuvre de traitements préférentiels bénéficiant à la minorité à laquelle ces personnes appartiennent ?). Dès lors, cette formulation est critiquable théoriquement avant même d'examiner le sens donné par la Cour à la formulation du « droit à l'identité ».

Section 2. Un « droit à l'identité » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

229. La formule « droit à l'identité » n'est pas totalement absente de la jurisprudence de la Cour, laquelle a été amenée à utiliser cette expression par exemple pour consacrer un « droit à l'identité et à l'épanouissement personnel »⁷²³. Toutefois, il convient de distinguer le sens donné au « droit à l'identité » dans la jurisprudence liée à certaines clauses de la Convention (1) et celui qui serait donné dans la jurisprudence relative à l'article 14 (2) : en effet, les notions propres à certains articles de la Convention ne peuvent pas toujours être transposées telles quelles dans d'autres champs de la Convention.

1. Le sens du « droit à l'identité » dans la jurisprudence de la Cour

230. Lorsque l'on recherche les occurrences de la formule « droit à l'identité » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁷²⁴, elle apparaît majoritairement dans la jurisprudence de l'article 8. La formule exacte « droit à l'identité » apparaît dans trente-neuf arrêts et trois décisions. Trente-six de ces arrêts et décisions concernent l'article 8 de la Convention. À ce premier volet de la jurisprudence (1.1.), il faut ajouter selon certains auteurs⁷²⁵ les jurisprudences relatives aux articles 9 (1.2.) et 11 (1.3.) de la Convention.

1.1. Le « droit à l'identité » dans la jurisprudence relative à l'article 8

231. Recherchant les indices de l'identité dans la jurisprudence de la Cour, Jean-Pierre MARGUENAUD s'intéresse particulièrement aux arrêts rendus sous l'article 8 de la

⁷²³ V. par exemple : Cour EDH (GC), *Odièvre c. France*, 13 février 2003, *op. cit.* note 17, §29.

⁷²⁴ Il est possible d'effectuer pour ce faire une recherche textuelle via le moteur de recherche *Hudoc* de la Cour européenne des droits de l'homme. V. www.hudoc.echr.coe.int/.

⁷²⁵ Y. AL TAMIMI, « Human Rights and the Excess of Identity », *op. cit.* note 41, pp. 1-16 ; J.-P. MARGUENAUD, « La dimension européenne de l'identité : les enseignements de la jurisprudence européenne », *op. cit.* note 589, pp. 105-118

Convention⁷²⁶, depuis le premier arrêt prenant en compte l'identité pour déboucher sur un constat de violation de la Convention, l'arrêt *Gaskin contre Royaume-Uni* du 7 juillet 1989⁷²⁷. Pour Jean-Pierre MARGUENAUD, cet arrêt, relatif à un adolescent qui cherchait à connaître les personnes chez qui il avait été placé dans son enfance, « [a] d'ailleurs le mérite de poser, d'emblée, le caractère antinomique, paradoxal et, par conséquent, extrêmement complexe de la protection de l'identité »⁷²⁸. En effet, l'identité doit être protégée afin de préserver l'intimité et la vie privée des personnes (a.) mais « elle doit aussi être établie, sinon proclamée, pour aider au développement et à l'épanouissement personnels »⁷²⁹ (b.).

a. *L'identité personnelle et privée*

232. L'identité protégée par la Cour est au départ surtout l'identité personnelle comprise comme la préservation de l'identité civile et judiciaire des individus, dans une conception stricte du droit au respect de la vie privée et familiale. Ainsi, à propos de la vidéosurveillance, la Cour a constaté la violation de l'article 8 car « l'identité d'une personne, que la vidéosurveillance avait pourtant permis de sauver d'une tentative de suicide, n'avait pas été suffisamment cachée par les autorités lorsque la séquence où elle figurait avait été diffusée sur des chaînes de télévision »⁷³⁰. De même, la Cour préserve la réputation des personnes⁷³¹ ainsi que leur image⁷³², ces deux éléments de l'identité personnelle relevant pour la juridiction strasbourgeoise de la vie privée au sens de l'article 8. Enfin, l'article 8, toujours dans une conception stricte du droit au respect de la vie privée et familiale, protège contre la divulgation ou la conservation des éléments de l'identité civile, judiciaire, physique ou encore personnelle des individus. La Cour a ainsi condamné la Finlande dans l'arrêt *Z contre Finlande* en 1997 en raison de la divulgation dans les décisions de justice internes de l'état de santé de la femme du

⁷²⁶ J.-P. MARGUENAUD, « La dimension européenne de l'identité : les enseignements de la jurisprudence européenne », *op. cit.* note 589, pp. 105-118

⁷²⁷ Cour EDH [plén.], *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n°10454/83, *Série A n°160*, §39 : « D'après la Commission, "le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir *les détails de son identité d'être humain* et qu'en principe les autorités ne l'empêchent pas de se procurer ces renseignements fondamentaux, sauf justification précise" ». Nous soulignons. Il est toutefois nécessaire de relever que l'expression « droit à l'identité » n'apparaît pas formellement dans cet arrêt, mais en filigrane la Cour fait découler de l'application de l'article 8 une garantie relative à l'établissement par les individus de leur identité subjective.

⁷²⁸ J.-P. MARGUENAUD, « La dimension européenne de l'identité : les enseignements de la jurisprudence européenne », *op. cit.* note 589, pp. 105-118, p. 107.

⁷²⁹ *Ibid.*

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 109.

⁷³¹ Cour EDH, 1ère Section, *Pfeifer c. Autriche*, 15 novembre 2007, req. n°12556/03 ; Cour EDH, 3ème Section, *Pétrina c. Roumanie*, 14 octobre 2010, req. n°78060/01.

⁷³² Cour EDH (GC), *Von Hannover c. Allemagne (n°2)*, 7 février 2012, req. n°40660/08 et 60641/08, *Rec. CEDH 2012-I*.

prévenu⁷³³. De même, la Cour a condamné le Royaume-Uni dans l'arrêt de Grande Chambre *S. et Marper contre Royaume-Uni* en 2008 pour avoir conservé et refusé la destruction des empreintes digitales, des échantillons cellulaires et des profils ADN d'un individu dont l'affaire judiciaire a été classée sans suite⁷³⁴. Dans ces deux affaires, la Cour a commencé par réaffirmer que l'article 8 « protège [...] le droit à l'identité et au développement personnel ainsi que le droit pour tout individu de nouer et développer des relations avec ses semblables » et de ce fait observe qu'« il existe [...] une zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la "vie privée" »⁷³⁵. Un tel raisonnement lie le « droit à l'identité » et la protection des données identifiantes des personnes.

233. À la lecture de ces affaires, le « droit à l'identité » de l'article 8 garantit contre les intrusions de tiers, y compris l'État, dans la vie privée et intime des personnes, et contre la divulgation ou la conservation d'éléments de l'identité des personnes.

234. Glissant peu à peu dans une conception plus large de la vie privée au sens de l'article 8, la Cour a étendu le « droit à l'identité » en y incluant le droit à l'épanouissement personnel et, par la suite, une conception plus subjective de l'identité personnelle. Ainsi, la protection de l'identité a été placée au cœur de l'encadrement européen de l'accès aux origines personnelles, dans ce qui semble être une mise en balance opérée par la Cour entre d'un côté le droit de connaître son ascendance⁷³⁶ et de l'autre le droit de préserver son identité privée⁷³⁷. Ainsi, dans l'affaire *Mikulić contre Croatie* du 7 février 2002, à propos d'une enfant de cinq ans se plaignant, avec sa mère, de la lenteur de la procédure en recherche de paternité et de l'inexistence de mesures procédurales permettant aux tribunaux internes de contraindre le père supposé à se soumettre aux tests ADN ordonnés par les juges, la Cour avait mis en balance l'intérêt de l'enfant à « obtenir les informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de [son] identité personnelle » et l'intérêt du tiers, en

⁷³³ Cour EDH, *Z contre Finlande*, 25 février 1997, req. n°22009/93.

⁷³⁴ Cour EDH (GC), *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et 30566/04, *Rec. CEDH 2008-V*. V. également l'affaire *Gardel c. France* concernant l'inscription au fichier judiciaire informatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes : Cour EDH, 5ème Section, *Gardel c. France*, 17 décembre 2009, req. n°16428/05, *Rec. CEDH 2009-V*, §§62 et suivants. La Cour y juge notamment que la procédure judiciaire d'effacement des données « présente des garanties suffisantes et adéquates de la vie privée au regard de la gravité des infractions justifiant l'inscription sur le fichier » (§69).

⁷³⁵ Cour EDH, 4ème Section, *Peck c. Royaume-Uni*, 28 janvier 2003, req. n°44647/98, *Rec. CEDH 2003-I*, §57.

⁷³⁶ Cour EDH, 1ère Section, *Mikulić c. Croatie*, 7 février 2002, *op. cit.* note 61, § 53 : « Il paraît d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de « vie privée » comme excluant l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur ».

⁷³⁷ Cour EDH (GC), *Odièvre c. France*, 13 février 2003, *op. cit.* note 17.

l'occurrence le père supposé, à être protégé contre la contrainte « de se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN » lesquels auraient révélé des détails de son identité personnelle⁷³⁸. Dans l'affaire *Odièvre contre France*, la mère de la requérante avait demandé le secret de la naissance, mais celle-ci, prenant connaissance de son dossier d'ancienne pupille du service de l'aide sociale à l'enfance, apprend que ses parents biologiques avaient donné naissance à d'autres enfants. La requérante demandait alors à faire lever le secret de sa naissance en demandant à l'administration française de lui donner accès à des éléments identifiants sur sa famille naturelle, notamment sur ses adelphe. Ici encore, l'affaire soulevait un problème de conciliation entre le droit à la connaissance de ses origines, qui découle pour la Cour du droit au respect de la vie privée comprenant le droit d'établir les détails de son identité personnelle, et l'intérêt d'une mère ayant fait le choix du secret de la naissance de conserver son anonymat, c'est-à-dire son identité privée et secrète. Plus simplement, et pour reprendre les termes employés dans cette étude⁷³⁹, cette affaire posait le problème de la conciliation entre la préservation de l'identité objective de la mère et de la protection de l'identité subjective de son enfant née sous X. La Cour y affirme alors dans un arrêt phare que l'établissement des détails de son identité d'être humain participe au droit à l'épanouissement personnel protégé par l'article 8 de la Convention⁷⁴⁰. Ce droit exprime un « intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité »⁷⁴¹. Toutefois, ce droit pour la Cour est limité : il n'implique pas de divulguer l'identité des parents biologiques et l'équilibre auquel tend le droit français entre les intérêts concurrents en présence est validé par la Cour.

235. Poussant le curseur encore plus loin, la Cour a admis que « la vie privée personnelle c'est, d'abord, l'identité sexuelle »⁷⁴², condamnant la France en raison du refus des juridictions françaises de mentionner le changement de sexe d'une personne transgenre à l'état civil en application du principe d'indisponibilité de l'état civil⁷⁴³, puis reconnaissant aux personnes transgenres le bénéfice du droit au mariage garanti par l'article 12 de la Convention, y compris sous leur nouvelle identité sexuelle⁷⁴⁴. Ces jurisprudences relatives au droit d'accès aux origines ou encore au droit de faire reconnaître juridiquement son identité sexuelle ou de genre ont eu

⁷³⁸ Cour EDH, 1ère Section, *Mikulić c. Croatie*, 7 février 2002, *op. cit.* note 61, §64.

⁷³⁹ V. *supra* §§174 et 175.

⁷⁴⁰ Cour EDH (GC), *Odièvre c. France*, 13 février 2003, *op. cit.* note 17, §44.

⁷⁴¹ *Ibid.*, §28.

⁷⁴² J.-P. MARGUENAUD, « La dimension européenne de l'identité : les enseignements de la jurisprudence européenne », *op. cit.* note 589, pp. 105-118, p. 111.

⁷⁴³ Cour EDH (plén.), *B. contre France*, 25 mars 1992, req. n°13343/87, *Série A n°232-C*.

⁷⁴⁴ Cour EDH (GC), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, *op. cit.* note 58.

pour conséquence de faire passer la protection de l'identité sous l'angle de l'article 8 d'une conception stricte – seulement la vie privée et intime – à une conception plus large – incluant l'identité sociale des personnes.

b. L'identité sociale et culturelle

236. Le droit au développement personnel, découlant du droit au respect de la vie privée et familiale, est peu à peu devenu applicable dans la sphère sociale. Jean-Pierre MARGUENAUD parle à ce titre d'« identité revendiquée »⁷⁴⁵ au sens où les requérants revendiquent la reconnaissance en droit de leur identité sociale. Les affaires citées ci-dessus en matière de filiation paternelle ou de transidentité illustrent ce point : les requérants revendiquent une protection de leur identité sociale, qu'il s'agisse d'un « véritable droit de connaître son ascendance » ou du droit « d'affirmer leur identité » de genre⁷⁴⁶.

237. L'élargissement de la conception de l'article 8 a également permis de protéger l'identité culturelle de minorités nationales ou ethniques, ainsi que l'illustrent notamment les arrêts relatifs aux gens du voyage. Dans l'arrêt de Grande Chambre *Chapman contre Royaume-Uni*⁷⁴⁷ de 2001, la Cour était saisie de la question de la protection des éléments de l'identité culturelle des Tsiganes et des gens du voyage en Europe. La requérante vivait de manière nomade avec sa famille depuis des années mais décide en 1985 d'acheter un terrain pour y installer sa caravane. Le permis d'aménagement foncier qui lui aurait permis cela lui est toutefois refusé, les autorités locales estimant que seul un bungalow pouvait être construit sur le terrain. Si en l'espèce la Cour conclut à la non-violation des articles 8 et 14 de la Convention, cette affaire reste célèbre pour être le point de départ de la reconnaissance de la protection du mode de vie traditionnel des minorités nationales, culturelles ou ethniques. Ce point sera finalement affirmé dans l'affaire *Winterstein et autres contre France*⁷⁴⁸ dans lequel les requérants, gens du voyage, avaient été condamnés par les autorités locales françaises à évacuer le terrain dans un bois où ils s'étaient établis de longue date. La Cour affirme ainsi que « la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité des gens du voyage, même lorsqu'ils ne vivent plus de façon nomade, et [...] des mesures portant sur le stationnement des caravanes influent sur leur faculté de

⁷⁴⁵ J.-P. MARGUENAUD, « La dimension européenne de l'identité : les enseignements de la jurisprudence européenne », *op. cit.* note 589, pp. 105-118, p. 111.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276. V. également les deux autres arrêts rendus le même jour dans des affaires similaires : Cour EDH (GC), *Beard c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n° 24882/94 ; Cour EDH (GC), *Coster c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n° 24876/94.

⁷⁴⁸ Cour EDH, 5ème Section, *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013, req. n°27013/07.

conserver leur identité et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition »⁷⁴⁹. S'appuyant sur les arrêts déjà rendus concernant la minorité rom⁷⁵⁰, la Cour poursuit en rappelant que « la vulnérabilité des Tsiganes et gens du voyage implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre »⁷⁵¹. L'appartenance à une minorité « se traduit, techniquement, par une exigence renforcée de mise en œuvre du principe de proportionnalité conduisant vers un constat de violation de l'article 8 »⁷⁵².

238. Sous l'angle de l'article 8, le « droit à l'identité » s'interprète ainsi comme un droit à la protection de son identité privée et personnelle autant que de son identité sociale ou culturelle. D'une conception fondée sur la garantie contre des ingérences de l'État dans la vie privée et personnelle des individus, la jurisprudence strasbourgeoise est peu à peu passée à une conception de protection de l'identité, voire de droit à la reconnaissance de l'identité des individus en droit. Le « droit à l'identité » sous l'angle de l'article 8 n'est ainsi pas qu'un droit à développer son identité propre – personnelle, culturelle ou sociale – mais également un droit opposable à l'État d'obtenir une protection ou une reconnaissance de cette identité.

239. Le « droit à l'identité » est également présent dans la jurisprudence relative à l'article 9 de la Convention à propos de la liberté de manifester sa religion.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, §142.

⁷⁵⁰ V. également : Cour EDH (GC), *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, *op. cit.* note 138 ; Cour EDH, 2ème Section, *Moldovan et autres c. Roumanie n°2*, 12 juillet 2005, req. n°41138/98 et 64320/01, *Rec. CEDH 2005-VII* ; Cour EDH, 4ème Section, *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, 13 décembre 2005, req. n°15250/02, *Rec. CEDH 2005-XIII* ; Cour EDH, 1ère Section, *Šečić c. Croatie*, 31 mai 2007, *op. cit.* note 151 ; Cour EDH, 3ème Section, *Cobzaru c. Roumanie*, 26 juillet 2007, req. n°48254/99 ; Cour EDH, 5ème Section, *Anguelova et Iliev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, *op. cit.* note 151 ; Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136 ; Cour EDH, 1ère Section, *Petropoulou-Tsakiris c. Grèce*, 6 décembre 2007, *op. cit.* note 151 ; Cour EDH, 3ème Section, *Stoica c. Roumanie*, 4 mars 2008, *op. cit.* note 151 ; Cour EDH, 1ère Section, *Sampanis et autres c. Grèce*, 5 juin 2008, *op. cit.* note 314 ; Cour EDH, 3ème Section, *Muñoz Diaz c. Espagne*, 8 décembre 2009, *op. cit.* note 237 ; Cour EDH (GC), *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, req. n°27996/06 et 34836/06, *Rec. CEDH 2009-VI* ; Cour EDH (GC), *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 266 ; Cour EDH, 5ème Section, *Paraskeva Todorova c. Bulgarie*, 25 mars 2010, req. n°37193/07 ; Cour EDH, 5ème Section, *Fedorchenko et Lozenko c. Ukraine*, 20 septembre 2012, req. n°387/03 ; Cour EDH, 4ème Section, *Yotova c. Bulgarie*, 23 octobre 2012, req. n°43606/04 ; Cour EDH, 3ème Section, *Lăcătuș et autres c. Roumanie*, 13 novembre 2012, req. n°12694/04 ; Cour EDH, 1ère Section, *Sampani et autres c. Grèce*, 11 décembre 2012, *op. cit.* note 272 ; Cour EDH, 2ème Section, *Horváth et Kiss c. Hongrie*, 29 janvier 2013, *op. cit.* note 340 ; Cour EDH, 1ère Section, *Lavida et autres c. Grèce*, 30 mai 2013, req. n°7973/10.

⁷⁵¹ Cour EDH, 5ème Section, *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013, *op. cit.* note 747, §160.

⁷⁵² J.-P. MARGUENAUD, « La dimension européenne de l'identité : les enseignements de la jurisprudence européenne », *op. cit.* note 589, pp. 105-118, p. 113.

1.2. Le « droit à l'identité » dans la jurisprudence relative à l'article 9

240. Depuis l'affaire *Kokkinakis contre Grèce* de 1993, la Cour affirme que la liberté religieuse « figure parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie »⁷⁵³. La formule sera reprise ensuite, comme dans l'affaire *Leyla Sahin contre Turquie* à propos du port du foulard islamique à l'université⁷⁵⁴. Pour certains auteurs comme Jean-Pierre MARGUENAUD, « l'identité religieuse est celle qui donne lieu à la plus forte pression revendicatrice »⁷⁵⁵ en ce que l'interprétation de la liberté de religion comme protégeant l'identité des croyants entraîne la revendication par les requérants d'un véritable « droit à l'identité » opposable à l'État ou aux tiers. Pour l'auteur, l'identité religieuse donne même lieu à des « conflits négatifs ». Il précise, à propos de la dissimulation du visage et des affaires relatives au voile intégral : « peut-on affirmer positivement son identité religieuse et culturelle en masquant un élément essentiel de son identité personnelle et sociale et en abdiquant son "droit de sourire" qui est peut-être l'élément le plus caractéristique de l'identité sociale de chacun et le moyen le plus sûr d'établir des relations avec ses semblables ? ». Il n'est toutefois pas certain que l'on puisse conclure à une véritable consécration d'un « droit à l'identité » sur ce point au regard de la décision rendue par la Grande Chambre dans l'affaire *S.A.S. contre France*⁷⁵⁶. En l'espèce, la loi française de 2010 sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public était attaquée par une requérante musulmane qui estimait que cette législation était discriminatoire, en ce qu'elle touchait particulièrement les femmes musulmanes portant le voile intégral. La Grande Chambre estime alors que la loi française de 2010 ne produit pas une discrimination indirecte envers les femmes musulmanes, observant que la législation a une justification objective et raisonnable et que le gouvernement français disposait en l'espèce d'une large marge d'appréciation. L'opposabilité du droit à l'identité des croyants à l'État est ainsi limitée par la Cour : si, certes la liberté religieuse « figure parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie »⁷⁵⁷, cela ne signifie pas pour autant que l'État ne peut la restreindre pour des motifs légitimes⁷⁵⁸.

⁷⁵³ Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n°14307/88, A260-A, §31.

⁷⁵⁴ Cour EDH (GC), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, *op. cit.* note 629, §104.

⁷⁵⁵ J.-P. MARGUENAUD, « La dimension européenne de l'identité : les enseignements de la jurisprudence européenne », *op. cit.* note 589, pp. 105-118, p. 116.

⁷⁵⁶ Cour EDH (GC), *S.A.S. c. France*, 1 juillet 2014, *op. cit.* note 421.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, §124.

⁷⁵⁸ En l'espèce, « la protection des droits et libertés d'autrui » et « les conditions du « vivre ensemble » ». V. *Ibid.*, §140 et suivants.

241. Malgré la décision rendue dans l'affaire *S.A.S. contre France*, on peut toutefois relever que l'affirmation selon laquelle la liberté religieuse « est un des éléments les plus essentiels de l'identité des croyants » a pu permettre dans certaines situations d'opposer à l'État une forme de « droit à l'identité », ou *a minima* une obligation de reconnaître l'existence d'une identité minoritaire. Ainsi à propos de la minorité alévie en Turquie⁷⁵⁹, la Cour a pu considérer que la qualification de la religion alévie de « formation mystique »⁷⁶⁰ par les autorités nationales, ou encore l'assimilation de cette pratique aux « ordres soufis » c'est-à-dire à un courant religieux de l'islam et non à une religion à part entière⁷⁶¹, placent les pratiquants de cette religion dans une situation moins favorable par rapport aux citoyens turcs musulmans, sans justification objective et raisonnable⁷⁶² et en contradiction avec la jurisprudence antérieure de la Cour laquelle affirme de longue date le libre exercice du droit à la liberté de religion des alévis⁷⁶³. Pour la Grande Chambre, « l'appréciation exprimée par les autorités nationales sur la confession alévie vaut notamment refus de reconnaissance du caractère cultuel de cette confession, ce qui entraîne également de nombreuses conséquences susceptibles d'affecter, entre autres, l'organisation et la poursuite, ainsi que le financement des activités culturelles de cette confession. Or la reconnaissance de la nature religieuse des pratiques liées à cette confession et du statut de ses ministres (*dede*) et lieux de culte (*cemevi*) est considérée par la communauté alévie comme essentielle à sa survie et à son développement comme confession religieuse »⁷⁶⁴. En d'autres termes, les autorités nationales ont porté atteinte au fonctionnement même de cette communauté religieuse, et donc à l'identité des croyants.

242. L'article 9 de la Convention, protégeant le droit de manifester et de pratiquer librement sa religion, a donc vu son champ d'application étendu à la protection de l'identité des croyants.

⁷⁵⁹ Cour EDH (GC), *Izzetin Doğan et autres c. Turquie*, 26 avril 2016, req. n°62649/10.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, §44.

⁷⁶¹ *Ibid.*, §90 et suivants.

⁷⁶² *Ibid.*, §167 : « La Cour estime tout d'abord que les requérants peuvent considérer qu'ils se trouvent, pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et d'un service public religieux attaché à leur confession alévie, dans une situation comparable à celles des autres citoyens qui ont pu obtenir une telle reconnaissance et bénéficient de ce service public » ; § 170 : « les requérants sont moins bien traités que les bénéficiaires du service public religieux, bien qu'ils se trouvent dans une situation comparable ». S'agissant de l'absence de justification raisonnable, V. § 184 : « Compte tenu de l'ensemble des considérations exposées ci-dessus – l'existence d'une communauté alévie profondément enracinée dans la société et l'histoire turques, l'importance pour cette communauté d'être juridiquement reconnue, l'incapacité du Gouvernement à justifier le déséquilibre flagrant entre le statut accordé à la conception majoritaire de l'islam, sous la forme d'un service public religieux, l'exclusion presque totale de la communauté alévie du bénéfice de ce service, et l'absence de mesures compensatoires –, le choix de l'État défendeur apparaît à la Cour manifestement disproportionné au but poursuivi ».

⁷⁶³ *Ibid.*, §68. V. notamment, Cour EDH, 2^{ème} Section, *Sinan Işık c. Turquie*, 2 février 2010, req. n°21924/05, Rec. CEDH 2010-I, not. §46 ; Cour EDH, 2^{ème} Section, *Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turquie*, 2 décembre 2014, req. n°32093/10, not. §44.

⁷⁶⁴ Cour EDH (GC), *Izzetin Doğan et autres c. Turquie*, 26 avril 2016, *op. cit.* note 758, §95.

Si cette protection est parfois limitée en ce que l'opposabilité du droit à la protection de son identité religieuse à l'État peut être restreinte, elle existe néanmoins bel et bien dans la jurisprudence strasbourgeoise. Toutefois, il est important de relever que la Cour n'emploie pas directement la formule du « droit à l'identité ». La Cour semble davantage étendre le champ d'application de la liberté d'exprimer et de manifester sa religion à la protection de l'identité religieuse des croyants. La formulation d'un « droit à l'identité » relève alors davantage de l'analyse doctrinale que de l'interprétation et de la qualification jurisprudentielles.

243. De la même manière, l'article 11 de la Convention a pu servir de fondement à la protection d'un « droit à l'identité ».

1.3. Le « droit à l'identité » dans la jurisprudence relative à l'article 11

244. L'article 11 a pu servir de fondement à l'affirmation de l'identité culturelle et ethnique des minorités. En effet, prenant appui sur le droit de libre association garanti à l'article 11, le droit de créer une association afin d'exprimer et de promouvoir l'identité d'une minorité a pu être affirmé. Ainsi, dans l'affaire *Gorzelik contre Pologne*, la Grande Chambre, reprenant les termes de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe, rappelle qu'une « société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale, mais également créer les conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité »⁷⁶⁵. De ce fait, elle affirme que « la fondation d'une association afin d'exprimer et promouvoir l'identité d'une minorité peut aider cette dernière à préserver et défendre ses droits »⁷⁶⁶. En l'espèce toutefois, la Cour constate l'absence de violation de l'article 11. Ce n'est qu'en 2008, dans l'affaire *Tourkiki Enosi Xanthis et autres contre Grèce*, que la Cour réaffirme que « les associations créées [aux fins de] la protection du patrimoine culturel ou spirituel, la poursuite de divers buts sociaux ou économiques, la recherche d'une identité ethnique ou l'affirmation d'une conscience minoritaire, sont également importantes pour le bon fonctionnement de la démocratie »⁷⁶⁷. Elle constate ainsi que la dissolution de l'association requérante, association à but culturel et sportif cherchant à

⁷⁶⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, 1.II.1995, Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, STE n° 157, 1^{er} février 1998.

⁷⁶⁶ Cour EDH (GC), *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 février 2004, *op. cit.* note 144, §93.

⁷⁶⁷ Cour EDH, 1^{ère} Section, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, 27 mars 2008, req. n°26698/05, §43. Nous soulignons.

préservé et promu la culture des « Turcs de Thrace occidentale », est une ingérence des autorités nationales dans l'exercice du droit à la liberté d'association⁷⁶⁸.

245. De même, l'article 11 de la Convention a pu servir à fonder les revendications de minorités linguistiques. Ainsi dans l'affaire *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası contre Turquie*, le syndicat des salariés de l'éducation et de la science *Eğitim-Sen* se plaignait de ce que l'État turc avait rejeté la modification de ses statuts et engagé des actions en dissolution du syndicat, violant le droit de libre association. L'État turc fondait son action sur le fait que le Syndicat avait modifié ses statuts, y intégrant un article stipulant que le Syndicat « défend le droit de tous les individus de la société à recevoir, dans l'égalité et la liberté, un enseignement démocratique, laïque (*sic*), scientifique et gratuit dans leur langue maternelle »⁷⁶⁹. Cette modification posait problème du fait de la référence à l'enseignement « dans leur langue maternelle ». Pour la Cour, « le principe défendu par *Eğitim-Sen*, à savoir que l'enseignement dispensé aux individus composant la société turque pouvait se faire dans une langue maternelle autre que le turc, n'est pas contraire aux principes fondamentaux de la démocratie »⁷⁷⁰. Surtout, l'objectif du syndicat, de défendre le droit des minorités linguistiques à se voir offrir un enseignement dans leur langue, « [vise] à développer la culture des ressortissants nationaux ayant pour langue maternelle une langue autre que le turc, et ce par l'enseignement de leur langue maternelle »⁷⁷¹. Elle conclut en rappelant que « l'existence de minorités et de cultures différentes dans un pays constitue un fait historique qu'une société démocratique doit tolérer, voire protéger et soutenir selon les principes du droit national »⁷⁷², constatant de fait la violation de l'article 11 en l'espèce. Ainsi, cette disposition conventionnelle sert de fondement à la protection par un syndicat ou une association d'une identité linguistique minoritaire.

246. Là encore, si la Cour garantit la protection des associations et syndicats de défense d'une identité minoritaire, elle n'emploie pas la formule du « droit à l'identité ». La Cour semble davantage étendre le champ d'application de l'article 11 de la Convention à la protection des

⁷⁶⁸ V. également pour une application plus implicite de la jurisprudence *Gorzelik* l'affaire Cour EDH, 1ère Section, *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, 20 octobre 2005, req. n°74989/01, *Rec. CEDH 2005-X* à propos de manifestations organisées en Grèce contre le parti politique Ouranio Toxo, parti promouvant la préservation et le développement de la culture macédonienne en Grèce. V. également : Cour EDH, 1ère Section, *Branche de Moscou de l'Armée du Salut c. Russie*, 5 octobre 2006, req. n°72881/01, *Rec. CEDH 2006-XI*.

⁷⁶⁹ Cour EDH, 2ème Section, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquie*, 25 septembre 2012, req. n°20641/05, *Rec. CEDH 2012-III*, §6.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, §55.

⁷⁷¹ *Ibid.*, §59.

⁷⁷² *Ibid.*

associations de défense des identités minoritaires. La formulation d'un « droit à l'identité » relève alors davantage de l'analyse doctrinale que de l'interprétation et de la qualification jurisprudentielles.

247. Au regard des jurisprudences sous les articles 8, 9 et 11 de la Convention, un constat s'impose : les situations potentiellement visées par l'application d'un « droit à l'identité » sont très diverses. Surtout, le contenu de la garantie offerte varie selon la disposition conventionnelle soulevée, faisant par suite varier également le sens donné au « droit à l'identité » soulevé. Sous l'article 8, seule disposition pour laquelle la Cour affirme directement et explicitement un « droit à l'identité », ce droit garantit une protection contre les ingérences de l'État dans la définition des éléments de l'identité des personnes, et la possibilité d'exiger de l'État la reconnaissance en droit d'une identité sociale et culturelle. Sous l'article 9, le « droit à l'identité » paraît garantir une protection de l'identité religieuse des croyants mais ne semble pas permettre d'exiger de l'État la reconnaissance juridique des spécificités de cette identité – tel le port du foulard islamique ou du voile intégral. Sous l'article 11, le « droit à l'identité » semble garantir une protection des associations de défense des identités minoritaires mais ne paraît pas offrir la possibilité d'exiger de l'État des prestations particulières. De la diversité des situations pour lesquelles la Cour use de la formule du « droit à l'identité » ou pour lesquelles la doctrine a pu envisager la protection d'une identité découle la variété des garanties que le « droit à l'identité » peut offrir. Il apparaît que plus qu'un « droit à l'identité », la Cour garantit – parfois et sous conditions – *des* « droits à l'identité ». Ces difficultés se retrouvent également dans la jurisprudence relative à l'article 14 de la Convention.

2. L'insaisissable sens du « droit à l'identité » dans la jurisprudence relative à l'article 14

248. L'objet d'un droit subjectif, notamment s'il est formulé comme un *droit à*⁷⁷³, étant une charge pour autrui, la garantie d'un « droit à l'identité » par l'article 14 engendrerait une charge pour les États ou les individus c'est-à-dire une obligation. Il convient toutefois de déterminer le contenu de cette obligation. Pour ce faire, il est possible de s'appuyer sur les deux manières dont la Cour ou la doctrine ont pu appréhender le « droit à l'identité » dans les jurisprudences relatives aux articles 8, 9 et 11 de la Convention : soit comme une protection, soit comme la

⁷⁷³ Pour Marc PICHARD, le *droit à* est une sous-catégorie parmi les droits subjectifs. M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, op. cit. note 141, p. 245 et s.

possibilité d'exiger une prestation de la part de l'État. Ainsi, le « droit à l'identité » sous l'article 14 peut s'interpréter de deux manières : soit comme la garantie d'un *droit à* ne pas subir un traitement différent en raison d'une identité minoritaire (2.1.) soit comme un *droit à* obtenir un traitement différent permettant de protéger une identité minoritaire (2.2.). À la lecture de la jurisprudence de la Cour, le sens du « droit à l'identité » est cependant difficile à trouver, que l'on se place dans l'une ou l'autre de ces deux interprétations. Le paradigme du « droit à l'identité » ne rend ainsi que malaisément compte de la jurisprudence de la Cour sur l'article 14 de la Convention.

2.1. Un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité ?

249. L'interdiction des discriminations a été conçue comme un *droit à* ne pas subir de discrimination. Ce *droit à* est bien établi tant en doctrine que dans la jurisprudence. Pour Marc PICHARD le *droit à* la non-discrimination est conçu comme un droit négatif, c'est-à-dire une obligation de ne pas faire, découlant d'une application parallèle du droit au respect de la vie privée, de l'intégrité physique et de l'interdiction des discriminations. Toutefois, formulé comme un *droit à*, il ne peut s'agir que d'un pouvoir d'exiger⁷⁷⁴ et donc d'une créance. L'obligation de ne pas faire ne doit pas être comprise comme une absence d'intervention de l'État puisque « les pouvoirs d'exiger ne peuvent recevoir satisfaction que par la mise en place d'un appareil très lourd, destiné à répondre aux exigences des particuliers »⁷⁷⁵. Cédric ROULHAC précise à ce sujet que « alors que les « pouvoirs de faire » pourraient être exercés par leurs titulaires dès leur reconnaissance, étant donc de jouissance immédiate, la réalité même des « pouvoirs d'exiger » serait conditionnée par la mise en œuvre des structures nécessaires à leur mise en œuvre »⁷⁷⁶. Le droit à la non-discrimination est ainsi composé d'une interdiction fondatrice – la clause de non-discrimination – et d'un droit subjectif – le droit à la non-discrimination – que Robin MEDARD INGHILTERRA définit comme « la capacité d'un individu à contester devant les autorités d'application du droit une pratique ou une mesure estimée contraire à l'interdiction de la discrimination »⁷⁷⁷. Il revient alors aux autorités d'application du droit de permettre la mise en œuvre de ce droit subjectif.

⁷⁷⁴ J. RIVERO, *Cours de libertés publiques : rédigé d'après la sténotypie du cours de M. Jean Rivero*, Paris, Les Cours de droit, 1962, pp. 105-106.

⁷⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁷⁶ C. ROULHAC, *L'opposabilité des droits et libertés*, Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 16 novembre 2016, p. 202, nbp 825.

⁷⁷⁷ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 2020, p. 7.

250. Au regard du lien mis en évidence entre les motifs prohibés de discrimination et certaines caractéristiques identitaires⁷⁷⁸, l'interdiction des discriminations garantit parfois un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité. L'identité personnelle ou collective peut en effet être considérée comme étant protégée par un droit subjectif passif (obligation de ne pas faire) en ce qu'il est interdit de différencier deux personnes placées dans une situation analogue en raison de l'identité personnelle ou de l'appartenance identitaire d'une personne. Ainsi dans l'affaire *Burghartz contre Suisse*, premier constat de violation de l'article 14 dans lequel la Cour mentionne directement la notion d'identité, un requérant, homme marié, voulait pouvoir choisir le nom de son épouse, reconnue dans sa carrière professionnelle par son nom de naissance avant leur union. Le gouvernement suisse considérait que le nom commun à la famille ainsi constituée ne pouvait être le nom de naissance de l'épouse. À propos de cette liberté de choix des époux quant au nom de famille, garantie par l'article 8, et de l'interdiction de discriminer sur le fondement du sexe dans l'application de cette liberté, la Cour affirme l'interdiction de différencier les hommes mariés et les femmes mariées en raison de leur identité sexuelle⁷⁷⁹.

251. Malgré ces éléments, est-ce à dire que le droit à la non-discrimination a muté au point de pouvoir être interprété aujourd'hui comme un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité ? Y a-t-il véritablement un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité dans la jurisprudence de la Cour ?

252. L'idée est que certaines revendications identitaires sont présentes dans les requêtes déposées devant la Cour et réceptionnées en tant que rhétorique égalitaire dans les décisions rendues par celle-ci, ce que certains analysent comme une forme de militantisme juridictionnel⁷⁸⁰. En réponse à ces revendications, des *droits à* seraient progressivement

⁷⁷⁸ V. *supra* §§170 et s.

⁷⁷⁹ Cour EDH, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, *op. cit.* note 614, not. §24 : « En tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci » ; §28 « l'adjonction par le mari de son patronyme au nom commun, emprunté à sa femme, ne refléterait pas l'unité de la famille à un degré moindre que la solution inverse » et §29 « la différence de traitement litigieuse manque de justification objective et raisonnable et, partant, méconnaît l'article 14 combiné avec l'article 8 ». Plus récemment, sur la liberté de choix du nom, la Cour a également affirmé qu'est discriminatoire le fait de placer automatiquement le nom du père précédant celui de la mère en cas de désaccord des parents, sans tenir compte de l'existence de circonstances particulières. V. Cour EDH, 3ème Section, *León Madrid c. Espagne*, 26 octobre 2021, req. n°30306/13.

⁷⁸⁰ D. LOCHAK, « Les usages militants du droit », *La Revue des droits de l'homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 21 juin 2016, n° 10, en ligne :

protégés comme, dans la jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention, le droit au développement personnel. Le « droit à l'identité » peut ainsi s'interpréter de la même manière dans la jurisprudence relative à l'article 14 : en raison de revendications identitaires, la Cour aurait réceptionné la rhétorique des requérants au point de progressivement garantir un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité. L'identité aurait ici une fonction « purement instrumentale qui [consisterait] à la réduire à une ressource »⁷⁸¹. Pour Christian LAZZERI, cela signifie que l'on « a affaire ici à des agents qui recourent à des revendications identitaires dans des contextes sociaux où celles-ci représentent seulement une opportunité de satisfaction d'un intérêt prédéterminé indépendamment de tout rapport à l'identité, à la manière dont certains agents ou groupes sociaux pourraient faire valoir des traitements discriminatoires subis à seule fin d'obtenir des compensations pour accroître leurs ressources matérielles »⁷⁸². Si ce n'est pas la seule approche possible de l'identité comme moyen d'identification à un groupe social et de satisfaction du besoin de reconnaissance, ce point de vue éclaire sur la mobilisation des revendications identitaires à un niveau plus économique et rationnel⁷⁸³ lequel vient compléter une vision plus politique de la pénétration de revendications identitaires dans le champ du droit telle que celle défendue par Danièle LOCHAK dans son article relatif aux usages militants du droit⁷⁸⁴. Les revendications formulées comme un moyen de satisfaction du besoin de reconnaissance posent un problème « moderne »⁷⁸⁵ qui est directement lié à la conception de l'identité personnelle. Pour Charles TAYLOR, « le problème à propos de l'identité personnelle originale et qui émane de l'intérieur, c'est qu'elle ne dispose pas de cette reconnaissance *a priori*. [...] La nouveauté, à l'époque moderne, n'est pas le besoin de reconnaissance mais la possibilité qu'il puisse ne pas être satisfait »⁷⁸⁶.

<https://journals.openedition.org/revdh/2178> (consulté le 14 octobre 2021), notamment « Parallèlement à la retranscription des revendications dans le langage des droits de l'homme, le recours au droit et au juge s'est généralisé comme arme dans les combats militants. Surgit toutefois ici la question de l'articulation entre plusieurs logiques qui correspondent à autant de façons de se servir du droit : la logique purement juridique, dont l'archétype est la défense du client par l'avocat qui va évaluer la solidité de son dossier ; la logique humanitaire, où le droit est mis au service d'une victime qui demande assistance ; la *logique politique, enfin, lorsque, au-delà du dossier et de la personne, on vise à faire progresser l'état du droit et de la jurisprudence – et finalement la cause qu'on défend* ». Nous soulignons.

⁷⁸¹ C. LAZZERI, « Identité et appartenance sociale », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 1 décembre 2013, n° 13, pp. 73-102, p. 86. V. également C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, *op. cit.* note 477, p. 51. L'auteur considère que la critique de la culture moderne pose une « compréhension exclusivement personnelle de l'épanouissement de soi » et une « signification purement instrumentale » de l'appartenance à des communautés.

⁷⁸² C. LAZZERI, « Identité et appartenance sociale », *op. cit.* note 115, pp. 73-102

⁷⁸³ Au sens de la rationalité économique. V. par exemple, la conception de la rationalité stricte de Vilfredo PARETO : V. PARETO et al. (dir.), *Manual of Political Economy: A Critical and Variorum Edition*, New York, Oxford University Press, 24 septembre 2020.

⁷⁸⁴ D. LOCHAK, « Les usages militants du droit », *op. cit.* note 779.

⁷⁸⁵ C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, *op. cit.* note 477.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p.56.

253. Le droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité est ainsi au départ conçu comme une rhétorique qui influe sur la reconnaissance d'un droit subjectif par les juridictions. Mobilisée comme un moyen d'aboutir à une égalité entre individus ou groupes d'individus, cette rhétorique est un « masque de l'égalité » pour Marc PICHARD car « il s'agit de rejoindre la normalité en dépit d'une différence assumée »⁷⁸⁷, c'est-à-dire de tendre vers une égalisation des situations malgré la différence identitaire⁷⁸⁸.

254. Les arrêts relatifs à des discriminations à l'encontre des personnes transgenres et/ou homosexuelles illustrent bien ce point. Ainsi, comme indiqué par Marc PICHARD dans sa thèse, l'invocation d'un droit au mariage pour les personnes homosexuelles masque une revendication égalitaire⁷⁸⁹ : « Que signifie l'invocation d'un droit au mariage ? Que toute distinction est susceptible d'être une discrimination ; que la neutralité de l'État, qui ne doit imposer directement ou indirectement aucune valeur, est exigée par l'égalité ». Le *droit à* est ici mobilisé comme argument rhétorique pour contrer une distinction jugée illégitime car contraire au principe d'égalité. Il précise à propos de cette revendication mobilisée comme rhétorique que « pour celui qui invoque le *droit à*, la différence n'est pas anormale, c'est la prendre en considération qui l'est »⁷⁹⁰. C'est bien ce qui est à l'œuvre dans les arrêts relatifs au droit au mariage des personnes transgenres et/ou homosexuelles ou encore à l'exercice des droits parentaux par des personnes homosexuelles. Dans l'arrêt *Salgueiro da Silva Mouta contre Portugal*⁷⁹¹ de 1999, la Cour reconnaît ainsi qu'il est discriminatoire d'octroyer l'autorité parentale à la seule mère sur la base de l'orientation sexuelle du père. La requête portait sur l'exercice d'un droit à l'exercice de ses droits parentaux indépendamment de son identité sexuelle, ce qu'il est possible d'interpréter comme un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité. La revendication égalitaire du père porte en elle l'idée que la prise en compte de sa différence assumée – son homosexualité – n'est pas normale. La Cour approuve cette rhétorique et constate la violation des articles 8 et 14 en l'espèce. De la même manière, dans l'arrêt *J.M. contre Royaume-Uni*⁷⁹², la requérante reprochait aux juridictions britanniques de ne pas avoir pris en compte ses frais de logement dans le calcul de la pension alimentaire

⁷⁸⁷ M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, op. cit. note 141, p. 146.

⁷⁸⁸ Charles TAYLOR parle à ce propos de « politique de reconnaissance égalitaire ». V. C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, op. cit. note 477, p. 58.

⁷⁸⁹ M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, op. cit. note 141 pp. 147-151.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 146.

⁷⁹¹ Cour EDH, 4ème Section, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, op. cit. note 510.

⁷⁹² Cour EDH, 4ème Section, *J.M. c. Royaume-Uni*, 28 septembre 2010, req. n°37060/06.

qu'elle versait à son ex-mari, père de ses deux enfants, en raison de son homosexualité et du fait qu'elle vivait depuis avec une femme. La Cour constate en l'espèce une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. La revendication égalitaire de la requérante – être traitée comme une personne divorcée n'ayant pas la garde de ses enfants et vivant avec une personne du sexe opposé – suppose un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité assumée. La rhétorique employée repose sur l'idée que la prise en compte de sa différence, de son identité, est contraire au principe d'égalité et n'est donc pas normale. La Cour fait droit à cette argumentation et reconnaît bien que la requérante avait le droit de bénéficier du même traitement qu'une autre personne divorcée n'ayant pas la garde de ses enfants et vivant en couple, indépendamment de son orientation sexuelle. En somme, elle bénéficiait d'un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité.

255. Toutefois cette rhétorique égalitaire, cette revendication d'un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité, échoue parfois. C'est le cas dans les arrêts relatifs au mariage entre personnes de même sexe. Si dans l'arrêt *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, la Cour constate bien une violation de l'article 8 et de l'article 12 de la Convention dans le fait que la non-reconnaissance en droit de la nouvelle identité de genre des personnes transgenres entraîne une succession d'ingérences dans la vie privée de la requérante et notamment l'impossibilité de faire reconnaître son mariage avec une personne du sexe opposé au genre auquel elle s'identifie, elle refuse cependant dans d'autres décisions de reconnaître un droit au mariage entre personnes de même sexe. Ainsi dans l'arrêt *Schalk et Kopf contre Autriche*, la Cour était saisie de la plainte de deux requérants hommes qui contestaient le refus qui avait été opposé à leur demande de mariage, le mariage entre personnes de même sexe n'étant pas prévu dans le Code civil autrichien. Ils alléguaient une violation de l'article 12 de la Convention relatif au droit au mariage et une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention, considérant avoir subi une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle. Si cet arrêt est connu pour l'interprétation qu'a donnée, pour la première fois, la Cour de la notion de « vie familiale » et pour son application à la relation entretenue par deux personnes de même sexe⁷⁹³, la Cour ne fait cependant pas droit à leur requête. Elle rejette

⁷⁹³ Cour EDH, 1ère Section, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, *op. cit.* note 526, not. §90 et suivants. S'appuyant à la fois sur l'évolution récente des législations dans certains États parties à la Convention et en droit de l'Union européenne, la Cour estime qu'il existe une « tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de « famille » » (§93), ce qui constitue pour les juges ROZAKIS, SPIELMANN et JEBENS « un pas majeur » dans la jurisprudence de la Cour. V. Opinion dissidente commune aux juges ROZAKIS, SPIELMAN et

l'allégation de violation de l'article 12, considérant qu'il n'existe pas un consensus européen en matière de droit au mariage des personnes homosexuelles, quand bien même, « pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes »⁷⁹⁴. Elle rejette également l'allégation de violation des articles 8 et 14 et considère notamment que « eu égard à sa conclusion [précédente], à savoir que l'article 12 n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne sauraient être compris comme imposant une telle obligation »⁷⁹⁵. Pour Jean-Pierre MARGUENAUD, la Cour « [enterre le] mariage homosexuel » par son argumentation⁷⁹⁶. La rhétorique égalitaire du couple est ici contrée par la Cour : malgré leur identité différente mais assumée, ils ne peuvent accéder à une égalité de traitement avec les couples hétérosexuels, la Cour faisant jouer la marge nationale d'appréciation des États parties à la Convention et l'absence de consensus européen en matière d'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Elle ne considère pas qu'il existe dans cette situation un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité : la différence de traitement, la différence de statuts juridiques entre le partenariat civil enregistré et le mariage, ne constituent pas aux yeux de la Cour une discrimination. Elle confirmera cette décision dans l'arrêt de Grande Chambre *Hämäläinen contre Finlande* en 2014 considérant qu'une personne transgenre née homme mais s'identifiant comme femme ne pouvait contester l'obligation qui lui était faite de mettre fin à son mariage avec une femme pour pouvoir bénéficier de la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité de genre⁷⁹⁷, et à nouveau dans l'arrêt *Chapin et Charpentier contre France* à propos du « mariage de Bègles »⁷⁹⁸.

256. On constate ainsi que si le principe de non-discrimination peut s'interpréter comme garantissant, dans certains cas, un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de

JEBENS sous l'arrêt *Ibid.*, §2. V. également : J.-P. MARGUENAUD, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle (CEDH, 24 juin 2010, n° 30141, *Schalk, Kopf c/ Autriche* ...) », *RTD Civ.*, 2010, n° 04, pp. 738-740.

⁷⁹⁴ Cour EDH, 1ère Section, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, *op. cit.* note 526, §55.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, §101.

⁷⁹⁶ J.-P. MARGUENAUD, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *op. cit.* note 792, pp. 738-740.

⁷⁹⁷ Cour EDH (GC), *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, req. n° 37359/09, *Rec. CEDH 2014-IV*. V. également J.-P. MARGUENAUD, « La négation du droit du transsexuel à rester marié sous sa nouvelle identité (CEDH, gr. ch., 16 juill. 2014, req. n° 37359/09, *Hämäläinen c/ Finlande* ...) », *RTD Civ.*, 2014, n° 04, pp. 831-834.

⁷⁹⁸ Cour EDH, 5ème Section, *Chapin et Charpentier c. France*, 9 juin 2016, req. n°40183/07 ; V. également : J.-P. MARGUENAUD, « L'épilogue européen du « mariage de Bègles » : l'article 12 de la CEDH ne confère toujours pas le droit de se marier aux couples de personnes de même sexe (CEDH, 5e sect., 9 juin 2016, n° 40183/07, *Chapin et Charpentier c/ France* ...) », *RTD Civ.*, 2016, n° 04, pp. 797-798.

son identité, il est nécessaire toutefois de relativiser l'existence de ce droit⁷⁹⁹. Notamment, on peut s'interroger sur l'utilité de l'affirmation d'un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité. En effet, le droit à ne pas subir de discrimination garanti par l'article 14 protège déjà contre les discriminations fondées sur l'identité des personnes⁸⁰⁰. Par ailleurs, cette interprétation du droit à la non-discrimination comme garantissant un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité semble relever d'une rhétorique égalitaire et non identitaire : les requérants revendiquent le droit d'être traité de la même manière que d'autres personnes sans que le droit reconnaisse et prenne en considération leur identité assumée. Enfin, étant conçu davantage comme une rhétorique que comme un réel droit subjectif, le droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité échoue parfois.

2.2. Un droit à des traitements favorables en raison de son identité ?

257. Autre interprétation possible du « droit à l'identité », le droit à obtenir des traitements favorables en raison de son identité renvoie à la mise en œuvre de mesures préférentielles à destination des membres des minorités afin de corriger des inégalités passées. Qualifié par certains auteurs d'« injustice[s] »⁸⁰¹, d'une mise en œuvre du « politiquement correct en juridiquement correct »⁸⁰², ou encore d'une idée « extrêmement controversée »⁸⁰³, le droit de la non-discrimination admet pourtant la validité des discriminations par absence de différenciation ou encore l'usage du mécanisme des discriminations dites « positives ».

258. L'interdiction des discriminations par absence de différenciation a été introduite en droit conventionnel de la non-discrimination par la jurisprudence *Thlimmenos contre Grèce*⁸⁰⁴ qui suppose qu'est aussi interdit par l'article 14 de la Convention le fait de ne pas traiter différemment des personnes placées pourtant dans des situations sensiblement différentes⁸⁰⁵. De cette interdiction des discriminations par absence de différenciation, certains auteurs ont déduit l'autorisation en droit conventionnel de procéder à des discriminations dites

⁷⁹⁹ V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

⁸⁰⁰ V. *supra* Partie 1, Titre 1.

⁸⁰¹ A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, 1998, n° 3, pp. 519-525.

⁸⁰² A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *op. cit.* note 87, pp. 166-177, p. 167.

⁸⁰³ B. RENAULD, « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité », *op. cit.* note 253, p. 430.

⁸⁰⁴ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77.

⁸⁰⁵ V. *supra* §§58 et s.

« positives »⁸⁰⁶ puisqu'à partir de la jurisprudence *Thlimmenos contre Grèce* la Cour n'interdit pas aux États de traiter différemment des catégories ou des groupes de personnes pour corriger des inégalités factuelles. Sans revenir sur les difficultés et hésitations à utiliser une telle terminologie en droit conventionnel⁸⁰⁷, la critique de l'usage des discriminations dites « positives » dans ce champ prend un aspect particulier lorsqu'il s'agit de la lire sous l'angle de l'identité. En effet, l'interdiction des discriminations par absence de différenciation est soupçonnée, selon une logique identitaire du droit de la non-discrimination, de permettre la consécration d'un droit spécifique de protection des identités minoritaires. Pour Anne-Marie LE POURHIET par exemple, « qualifier une discrimination de positive est [...] un abus de langage, un faux conceptuel, destiné à masquer, à mettre un cache sur la face (négative) que l'on veut occulter. [...] [Au] lieu de dire que l'on crée une discrimination à l'encontre des hommes, on affirmera pratiquer une discrimination "positive" à l'égard des femmes ». Le subterfuge est quand même un peu gros pour convaincre les moins naïfs »⁸⁰⁸. Elle précise même que « il y a [...] sur le sujet des discriminations, une forte base idéologique, cousine du marxisme, consistant à analyser systématiquement les rapports humains ou sociaux en dialectique dominants/dominés ou bourreaux/victimes »⁸⁰⁹. Elle met ainsi en cause le fait que la discrimination dite « positive » occulte la discrimination subie par le groupe majoritaire qui n'en bénéficie pas et qu'elle est systématiquement employée et analysée selon une dialectique de groupes. Si elle ne traite pas directement de l'identité des personnes, la notion de groupe peut toutefois s'analyser, ainsi que le fait Yaël ATTAL-GALY, comme recoupant celle de minorité⁸¹⁰. Pour Mathieu MAISONNEUVE, ce sont surtout les discriminations positives à caractère compensatoire qui font l'objet des critiques les plus véhémentes. Fondées sur l'appartenance ethnique ou raciale de leurs destinataires, elles sont critiquées par « les partisans de la cause universaliste [qui] dénoncent pêle-mêle en termes apocalyptiques les risques d'une société fragmentée que ne manquerait pas d'engendrer un multiculturalisme excessif, le renforcement des stéréotypes et des préjugés qu'entraîneraient ces politiques qui, selon eux, minorent la prise en compte des vertus et talent, la naissance de discrimination à rebours... »⁸¹¹.

⁸⁰⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit. note 82, p. 433 ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit. note 171, pp. 136-137.

⁸⁰⁷ V. supra §§62 et s.

⁸⁰⁸ A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice ? », op. cit. note 800, pp. 519-525

⁸⁰⁹ A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », op. cit. note 87, pp. 166-177, p. 168.

⁸¹⁰ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, op. cit. note 437, p. 10.

⁸¹¹ M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, 2002, p. 561.

259. À lire ces critiques, à partir de la jurisprudence *Thlimmenos*, la prise en compte d'identités différentes et minoritaires servirait de fondement à la mise en évidence d'une différence de situation de nature à justifier un traitement préférentiel bénéficiant aux personnes appartenant à cette ou ces identités minoritaires. La discrimination positive serait alors intrinsèquement liée à une question de droit des minorités pour les auteurs critiques : en favorisant le groupe minoritaire, la discrimination positive exclut de son bénéfice le groupe majoritaire. Pis, elle a pour conséquence l'octroi d'un statut juridique à ce groupe minoritaire⁸¹². L'admission par la Cour européenne des droits de l'homme de la validité des mécanismes de discrimination positive à partir de la jurisprudence *Thlimmenos*, aboutit à conclure que certaines différences de traitement sont bel et bien nécessaires « pour corriger des "inégalités factuelles" » entre groupes de personnes⁸¹³. Il n'y a alors qu'un pas pour considérer que la jurisprudence *Thlimmenos* peut servir de fondement à l'acquisition d'un *droit* à bénéficier de traitements différenciés ou d'une protection particulière en raison de l'identité minoritaire revendiquée, par des moyens divers (traitements préférentiels, aménagements raisonnables, etc.). Autrement dit, l'identité personnelle ou collective des individus serait progressivement protégée par la garantie d'un droit subjectif actif c'est-à-dire un droit subjectif imposant une obligation de mettre en œuvre des mesures corrigeant les inégalités subies par les membres de la minorité. Les personnes revendiquant une identité peuvent alors, sur le fondement de ce droit subjectif, exiger un traitement particulier favorable en raison de leur identité particulière.

260. Ainsi dans les affaires déjà analysées⁸¹⁴ relatives à la mise en œuvre d'un système de ségrégation scolaire des enfants roms dans certains pays européens, la Cour a pu imposer aux États des obligations de protection de la minorité rom. Prenant appui sur le principe posé dans l'arrêt *Chapman contre Royaume-Uni* dans lequel elle affirmait déjà l'existence d'un consensus « au sein des États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie »⁸¹⁵, la Cour estimait dans l'affaire *Oršuš et autres contre Croatie* que « l'État avait en outre l'obligation de prendre des mesures positives de nature à aider les requérants à acquérir les compétences linguistiques nécessaires dans le délai le plus court possible, notamment par le

⁸¹² *Ibid.* : « créer une différenciation juridique de traitement au profit de catégories de personnes définies par leur origine, leur race ou leur religion, reviendrait à admettre implicitement que de tels groupes minoritaires existent sur le territoire français. Cela reviendrait à octroyer à ces personnes un statut juridique différent des autres membres de la société en raison de leur seule appartenance à un groupe racial, ethnique ou religieux ».

⁸¹³ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §51.

⁸¹⁴ V. *supra* §§82-83.

⁸¹⁵ Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276, §93. Nous soulignons.

biais de cours de langue spéciaux, afin qu'ils pussent être rapidement intégrés dans des classes mixtes »⁸¹⁶. De même dans l'affaire *Sampanis et autres contre Grèce*, la Cour estimait que « l'article 14 exige dans certaines circonstances un traitement différencié pour corriger une inégalité, [et par suite] les autorités compétentes auraient dû reconnaître la particularité du cas d'espèce et faciliter l'inscription des enfants d'origine rom, même dans les cas où certains des documents administratifs requis auraient fait défaut »⁸¹⁷, parlant plus loin d'une « obligation pesant sur les autorités scolaires » grecques⁸¹⁸.

261. L'affirmation d'une obligation de protection des membres d'une minorité est également observable dans les arrêts relatifs aux violences physiques subies par des personnes roms. En effet, de la lecture combinée des articles 2 et 14 ou 3 et 14 de la Convention, la Cour fait naître une obligation à la charge des États de conduire une enquête effective, obligation qui est considérée comme non remplie lorsque les autorités en charge de l'enquête ne cherchent pas à savoir si les actes de violence ou les homicides étaient motivés par le racisme. Dans l'arrêt de Grande Chambre *Natchova et autres contre Bulgarie*, la Cour affirme que les autorités nationales « doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme et la violence raciste »⁸¹⁹. Elle précise par ailleurs que « le devoir qu'ont les autorités de rechercher s'il existe un lien entre des attitudes racistes et un acte de violence constitue un aspect des obligations procédurales découlant pour elles de l'article 2 de la Convention, mais ce devoir peut également passer pour faire implicitement partie de la responsabilité qui incombe aux autorités, en vertu de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2, d'assurer sans discrimination la jouissance du droit à la vie »⁸²⁰. En l'espèce d'ailleurs, la Grande Chambre estimera que « les autorités ont manqué à l'obligation qui leur incombait en vertu de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 de prendre toutes les mesures possibles pour rechercher si un comportement discriminatoire avait pu ou non jouer un rôle dans les événements ⁸²¹», à savoir le décès de deux hommes d'origine rom dans une intervention militaire chargée de les appréhender. Le principe d'une obligation procédurale à la charge des

⁸¹⁶ Cour EDH (GC), *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 266, §165. Nous soulignons.

⁸¹⁷ Cour EDH, 1ère Section, *Sampanis et autres c. Grèce*, 5 juin 2008, *op. cit.* note 314, §86. Nous soulignons.

⁸¹⁸ *Ibid.*, §87. Nous soulignons.

⁸¹⁹ Cour EDH (GC), *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, *op. cit.* note 138, §145. Nous soulignons.

⁸²⁰ *Ibid.*, §161. Nous soulignons.

⁸²¹ *Ibid.*, §168. Nous soulignons.

États de rechercher si un acte de violence a été motivé par des comportements racistes sera repris par la suite dans d'autres affaires⁸²².

262. L'affirmation de telles obligations à la charge des États membres afin de protéger « la sécurité, l'identité et le mode de vie »⁸²³ d'une minorité ethnique semble aller dans le sens de l'existence d'un « droit à l'identité » dans la jurisprudence de l'article 14 compris comme un droit subjectif à bénéficier de traitements favorables en raison de l'appartenance à une minorité ou de la revendication d'une identité particulière. Toutefois, en tant que tel, ce *droit à* n'est qu'un « masque de l'égalité »⁸²⁴ réelle : en raison d'une différence culturelle, sociale, religieuse, ethnique, etc., les requérants revendiquent l'obtention de traitements particuliers, eux-mêmes destinés à compenser des inégalités de fait ou des stéréotypes bien ancrés dans les sociétés européennes. Il s'agit donc davantage d'une rhétorique que d'un véritable droit subjectif consacré : le droit à des traitements favorables en raison de son identité est d'abord conçu comme une revendication, une rhétorique identitaire.

263. **Conclusion de la section.** Le « droit à l'identité », qu'il soit interprété comme un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité ou comme un droit à des traitements favorables en raison de son identité, apparaît donc comme une formule dénuée de sens : formulées comme un droit subjectif ou comme un *droit à*, ces droits ne semblent pas – en tant que tels – consacrés par la Cour. Le « droit à l'identité » apparaît ainsi à maints égards comme une notion floue qui repose juridiquement sur des confusions entre les stratégies contentieuses des requérants et les droits subjectifs consacrés par la jurisprudence conventionnelle, ou encore entre les garanties offertes par la Cour dans sa jurisprudence de l'article 8 (droit à l'épanouissement personnel et à l'identité) et le contenu de la garantie offerte par l'article 14. De fait le « droit à l'identité » relève davantage du fantasme que d'un vrai droit consacré par la Cour dans sa jurisprudence de l'article 14.

* * *

⁸²² V. par exemple : Cour EDH, 4ème Section, *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, 13 décembre 2005, *op. cit.* note 749, §66 et §69 ; Cour EDH, 1ère Section, *Šečić c. Croatie*, 31 mai 2007, *op. cit.* note 151, §66 et §69 ; Cour EDH, 3ème Section, *Cobzaru c. Roumanie*, 26 juillet 2007, *op. cit.* note 749, §89-90 ; Cour EDH, 5ème Section, *Anguelova et Iliev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, *op. cit.* note 151, §115-116 ; Cour EDH, 1ère Section, *Petropoulou-Tsakiris c. Grèce*, 6 décembre 2007, *op. cit.* note 151, §64-65 ; Cour EDH, 3ème Section, *Stoica c. Roumanie*, 4 mars 2008, *op. cit.* note 151, §119-124 ; Cour EDH, 5ème Section, *Fedorchenko et Lozenko c. Ukraine*, 20 septembre 2012, *op. cit.* note 749, §65 ; Cour EDH, 4ème Section, *Yotova c. Bulgarie*, 23 octobre 2012, *op. cit.* note 749, §104 ; Cour EDH, 3ème Section, *Ciorcan et autres c. Roumanie*, 27 janvier 2015, req. n°29414/09 et 44841/09, §162-167 ; etc.

⁸²³ Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276, §93.

⁸²⁴ M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, *op. cit.* note 141, p. 146.

264. **Conclusion du chapitre.** L'affirmation selon laquelle le droit conventionnel, et notamment le droit de la non-discrimination, en viendrait progressivement à garantir un « droit à l'identité » repose sur un malentendu. La réponse à la question « qu'est-ce que le « droit à l'identité ? » » est difficile à trouver. S'agit-il du droit des individus de se définir eux-mêmes ? Ou bien du droit de ne pas subir de discrimination au regard de leur identité ? Ou encore du droit de revendiquer – au regard de leur identité – l'octroi de certains bénéfices ? L'analyse de la jurisprudence donne une réponse ambiguë à ces questions. Le « droit à l'identité » apparaît comme un objet juridiquement insaisissable tant son sens varie selon les cas d'espèce et les clauses de la Convention soulevées. Il l'est d'autant plus que, formulé comme un *droit à*, catégorie particulière de droits subjectifs, il n'en remplit pas toutes les caractéristiques. Enfin, il ne semble pas pertinent de déduire de l'existence de revendications relatives à l'identité personnelle ou aux identités communautaires la garantie d'un « droit à l'identité ». Même dans l'hypothèse d'un usage militant ou stratégique du droit, « les droits subjectifs n'existent pas par eux-mêmes, ils ne sont pas de génération spontanée, issus du néant, ce ne sont pas des droits "naturels" ; les droits subjectifs n'existent que dans les limites qui sont tracées par les différentes règles de droit et sous les conditions posées par ces règles »⁸²⁵. On ne pourrait parler de consécration juridique d'un tel droit que pour autant qu'il fasse l'objet d'une affirmation par une institution disposant du pouvoir de créer du droit – législateur ou même juge. La seule revendication par des requérants ne crée pas juridiquement un droit subjectif.

265. Il apparaît ainsi que le « droit à l'identité » est illusoire. Cette notion assez centrale à un certain discours doctrinal critique du droit de la Cour ne se retrouve pas, ou guère, dans le droit positif conventionnel. Le « droit à l'identité » est une illustration parmi d'autres de ce qu'un certain pan de la doctrine semble particulièrement véhément contre le droit de la non-discrimination, voire contre le droit des droits de l'homme. Le « droit à l'identité » apparaît comme un construit doctrinal plus proche du fantasme que de la réalité pratique.

⁸²⁵ B. STARCK, *Droit civil : introduction*, Paris, Librairies techniques, n° 144, 1972.

Chapitre 2. Un « droit à l'identité » fantasmé

266. L'affirmation d'un « droit à l'identité », notion vague difficilement définissable comme étant un véritable *droit à*, qui serait protégé par la Convention européenne des droits de l'homme et notamment par la jurisprudence de l'article 14, paraît donc largement illusoire à la lecture de la jurisprudence. Il faut donc la rabattre sur son statut doctrinal. On sait l'importance qui lui prêtent des auteurs tels qu'Anne-Marie LE POURHIET, Bernard EDELMAN, Bertrand MATHIEU en France, ainsi que des associations dites conservatrices comme l'ECLJ présidée par Grégor PUPPINCK. Elle rejoint, plus largement, l'idée présente dans le débat public d'un tournant identitaire de la politique et des luttes sociales.

267. Ces différentes critiques doctrinales reposent sur certains points communs : le droit à la non-discrimination, notamment celui développé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, fait l'objet de critiques véhémentes en ce qu'il glisserait vers la protection croissante des différences, des minorités ou de l'identité personnelle ; ces auteurs voient dans l'application contemporaine du droit des droits de l'homme le signe d'une post-modernité décadente – ce qui n'est pas sans les rapprocher de la philosophie critique de la post-modernité de Marcel GAUCHET⁸²⁶ – et s'appuient pour développer cette critique sur quelques affaires phares de la Cour ; des références plus ou moins explicites à des valeurs dont le droit des droits de l'homme s'éloignerait. Nous parlerons donc ici d'une critique doctrinale au singulier, considérant que les différents arguments de ces auteurs les rapprochent les uns des autres.

268. Il convient ainsi de recontextualiser cette critique doctrinale, en étudiant ce que disent ces auteurs sur le droit des droits de l'homme⁸²⁷, sur la Cour européenne des droits de l'homme et sur le droit de la non-discrimination (Section 1). En effet, leur positionnement général sur ces différents objets éclaire la manière dont s'est construite l'idée d'une affirmation d'un « droit à l'identité » dont nous avons démontré qu'il était introuvable, voire difficilement définissable,

⁸²⁶ V. notamment : M. GAUCHET, F. AZOUVI, S. PIRON, *La condition historique*, *op. cit.* note 668 ; M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *op. cit.* note 673, pp. 258-288 ; M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, *op. cit.* note 677 ; M. GAUCHET, « Trois figures de l'individu », *op. cit.* note 160, pp. 72-78. Pour une synthèse, V. *supra* §§208 et s..

⁸²⁷ Nous rejoignons ici la démarche entreprise par Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ d'explicitation des prémisses du raisonnement de certains des auteurs que nous étudions : S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 238-243.

dans la jurisprudence de la Cour sur l'article 14. Par ailleurs, en s'intéressant plus particulièrement à la manière dont cette critique est formulée, on constate qu'elle est doublement restreinte, à la fois dans son objet et dans son champ (Section 2). L'ensemble des ces éléments permet de considérer que le spectre du « droit à l'identité » relève davantage du fantasme que de la réalité juridique.

Section 1. Une critique doctrinale à recontextualiser

269. La Cour est critiquée par un certain pan de la doctrine car elle consacrerait peu à peu un droit à la différence, voire un « droit à l'identité », et par suite s'éloignerait de la conception plus traditionnelle ou républicaine des droits de l'homme. Cette critique repose sur certains présupposés épistémologiques qu'il convient de rappeler car ils éclairent la manière dont cette critique doctrinale s'est construite. Ainsi, on ne peut comprendre ces arguments doctrinaux sans étudier le positionnement épistémologique ou philosophique de leurs auteurs.

270. Les points de vue des auteurs étudiés, s'ils se retrouvent sur le point de critiquer le droit de la non-discrimination comme consacrant un droit à la différence excessif, voire un « droit à l'identité », partagent deux autres points communs : une critique de la post-modernité à laquelle nous pouvons rattacher les écrits de Bertrand MATHIEU, de Bernard EDELMAN et d'Anne-Marie LE POURHIET, notamment au regard de ses références aux écrits de Marcel GAUCHET⁸²⁸ (1) ; une forme de référence au jusnaturalisme soit explicite comme dans les écrits du directeur général de l'association ECLJ Grégor PUPPINCK, soit plus implicite comme dans les écrits académiques de Bernard EDELMAN et d'Anne-Marie LE POURHIET (2). Dans les deux cas, le droit de la non-discrimination en ce qu'il offre la possibilité de protéger des différences personnelles, si ce n'est identitaires, apparaît soit comme le produit d'un individualisme exacerbé, soit comme la remise en cause d'un ordre moral.

⁸²⁸ Par exemple : A.-M. LE POURHIET, « L'hégémonie des droits fondamentaux ou l'inversion des fins ? », *Politéia*, 2016, n° 30, pp. 317-322, p. 320 : « en tout état de cause, nous assistons aussi à une perversion de la notion même de droits de l'homme telle qu'elle était conçue dans les textes originels et qui fait dire à Marcel GAUCHET qu'un « *nouvel homme des droits de l'homme est né, qui n'a plus que le nom en commun avec son ancêtre de 1789* » L'on sait que l'individualisme libéral de 1789 ne voulait rien voir entre le citoyen libre et la Nation souveraine et ignorait les sous-groupes et les communautés susceptibles de fausser l'expression de la volonté générale. Cet individualisme philosophique de type universaliste n'a rien à voir avec le caractère infantile de l'individualisme post-moderne [...] ».

1. Une posture critique de la conception moderne et postmoderne du droit des droits de l'homme

271. Les auteurs étudiés semblent partager un point de vue critique à l'égard de l'évolution contemporaine des droits de l'homme en ce qu'ils critiquent plus ou moins explicitement la postmodernité. On peut toutefois s'interroger : ces auteurs critiquent-ils les droits de l'homme depuis leurs origines dans la pensée moderne, ou bien la traduction de ces mêmes droits à l'ère postmoderne ? Afin de comprendre cette posture critique, il paraît nécessaire de revenir sur les notions même de modernité et de postmodernité, ainsi que sur les critiques antimodernes et de la postmodernité à l'égard du droit des droits de l'homme. Il s'agira ensuite d'étudier, à l'aune de ces éléments, la critique développée par Anne-Marie LE POURHIET, Bertrand MATHIEU, ou encore Bernard EDELMAN.

272. La notion de modernité a fait l'objet d'analyses dans des champs très divers tels que la sociologie⁸²⁹, la psychologie sociale⁸³⁰, les sciences politiques⁸³¹, ou de la philosophie politique⁸³². Selon l'*Encyclopedia Universalis*, il ne s'agit pourtant pas d'un concept sociologique, ni d'un concept historique, mais d'un « mode de civilisation caractéristique, qui s'oppose au mode de la tradition, c'est-à-dire à toutes les autres cultures antérieures ou traditionnelles »⁸³³. Si la notion est souvent liée à la Renaissance (XV^{ème} siècle)⁸³⁴, « la modernité est historiquement indissociable de ce qu'on a appelé au XVIII^{ème} siècle l'esprit des Lumières et de l'aspiration, à la même époque (dans différents pays d'Occident), de quelque chose qui ressemblerait à une Europe unie par une culture au sein de laquelle le cosmopolitisme l'emporterait sur le nationalisme étroit, l'universalisme sur le différentialisme radical, le

⁸²⁹ V. par exemple : M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme, suivi de Les sectes protestantes et l'esprit du capitalisme*, Paris, Pocket, Agora n° 6, 2008 ; G. BALANDIER, *Le Désordre. Eloge du mouvement*, Paris, Fayard, 1988 ; O. BOBINEAU, « La troisième modernité, ou « l'individualisme confinitaire » », *SociologieS*, Association internationales des sociologues de langue française (AISLF), 6 juillet 2011, en ligne : <https://journals.openedition.org/sociologies/3536> (consulté le 10 novembre 2022).

⁸³⁰ V. par exemple : C. TAPIA, « Modernité, postmodernité, hypermodernité », *Connexions*, Érès, 2012, vol. 97, n° 1, pp. 15-25.

⁸³¹ V. par exemple : H. ROSA, *Accélération : une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2010, trad. D. RENAULT.

⁸³² V. par exemple : J. HABERMAS, C. BOUCHINDHOMME, R. ROCHLITZ, *Le discours philosophique de la modernité : douze conférences*, Paris, Gallimard, 1988 ; M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie. IV : Le Nouveau monde*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 2017 ; S. HABER, « L'idéologie de la modernité. À propos de : Marcel Gauchet, L'Avènement de la démocratie, IV : Le Nouveau monde, Gallimard », *La Vie des Idées [en ligne]*, 28 février 2018, pp. 1-7 ; C. TAYLOR, *La liberté des modernes*, Paris, PUF, 1999 ; C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, op. cit. note 477.

⁸³³ J. BAUDRILLARD, A. BRUNN, J. LAGEIRA, « Modernité », *Encyclopedia Universalis*, 1985.

⁸³⁴ S. MESURE, P. SAVIDAN, *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, Quadrige Dicos poche, 2006, p. 563.

rationalisme sur les présupposés biosociaux et les bricolages à texture conservatrice »⁸³⁵. Les droits de l'homme modernes sont donc marqués par l'esprit des Lumières et ont pu s'incarner dans les déclarations de droits du XVIIIème siècle, en particulier dans la Déclaration d'indépendance de 1776 aux États-Unis et la Déclaration de 1789 en France. Quant à la notion de postmodernité, s'inscrivant dans le prolongement de la philosophie de la déconstruction de Jacques DERRIDA⁸³⁶, et popularisée par le philosophe Jean-François LYOTARD⁸³⁷, elle désigne un état de la société faisant suite au désenchantement du monde⁸³⁸. Pour Jean-François LYOTARD, le terme « postmoderne »⁸³⁹ « désigne l'état de la culture après les transformations qui ont affecté les règles des jeux de la science, de la littérature et des arts à partir de la fin du XIX^e siècle »⁸⁴⁰. La société postmoderne se caractérise généralement par une fragmentation de la société⁸⁴¹ et de l'individu, par un culte du présent et par la recherche du bien-être et de l'épanouissement du soi⁸⁴². Les droits de l'homme postmodernes seraient donc des droits individuels, garantis par les juridictions contemporaines telles la Cour EDH, et tournés vers la satisfaction du bien-être individuel. Relevons toutefois, avec Georges BALANDIER⁸⁴³, que le passage de la modernité à la postmodernité n'est pas linéaire ni chronologique⁸⁴⁴.

⁸³⁵ C. TAPIA, « Modernité, postmodernité, hypermodernité », *op. cit.* note 829, pp. 15-25.

⁸³⁶ Pour une explication succincte de ce qu'entendait l'auteur par la notion de déconstruction, V. J. DERRIDA, « Qu'est-ce que la déconstruction ? », *Commentaire*, Commentaire SA, 2004, vol. Numéro 108, n° 4, pp. 1099-1100. Pour Jacques DERRIDA, la déconstruction n'est ni une discipline philosophique, ni une méthode, ni un ensemble de thèses, ni une technique. Il explique qu'il s'agit d' « une pensée de l'origine et des limites de la question « qu'est-ce que ?... », la question qui domine toute l'histoire de la philosophie ».

⁸³⁷ J.-F. LYOTARD, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Éditions de Minuit, Collection Critique, 1979.

⁸³⁸ M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, *op. cit.* note 828, p. 117. V. également, M. WEBER, « La profession et la vocation de savant », *Le savant et le politique*, Paris, La Découverte, Poche n° 158, une nouvelle traduction, 2003, trad. C. COLLIOT-THELENE, pp. 61-110, not. pp. 83-84. Cela désigne chez Max WEBER le recul des croyances religieuses au bénéfice du progrès de la science.

⁸³⁹ Il convient toutefois de relever que l'usage de ce terme dépasse largement la philosophie de Jean-François LYOTARD. V. M.A. ROSE, *The Post-Modern and the Post-Industrial : A Critical Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 171 et s. L'auteur dénombre 38 usages originaux des termes « postmoderne », « postmodernité » et « postmodernisme ».

⁸⁴⁰ J.-F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, *op. cit.* note 836, p. 7.

⁸⁴¹ C. TAYLOR, *Grandeur et misère de la modernité*, Éditions Fides, L'essentiel, 1992, trad. C. MELANÇON, pp. 136 et s.

⁸⁴² B. COVA, « V. Derrida, Deleuze et Lyotard : French Theory, Postmodernisme et autres », *Regards croisés sur la consommation*, Caen, EMS Éditions, Versus, 2015, pp. 125-139, en ligne : <https://www.cairn.info/regards-croises-sur-la-consommation-tome-2--9782847698381-p-125.htm> (consulté le 4 décembre 2022), DOI:10.3917/ems.remye.2015.01.0125, p. 131 : « [l']apparition du postmodernisme ne marque pas simplement l'émergence d'un nouveau paradigme dans les sciences, mais, beaucoup plus radicalement, le développement d'une nouvelle vision du monde résultant de la confluence de différents courants (constructivisme, interactionnisme, phénoménologie...) en une large re-conceptualisation de la façon dont l'individu éprouve et comprend le monde qui l'entoure ».

⁸⁴³ G. BALANDIER, *Le Désordre*, *op. cit.* note 828. Pour l'auteur, loin d'être linéaire, la modernité comme la postmodernité relève du désordre, de l'aléatoire, voire du chaos.

⁸⁴⁴ Ce point de vue est partagé par d'autres auteurs. V. par exemple : C. TAPIA, « Modernité, postmodernité, hypermodernité », *op. cit.* note 829, pp. 15-25.

273. La modernité, associée à la période des Lumières, a fait l'objet de critiques diverses. Au sein d'une littérature foisonnante, il est possible, avec les écrits de Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ, de rappeler certaines lignes fortes relatives aux critiques et négations du concept de droits fondamentaux. L'auteur y distingue la « négation anti-moderne » des contre-révolutionnaires Joseph DE MAISTRE et Louis DE BONALD, et la critique des droits de l'homme dite du « réalisme classique » de Michel VILLEY ou encore d'Alasdair MACINTYRE. Il regroupe ces différentes positions en estimant que le terme « anti-moderne » « englobe un catalogue plus large des positions liées au même rejet du monde apparu à partir de la transition vers la période moderne, et non seulement depuis les Lumières. Si les droits de l'homme sont un concept historique propre au monde moderne, le rejet des bases sur lesquelles se fonde la modernité, produit un rejet des doctrines relatives à ces droits. C'est un bon point de départ pour intégrer et regrouper ces positions diverses »⁸⁴⁵. Ainsi, ce qui rassemble ces auteurs est une critique, voire une négation, selon Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ, du concept de droits de l'homme. Chez Joseph DE MAISTRE, les droits de l'homme, naturels dans la Déclaration de 1789, n'existent pas car ils ne sont que des concessions du souverain. Il nie également l'existence des sujets abstraits destinataires de ces droits, incarnés dans le concept d'homme : « il n'y a point d'homme dans le monde. J'ai vu dans ma vie, des Français, des Italiens, des Russes, etc. ; je sais même, grâce à Montesquieu qu'on peut être persan : mais quant à l'homme, je déclare ne jamais l'avoir rencontré de ma vie »⁸⁴⁶. Joseph DE MAISTRE est régulièrement qualifié de pessimiste⁸⁴⁷ tant sa vision de la Révolution et de la démocratie repose sur une conception négative de l'individu, un homme mauvais que le roi et l'Église doivent contrôler, contraindre et guider. Louis DE BONALD est plutôt qualifié d'optimiste en comparaison, et il développe une critique des droits de l'homme anti-bourgeoise. Pour lui, la noblesse et le peuple devaient s'allier contre la bourgeoisie. Beaucoup plus récents sont les écrits de Michel VILLEY qui, selon Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ, peut être rangé dans la catégorie des négations antimodernes des droits de l'homme⁸⁴⁸. Pour Michel VILLEY, les droits de l'homme sont des

⁸⁴⁵ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, Droit et société Série Droit, 2004, trad. I.A. PELE, p. 68.

⁸⁴⁶ J. DE MAISTRE, *Considération sur la France*, 1797.

⁸⁴⁷ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit. note 844, p. 68 ; M. RAIMOND, « Chapitre I - Renouveau de l'antimoderne », *Éloge et critique de la modernité*, Paris, PUF, Perspectives littéraires, 2000, pp. 15-29, en ligne : <https://www.cairn.info/eloge-et-critique-de-la-modernite--9782130510819-p-15.htm> (consulté le 21 août 2022).

⁸⁴⁸ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit. note 844, p. 70.

droits irréels, irréalisables même, et surtout illusoire⁸⁴⁹. Ce caractère illusoire se retrouve également chez Alasdair MACINTYRE qui « soutient la thèse de l'échec du projet de Lumières, noyau de la genèse des droits, et rejette toute morale individualiste libérale intellectuelle des droits de l'homme. C'est ainsi qu'il affirme que toute l'idéologie des droits fondamentaux revient à croire aux sorcières et aux licornes »⁸⁵⁰. Pour lui, les droits de l'homme et le libéralisme sont le « produit d'une "théologie décadente" »⁸⁵¹.

274. Si des auteurs comme Bernard EDELMAN ou Bertrand MATHIEU ne semblent pas nier le concept même de droits fondamentaux, ils développent toutefois une critique de l'individualisme des droits de l'homme qui les rapproche de ces postures antimodernes. Les différentes critiques présentées ci-dessus ont en effet toutes comme point commun de critiquer la conception individualiste et libérale des droits de l'homme issue des Lumières. Par ailleurs, tout comme chacun des auteurs antimodernes ont opposé une forme de tradition juridique (celle héritée de la monarchie pour Joseph DE MAISTRE et Louis DE BONALD, celle du *To Dikaion* pour Michel VILLEY⁸⁵², celle de l'aristotélisme chez Alasdair MACINTYRE) à un certain modernisme dans lequel les droits de l'homme seraient ancrés, les auteurs tels que Bertrand MATHIEU, Bernard EDELMAN ou Anne-Marie LE POURHIET opposent la tradition des droits de l'homme héritée des Lumières à une vision contemporaine – qualifiée parfois de

⁸⁴⁹ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, Questions, 3. éd, 1998, pp. 11-12 : « Les « droits de l'homme » sont *irréels*. Leur impuissance est manifeste. Que la Constitution française ou ses préambules proclament le droit au travail, il y a en France un million et demi de chômeurs qui n'en sont pas plus avancés. Et qu'on ait inscrit dans la Charte prétendument universelle des Nations Unies des droits à participer aux affaires publiques, aux élections libres, aux loisirs, à la culture ainsi qu'à l'aisance, disons qu'au Cambodge ou dans le Sahel, et dans les trois quarts des pays du globe, ces formules sont *indécentes* ! Leur tort est de *promettre* trop : la vie – la culture – la santé égale pour tous : une greffe du cœur pour tout cardiaque ? Il y aurait, rien qu'avec le droit de tout Français « à la Santé » de quoi vider le budget total de l'État français, et cent mille fois plus ! [...] Les promesses des Déclarations ont d'autant moins de chance d'être tenues que leurs formules sont incertaines, *indéterminées*. Elles nous accordent la « liberté » : terme dont on s'exténue à chercher une définition. Il est vrai que les textes précisent, ils vous gratifient de la liberté « d'expression ». Encore une promesse impossible ! [...] Et *inconsistantes* [...]. Il est délicieux de se voir promettre l'infini ; mais après cela, étonnez-vous si la promesse n'est pas tenue ! ».

⁸⁵⁰ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.* note 844, p. 72.

⁸⁵¹ M. GARRAU, « Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique (J. Lacroix et J.-Y. Planchère) », *Encyclopædia Universalis*, 2022, en ligne : <http://www.universalis-edu.com/faraway.parisnante.fr/encyclopedie/le-proces-des-droits-de-l-homme-genealogie-du-scepticisme-democratique/> (consulté le 21 août 2022). On retrouve la même idée chez Michel VILLEY qui parle de « religion *déviée* » : M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.* note 848, p. 132.

⁸⁵² M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.* note 848, p. 43 et pp. 47 et s.

postmoderne⁸⁵³ – des droits de l’homme, qui serait décadente⁸⁵⁴. En effet, à l’instar des auteurs antimodernes qui « [rejetent le] monde apparu à partir de la transition vers la période moderne, et non seulement depuis les Lumières » afin de développer un argumentaire « [rejetant les] bases sur lesquelles se fonde la modernité, produisant] un rejet des doctrines relatives à ces droits »⁸⁵⁵, on retrouve une même forme de rupture historique dans les écrits de Bertrand MATHIEU, de Bernard EDELMAN ou d’Anne-Marie LE POURHIET, leur permettant de rejeter le monde apparu à la fin du XXème siècle et de rejeter les fondements de certains droits.

275. Dans son article « Naissance de l’homme sadien »⁸⁵⁶, Bernard EDELMAN critique, non pas comme Joseph DE MAISTRE l’homme des droits de l’homme de 1789, mais un autre sujet des droits qui serait apparu avec la juridictionnalisation des droits fondamentaux et la montée en puissance de l’autonomie personnelle : l’homme sadien, un sujet désincarné qui ne poursuivrait que son intérêt personnel. Il estime notamment que :

« L’homme des droits de l’homme, notre compagnon, notre semblable, notre frère, celui des Déclarations fondatrices, celui qui fut intronisé en 1789, celui qui triompha de la barbarie et remonta sur le trône en 1948, celui qui devint européen en 1950, cet homme-là est mort et enterré.⁸⁵⁷ [...] En ses lieu et place a surgi un nouvel homme, égoïste, hédoniste, à la recherche de son seul plaisir ; sa préoccupation première, essentielle, c’est l’amour de soi, l’émerveillement de soi, la satisfaction de soi, et l’État est sommé d’y satisfaire⁸⁵⁸ ».

276. Il va même jusqu’à qualifier le sujet des droits de la Cour EDH d’ « Homme Total » dans son article « Qu’est devenue la personne humaine ? ». Dans une certaine mesure, cette qualification se rapproche d’une forme de jusnaturalisme en ce que ce nouvel homme des droits de l’homme est, dans la pensée de Bernard EDELMAN, construit en opposition aux *lois naturelles* qu’il transgresse⁸⁵⁹ :

« L’Homme Total vit dans un monde de plus en plus artificiel, de plus en plus "hors nature" ; être "humain", désormais c’est transgresser les lois de la nature, les défier,

⁸⁵³ V. par exemple : A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice ? », *op. cit.* note 800, pp. 519-525 ; A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *op. cit.* note 87, pp. 166-177, p. 172.

⁸⁵⁴ La figure de « l’homme sadien » ou de « l’Homme Total de la CEDH » chez Bernard Edelman rend compte de cette opposition avec « l’homme des droits de l’homme ». V. B. EDELMAN, « Naissance de l’homme sadien », *op. cit.* note 20, pp. 107-134 ; B. EDELMAN, « Qu’est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138.

⁸⁵⁵ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.* note 844, p. 68.

⁸⁵⁶ B. EDELMAN, « Naissance de l’homme sadien », *op. cit.* note 20, pp. 107-134.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p.107.

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ V. *infra*. §§281 et s.

abolir tout ce qui fait obstacle à la démesure. C'est dans cette perspective qu'on peut inscrire la recherche de l'identité »⁸⁶⁰.

277. De même chez Bertrand MATHIEU, on retrouve une critique forte de l'individualisme des droits de l'homme. Pour lui, il s'agit d'une impasse qui mène inévitablement au communautarisme :

« Partant de la réalité selon laquelle il est impossible de concevoir une société purement individualiste, d'autres formes de communauté se développent. L'atomisation de la communauté nationale engendre le développement du communautarisme, c'est-à-dire la revendication d'attachements communautaires particulière, en fonction du sexe, de la religion ou de l'ethnie. De ce point de vue, il est paradoxal de valoriser toutes les identités, quelles qu'elles soient, sexuelle, culturelles, religieuses ou linguistiques, et de contester l'idée même d'une identité nationale. Le développement des revendications communautaires, que l'on admet au nom du droit de chacun d'adhérer à un système de valeurs de son choix, conduit le système des droits fondamentaux à une impasse dont on tente maladroitement de sortir au nom des "accommodements raisonnables". L'articulation entre les droits de l'individu, les droits des communautés et les valeurs communes, est aujourd'hui ingérable. Cette conception subjective des droits fondamentaux correspond à un cancer des systèmes démocratiques »⁸⁶¹.

278. Dans sa critique, Bertrand MATHIEU vise directement le droit de la non-discrimination. Il en fait un « obstacle idéologique » à certains impératifs sociopolitiques, à l'instar de la lutte contre l'Islam radical, et estime que par le biais du droit de la non-discrimination les sociétés occidentales se sont désarmées pour lutter contre ce phénomène⁸⁶². De manière presque similaire, on retrouve une forte critique de l'individualisme des droits de l'homme et du droit de la non-discrimination dans les écrits d'Anne-Marie LE POURHIET. Comme Bernard EDELMAN, elle oppose l'homme des droits de l'homme de 1789 à l'homme des droits du XX^{ème} siècle, individualiste et égoïste :

« Où se trouve tout d'abord consacrée l'hégémonie des droits si elle existe ? (...) Je crois que c'est d'abord la société occidentale elle-même, l'homme occidental tel qu'il apparaît au XX^e siècle qui s'est soudain complu dans la contemplation narcissique de son ego, de son nombril et de la satisfaction de ses moindres désirs et caprices érigés en "droits". Ce culte des droits de l'individu et des groupes, dont

⁸⁶⁰ B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138, p. 133.

⁸⁶¹ B. MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, *op. cit.* note 676, pp. 160-161. V. également : B. MATHIEU, « Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels », *Les droits de l'homme à la croisée des droits : mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 453-459, not. p. 455.

⁸⁶² B. MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, *op. cit.* note 676, p. 169. V. également : B. MATHIEU, « S'opposer à la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 12.

les causes sont à rechercher dans la sociologie, l'histoire, l'idéologie et l'éducation (ou la non-éducation) contemporaines s'est ensuite propagé dans le droit textuel et jurisprudentiel par le canal d'intellectuels (notamment concentré dans la sociologie universitaire), de groupes de pression et de médias ayant une forte influence sur les décideurs politiques et les juridictions [...].⁸⁶³

« Mais en tout état de cause, nous assistons aussi à une perversion de la notion même de droits de l'homme telle qu'elle est conçue dans les textes originels et qui fait dire à Marcel GAUCHET qu'un "nouvel homme des droits de l'homme est né, qui n'a plus que le nom en commun avec son ancêtre de 1789". L'on sait que l'individualisme libéral de 1789 ne voulait rien voir entre le citoyen libre et la Nation souveraine et ignorait les sous-groupes et les communautés susceptibles de fausser l'expression de la volonté générale. Cet individualisme philosophique de type universaliste n'a rien à voir avec le caractère infantile de l'individualisme post-moderne qui place l'égoïsme de chacun au-dessus de l'intérêt de tous et ne manque pas d'assigner les individus à des appartenances communautaires subnationales »⁸⁶⁴.

279. La critique qu'elle développe de l'individualisme postmoderne et exacerbé va de pair avec sa critique de l'usage des droits de l'homme, et notamment du droit de la non-discrimination, à des fins de reconnaissance. Ainsi, elle considère que l'usage à des fins de reconnaissance de nouveaux droits, notamment pour les couples de même sexe, du droit de la non-discrimination est un non-sens⁸⁶⁵. Elle est particulièrement critique de la notion de discrimination positive à laquelle elle a consacré plusieurs articles⁸⁶⁶ et qui, selon l'auteure, consacre des injustices en droit⁸⁶⁷. Quant à Murielle FABRE-MAGNAN elle met en garde contre le « libéralisme le plus débridé », mais elle concentre davantage son analyse sur le principe d'autonomie personnelle et son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁶⁸.

⁸⁶³ A.-M. LE POURHIET, « L'hégémonie des droits fondamentaux ou l'inversion des fins ? », *op. cit.* note 827, pp. 317-322, not. pp. 317-318.

⁸⁶⁴ *Ibid.*

⁸⁶⁵ Elle parle même d'« aberration ». V. A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *op. cit.* note 87, pp. 166-177, p. 169.

⁸⁶⁶ A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice ? », *op. cit.* note 800, pp. 519-525 ; A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *op. cit.* note 87, pp. 166-177 ; A.-M. LE POURHIET, « Égalité et discrimination », *Les discriminations : actes du colloque organisé les 13 & 14 octobre 2011*, Paris, Éd. Cujas, 2012, pp. 25-33.

⁸⁶⁷ A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice ? », *op. cit.* note 800, pp. 519-525. Cet argument n'est pas sans rappeler celui développé plus tard par Alain-Gérard SLAMA, lequel estime que : « Une société qui viole les principes sur lesquels elle repose, même au nom de fins justes, ne peut pas être une société juste. De là le sentiment de scandale que l'on éprouve devant les développements actuels du débat sur les discriminations positives. [...] En tant qu'elle contredit [le principe d'égalité devant la loi], la discrimination positive constitue une entrave majeure au fonctionnement normal de la démocratie ». V. A.-G. SLAMA, « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *Pouvoirs*, 2004, vol. 4, n° 111, pp. 133-143.

⁸⁶⁸ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *op. cit.* note 23, p. 31.

280. La critique ainsi développée par les auteurs leur permet de développer une argumentation sur une potentielle dérive du droit des droits de l'homme et de l'individualisme libéral. L'identité individuelle et le besoin de reconnaissance des individus apparaissent à plusieurs reprises dans leurs écrits comme illustration de cette dérive postmoderne. Leur argumentation critique reposant sur l'idée d'une rupture entre, d'une part, la logique des droits de l'homme de 1789 et, d'autre part, celle des droits de l'homme contemporains, évoque la rupture entre la modernité des Lumières et la postmodernité. De ce fait, l'argument selon lequel un « droit à l'identité » serait désormais protégé s'inscrit dans une vision plus globale de l'évolution du droit des droits de l'homme, un droit qui ne serait plus limité, notamment par un ordre moral ou naturel.

2. Une posture proche du jusnaturalisme

281. La posture des auteurs étudiés peut également se rapprocher d'une forme de jusnaturalisme en ce qu'on retrouve dans leurs écrits des références plus ou moins assumées à un ordre moral ou au droit naturel (2.1.). Surtout, leurs écrits sont employés afin de peser sur le débat public, et certains assument pleinement la visée militante si ce n'est politique de leur posture (2.2.).

2.1. Des références à un ordre moral ou naturel préexistant

282. La critique développée par les auteurs étudiés, en sus de s'inscrire dans un courant conservateur (au sens où ils opposent une tradition perdue, dans laquelle les droits de l'homme individuels étaient limités, et la conception contemporaine des droits de l'homme, tels qu'interprétés par des juridictions supranationales), relève également parfois du jusnaturalisme. Là encore, une explication de ce à quoi correspond les jusnaturalismes s'impose pour mieux comprendre la manière dont cela s'exprime ensuite dans les discours et argumentations développées par les auteurs.

283. Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ estime que les postures jusnaturalistes sont réductionnistes en ce qu'il s'agit d' « approches [...] qui ne permettent donc pas, comme je le pensais jusqu'à présent, d'offrir une vision intégrale contenant toutes les dimensions potentielles des droits »⁸⁶⁹. Il distingue dans sa *Théorie générale des droits fondamentaux*

⁸⁶⁹ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit. note 844, p. 37.

plusieurs formes de jusnaturalisme⁸⁷⁰ : le jusnaturalisme moderne (notamment celui de LOCKE et ROUSSEAU) marqué par l'idée qu'il existe un Droit naturel, antérieur et supérieur au Droit positif, duquel découlent les droits fondamentaux, naturels, inaliénables et universels ; le jusnaturalisme reconstructiviste qui est davantage une négation des droits de l'homme puisqu'il s'agit pour Michel VILLEY de reconstruire le Droit naturel classique à partir d'une conception du Droit comme *jus* (ce qui est juste) et non comme loi ce qui mène à la définition du droit comme « *To Dikaion* », une proportion ; le jusnaturalisme fondé sur l'idée de droits moraux et qui est qualifiée par Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ d' « inapproprié »⁸⁷¹. Le point commun de ces différents jusnaturalismes est l'octroi des droits fondamentaux aux hommes en raison de valeurs qui s'imposent de l'extérieur (le peuple se voyant refuser le pouvoir de dire lui-même le droit tant en vertu de l'existence d'un droit naturel antérieur ou de valeurs morales à respecter).

284. Les références plus ou moins explicites à une nature préexistante, à laquelle le droit des droits fondamentaux, et plus particulièrement le droit de la Cour EDH, se confronterait, peuvent être relevées. Ainsi, dans les écrits de Bernard EDELMAN, on retrouve quelques références implicites à un état préexistant ou à des valeurs supérieures. Dans « Qu'est devenue la personne humaine ? », l'auteur estime que le nouvel homme sujet des droits de l'homme contemporains est un « homme qui vit « hors nature » »⁸⁷² voire qui transgresse la nature⁸⁷³. Surtout, à propos de « l'Homme Total de la CEDH », il considère que fonder de nouveaux droits sur l'autonomie personnelle revient à ce que « tout individu [...] [soit] son propre législateur, sans qu'il soit entravé par une *quelconque norme qui lui serait hiérarchiquement supérieure* »⁸⁷⁴. Si la référence à une norme supérieure à la liberté individuelle ne renvoie pas nécessairement à l'idée de droit naturel, il semble qu'il s'agisse bien de cela ici. En effet, l'auteur estime à plusieurs reprises dans ses écrits que ce nouvel homme sujet des droits de l'homme transgresse la *nature humaine* en faisant usage de son autonomie personnelle⁸⁷⁵. Cet argument repose ainsi sur une hiérarchie entre, d'une part, des lois naturelles (dont on ignore par ailleurs le contenu) supposées supérieures et, d'autre part, l'usage par les individus de leur liberté qui ne peut s'exercer que

⁸⁷⁰ *Ibid.*, pp. 38-48.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 44.

⁸⁷² B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138, p. 129.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 131.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 133. Nous soulignons.

⁸⁷⁵ *Ibid.* ; B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *op. cit.* note 20, pp. 107-134.

dans le cadre de ces lois naturelles. Par ailleurs, sa conception du droit des droits de l'homme de 1789 est empreinte d'une idéologie jusnaturaliste puisqu'il écrit :

« L'homme des droits de l'homme, notre compagnon, notre semblable, notre frère, celui des Déclarations fondatrices, celui qui fut intronisé en 1789 [...], cet homme-là est mort et enterré. [...] Il n'avait qu'une seule hantise : être broyé par l'État. C'est pourquoi les droits de l'homme étaient sa suprême sauvegarde ; ils occupaient un lieu sacré, inexpugnable, *à la fois juridique et extra-juridique, à la fois dans la loi et au-delà de la loi*, et si l'État ne les respectait pas, il devait se rebeller *au nom de la « nature »* »⁸⁷⁶.

285. Chez Anne-Marie LE POURHIET, la référence au jusnaturalisme n'est pas nécessairement assumée comme étant sa conception du droit, mais celle-ci n'est pas non plus absente de ses écrits. Ainsi, elle considère que l'accès à l'adoption et à la procréation médicalement assistée⁸⁷⁷ pour les couples homosexuels n'est pas discriminatoire en raison du fondement jusnaturaliste des droits de l'homme. Elle écrit notamment que :

« On pourrait également relever l'aberration consistant, pour le lobby homosexuel, à se plaindre de discrimination dans l'accès à l'adoption et à la P.M.A. en invoquant les droits de l'homme. *Si ces derniers sont issus de la doctrine jusnaturaliste posant que l'homme tient de la nature des droits antérieurs à la société* et au droit positif, et qu'il peut donc leur opposer, le moins qu'on puisse dire est que le droit des homosexuels à procréer n'est pas un droit de l'homme, et que la réservation de l'adoption et des P.M.A. aux couples hétérosexuels repose plutôt sur une différenciation lucide et rationnelle que sur une discrimination arbitraire »⁸⁷⁸.

286. Les motifs de son argumentation sont emprunts de présupposés jusnaturalistes puisque les méthodes de PMA et d'adoption doivent selon elle être réservées aux seuls couples hétérosexuels en raison de l'impossibilité biologique pour un couple de même sexe de procréer ou de fonder une famille. Par ailleurs, elle ne remet pas en question le fondement jusnaturaliste des droits de l'homme et *a fortiori* elle fonde dans son argumentation le rejet des revendications des couples homosexuels sur la conception jusnaturaliste des droits de l'homme.

287. Enfin, dans les écrits de Bertrand MATHIEU, c'est par la référence aux valeurs, « support idéologique de la démocratie »⁸⁷⁹, que se fait jour l'existence d'un ordre moral extérieur à

⁸⁷⁶ B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *op. cit.* note 20, pp. 107-134, p. 107. Nous soulignons.

⁸⁷⁷ Ci-après « PMA ».

⁸⁷⁸ A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *op. cit.* note 87, pp. 166-177, p. 169. Nous soulignons.

⁸⁷⁹ B. MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, *op. cit.* note 676, p. 45.

l'ordre juridique. Pour lui, les valeurs communes sont « propres à justifier une limite tant à l'exercice de libertés individuelles, qu'à l'affirmation de valeurs et d'appartenances communautaires »⁸⁸⁰. Il considère également que les « droits et libertés représentent un système de valeurs qui tend à s'imposer à l'expression même de la volonté du peuple ou de ses représentants »⁸⁸¹. Ainsi, en creux de son analyse, les droits de la Déclaration deviennent des « intérêts collectifs », lesquels forment un « support idéologique de la démocratie ». De manière surprenante, il considère que les droits fondamentaux sont devenus un nouveau droit naturel, ce qu'il critique par ailleurs⁸⁸².

288. Ce discours trouve également des relais dans des groupes sociaux aux objectifs politiques affichés comme le Centre européen pour le droit et la justice (ou ECLJ), une organisation non-gouvernementale internationale menant des actions juridiques auprès de l'ONU et de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi Grégor PUPPINCK, directeur général de l'ECLJ, estime que :

« [L]'opposition entre l'individualisme libéral et la charia n'offre aucune issue satisfaisante, car l'un et l'autre système ont en commun de refuser le *fondement même des droits de l'homme, à savoir l'existence d'un droit naturel qui peut être connu par la raison en observant la nature humaine*, et qui existe indépendamment de la volonté arbitraire de "Allah" ou des individus. [...] Seul un retour à une compréhension objective des droits de l'homme, *fondée dans le droit naturel*, leur permettrait d'échapper à l'individualisme libéral puis à la charia. Les droits de l'homme retrouveraient alors leur universalité »⁸⁸³.

289. Toutes ces références à un ordre moral ou naturel antérieur vont dans le même sens que leur critique de la postmodernité. En effet, la rupture qui aurait eu lieu à la fin du XX^{ème} siècle dans le droit des droits de l'homme est aussi une rupture entre un ordre supposé normal, moral ou naturel, et un nouvel ordre décadent ou déviant. Tout comme la modernité a été opposée au « mythe dit [de] l'ordre primordial »⁸⁸⁴, l'état postmoderne est opposé à un ordre préexistant et supposé moins « décadent », davantage moral ou naturel. Cette posture permet ensuite aux

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 65.

⁸⁸¹ B. MATHIEU, *Justice et politique*, *op. cit.* note 127, p. 16.

⁸⁸² *Ibid.*, p. 146 : « Le conflit potentiel entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire se manifeste, on l'a vu, sur le plan normatif, le juge retrouvant avec le recours aux droits fondamentaux l'argument du droit naturel [...] ». Nous soulignons.

⁸⁸³ G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14. Nous soulignons.

⁸⁸⁴ G. BALANDIER, *Le Désordre*, *op. cit.* note 828.

auteurs de peser dans le débat public en ancrant leur argumentation non pas dans le champ du droit mais dans le champ de la morale, de la politique et de l'éthique.

2.2. Une posture prescriptive

290. L'objet de notre propos n'est pas de remettre en question le jusnaturalisme en tant que tel. Le fait que les auteurs étudiés fassent référence de manière plus ou moins explicite à cette posture rend surtout compte d'un point commun entre différents écrits disparates. Toutefois, la thèse développée par ces auteurs prédispose à produire un discours non plus descriptif ou analytique sur le droit des droits de l'homme en général et sur le droit de la non-discrimination en particulier, mais prescriptif⁸⁸⁵. Danièle LOCHAK expliquait ainsi à propos de la « controverse » qui l'opposa à Michel TROPER sur la « Doctrine sous Vichy » qu' « [il] ne peut faire de doute pour personne que ni le positivisme ni le jusnaturalisme en tant que tels ne prémunissent contre – ni ne prédisposent à – l'adhésion à un régime ou à des lois que tout partisan sincère de la démocratie et des droits de l'homme devrait considérer comme haïssable »⁸⁸⁶. Autrement dit, ni le positivisme ni le jusnaturalisme ne sont en soi un problème. Ce qui pose problème c'est la prise de parti⁸⁸⁷ qui ne dit pas son nom et qui se pare des atours de la neutralité scientifique. Alors, elle ne s'inscrit plus dans le travail doctrinal traditionnel mais relève de la morale. La science juridique semble être utilisée comme argument d'autorité pour peser dans le débat public en faveur d'une certaine vision de la morale, plutôt traditionnelle ou conservatrice.

⁸⁸⁵ V. la réponse à la chronique de Bernard EDELMAN par Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ : S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *op. cit.* note 826, pp. 238-243 : « [il] paraît important de considérer qu'à ce stade le débat change de nature ; il quitte l'arène scientifique. Car, en effet, on ne peut discuter *en droit* sur les mérites ou les limites d'une telle anthropologie négative. De même qu'il importe de la nommer pour ce qu'elle est – et ce qu'elle n'est pas. Elle est option axiologique (idéologique, politique...) – et en tant que telle parfaitement respectable mais elle n'est pas le résultat de faits constatables et il importe de le dire. Elle est prescription, et non description ».

⁸⁸⁶ D. LOCHAK, « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 621-631.

⁸⁸⁷ *Ibid.* : « D'une façon générale, l'idée que la doctrine est – ou devrait être neutre n'est guère confortée par l'observation, dont il ressort plutôt la très grande propension des auteurs à prendre parti. Toutes les prises de position, il est vrai, n'ont pas la même portée. Certaines s'inscrivent dans le travail doctrinal traditionnel – celui que Michel Troper range du côté de la "dogmatique" par opposition à la "science du droit" [...]. De fait, "l'auteur qui, sous prétexte de neutralité, voudrait bannir toute opinion personnelle de son discours n'aurait d'autre ressource que la paraphrase". Mais au nom d'une certaine idée de l'ordre juridique en vigueur la doctrine passe aussi, assez facilement, d'un discours de *lege lata* à un discours de *lege ferenda*. Et dans cette optique, elle a également bien du mal, en dépit de ses professions de foi positivistes, à se défaire d'un jusnaturalisme latent, qui peut même se donner libre cours quand les textes commentés interviennent dans des domaines fortement imprégnés du poids de la morale traditionnelle, comme les relations familiales ou la sexualité ».

291. Or, c'est bien là que le bât blesse lorsqu'on étudie les critiques précitées : l'analyse juridique menée par les auteurs donne une certaine image de ce qu'est ou devrait être « la nature humaine » ou la morale occidentale, et les déviations par rapport à celles-ci sont vivement critiquées pour peser sur le débat public. Comme le rappelle Danièle LOCHAK : « mettre son expertise au service d'une cause est une chose, brandir la science, « sa » science, comme argument d'autorité dans le débat public en est une autre. Le juriste peut parfois éclairer ce débat, notamment lorsque les controverses politiques – et c'est souvent le cas – ont une dimension juridique. Mais sa compétence technique ne lui donne aucune légitimité particulière pour dire si la parité porte ou non atteinte au « modèle républicain », s'il convient de dire « oui » ou « non » à la Constitution européenne, ou si l'adoption homoparentale irait ou non à l'encontre d'impératifs de nature anthropologique »⁸⁸⁸. Les ressources mobilisées et les moyens employés par les auteurs précités pour diffuser leurs critiques sont une bonne illustration⁸⁸⁹ de l'existence, sous cette analyse juridique, d'une visée politique. Ainsi, Bertrand MATHIEU a utilisé de tribunes publiées dans des médias nationaux pour critiquer la Cour européenne des droits de l'homme et notamment certains arrêts comme l'arrêt *Zarb Adami contre Malte*⁸⁹⁰. Quant à Grégor PUPPINCK, il est présenté dans sa tribune contre l'arrêt *Molla Sali contre Grèce*⁸⁹¹ comme apportant une expertise particulière sur le sujet⁸⁹². Or, l'ECLJ est une organisation française, fondée en 1998, qui « [œuvre] intensément à la protection de l'Église persécutée »⁸⁹³. Elle est soutenue financièrement par le Centre Américain pour le Droit et la Justice (*American Center for Law and Justice*), organisation chrétienne fondée en 1990 par Pat ROBERTSON, prêcheur néo-pentecôtiste, et dont la mission est décrite sur leur site internet comme visant à protéger les libertés religieuses et constitutionnelles, notamment par l'usage de stratégies contentieuses devant la Cour Suprême des États-Unis⁸⁹⁴.

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ V. également : D. LOCHAK, J. CHEVALLIER, « Les juristes dans l'espace public », *Droit et Société*, 2016, n° 93, pp. 359-374.

⁸⁹⁰ Cour EDH, 4^{ème} Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, *op. cit.* note 135. S'agissant de la critique développée par Bertrand MATHIEU, V. B. MATHIEU, « S'opposer à la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 12.

⁸⁹¹ Cour EDH (GC), *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, *op. cit.* note 666.

⁸⁹² G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14 : « Grégor PUPPINCK est docteur en droit et directeur du Centre européen pour le droit et la justice (ECLJ). Il est membre du panel d'experts de l'OSCE sur la liberté de conscience et de religion. Il a récemment publié *Les droits de l'homme dénaturé* (éd. Du Cerf, novembre 2018) ».

⁸⁹³ Extrait du site internet de l'ECLJ : <https://www.eclj.org/>

⁸⁹⁴ Extrait du site internet de l'ACLJ : « *Founded in 1990 with the mandate to protect religious and constitutional freedoms, the American Center for Law and Justice (ACLJ) engages legal, legislative, and cultural issues by implementing an effective strategy of advocacy, education, and litigation that includes representing clients before the Supreme Court of the United States and international tribunals around the globe* ». V. <https://www.aclj.org/>

292. **Conclusion de la section.** La recontextualisation de la critique permet d'établir des liens entre les auteurs mais éclaire également la manière dont l'idée d'un « droit à l'identité » a pu émerger. En effet, par la contestation d'une exacerbation de l'individualisme des droits de l'homme qui se serait développée à la fin du XX^{ème} siècle, par la critique de la consécration d'un principe d'autonomie personnelle qui mènerait à la refonte du sujet des droits, c'est la protection en droit de l'identité *choisie* par les individus qui fait l'objet d'une critique.

293. Le « droit à l'identité », expression dont on a démontré le caractère vague, repose alors sur un fantasme : il est érigé en porte-drapeau d'une critique plus globale du droit des droits de l'homme. Or, la critique relative à la consécration de ce droit, une fois confrontée à la jurisprudence de la Cour, apparaît également restreinte tant dans son objet que dans le nombre de jurisprudences réellement concernées.

Section 2. Une critique doublement restreinte

294. Le « droit à l'identité » repose sur un malentendu : formulé comme un droit subjectif celui-ci reste difficile à définir parce qu'en partie il ne correspond pas aux caractéristiques théoriques ni du droit subjectif ni des *droits à*⁸⁹⁵. Si la critique relative à la consécration d'un « droit à l'identité » repose sur une notion floue, elle repose également sur un objet en réalité restreint (1). Le « droit à l'identité » peut en effet être relativisé dans la jurisprudence de la Cour. Le champ de la critique est également restreint dans les faits (2) : laissant penser que toute la jurisprudence de la Cour sur le principe de non-discrimination est concernée, la critique ne concerne en réalité qu'une proportion restreinte de jurisprudences, dont la portée est parfois exagérée.

1. L'objet restreint de la critique

295. L'idée selon laquelle le droit à la non-discrimination garantirait progressivement un « droit à l'identité » repose en réalité sur un nombre de décisions de la Cour restreinte. Si l'on admet que l'article 14 puisse garantir un « droit à l'identité », celui-ci peut avoir deux sens, établis précédemment⁸⁹⁶ : soit un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité (1.1.), soit un droit à des traitements favorables sur le fondement de son identité (1.2.). Les décisions relatives à l'un ou l'autre de ces sens du « droit à l'identité » dans la jurisprudence

⁸⁹⁵ V. *supra* §§222 et s.

⁸⁹⁶ V. *supra* §§247 et s.

relative à l'article 14 peuvent toutefois être relativisées : le fonctionnement du principe de non-discrimination conduit davantage à conclure à l'absence de « droit à l'identité » qu'à sa consécration.

1.1. Un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité à relativiser

296. Si parfois le principe de non-discrimination s'interprète et s'applique comme un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité, cette interprétation ne vient pas supplanter l'interprétation classique et plus générale de l'article 14 comme un droit à ne pas subir de discrimination, sans mention de l'identité. L'existence du droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité comme nouvelle interprétation du droit à ne pas subir de discrimination peut être relativisée pour au moins deux raisons : d'une part, il y a peu d'applications du droit à la non-discrimination à des questions identitaires (a) ; d'autre part, lorsque les requêtes sont formulées selon la rhétorique d'une revendication identitaire, cela ne conduit pas à ce que la Cour garantisse systématiquement une protection contre l'existence d'une différence de traitement (b).

a. L'application du droit à la non-discrimination en dehors de toute rhétorique identitaire

297. Le droit à ne pas subir de discrimination est appliqué régulièrement par la Cour en dehors de toute rhétorique identitaire. Ainsi, un individu ne revendiquant pas une « différence assumée »⁸⁹⁷ ou une identité particulière afin de bénéficier d'un avantage accordé au plus grand nombre peut aussi se prévaloir d'un droit à ne pas subir de discrimination. Autrement dit, de nombreuses affaires devant la Cour ne soulèvent aucune question identitaire. Plusieurs éléments issus de l'analyse systématique et statistique de la jurisprudence de la Cour viennent appuyer ce point.

298. Premièrement, les motifs de discrimination peuvent ne pas être reliés à une « caractéristique innée ou inhérente à l'identité ou à la personnalité des individus », comme l'a rappelé la Cour dans l'affaire *Clift contre Royaume-Uni*⁸⁹⁸. Une large proportion des arrêts de

⁸⁹⁷ M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, op. cit. note 141, p. 146.

⁸⁹⁸ Cour EDH, 4ème Section, *Clift c. Royaume-Uni*, 13 juillet 2010, op. cit. note 539, not. §56 : « The Court observes at the outset that while a number of the specific examples relate to characteristics which can be said to be "personal" in the sense that they are innate characteristics or inherently linked to the identity or the personality

la Cour en matière d'application de l'article 14 ne concerne d'ailleurs pas un motif de discrimination pouvant s'interpréter comme étant une caractéristique personnelle ou relevant de l'identité des personnes⁸⁹⁹. Jannieke GERARDS a d'ailleurs relevé que la Cour tente à partir de la jurisprudence *Carson contre Royaume-Uni*⁹⁰⁰ de 2010 de faire coexister deux lignes jurisprudentielles concurrentes⁹⁰¹ : la ligne jurisprudentielle qui interprète la liste de motifs comme désignant des « caractéristiques personnelles », telle qu'héritée de l'affaire *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen contre Danemark*⁹⁰² ; et la ligne jurisprudentielle à partir de laquelle la Cour applique l'article 14 à des différences de traitement impersonnelles⁹⁰³, développée à partir des affaires *Engel et autres contre Pays-Bas*⁹⁰⁴ et *Rasmussen contre Danemark*⁹⁰⁵. De fait, la coexistence de ces deux lignes jurisprudentielles démontre bien que la Cour qualifie de discriminations des différences de traitement qui ne sont pas fondées sur une « caractéristique innée ou inhérente à l'identité ou à la personnalité des individus ». Cela s'observe également dans notre étude et peut être résumé dans le graphique présenté ci-dessous.

of the individual, such as sex, race and religion, not all of the grounds listed can be thus characterised ». V. *supra* §§195 et s.

⁸⁹⁹ Sur la notion d'identité subjective, V. *supra* §175.

⁹⁰⁰ Cour EDH (GC), *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 582, §§70-71 : « [The Court] has established in its case-law that only differences in treatment based on a personal characteristic (or "status") by which persons or groups of persons are distinguishable from each other are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14 [...]. However, the list set out in Article 14 is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words "any ground such as" (in French "notamment") [...]. It further recalls that the words "other status" (and a fortiori the French "toute autre situation") have been given a wide meaning so as to include, in certain circumstances, a distinction drawn on the basis of place of residence [...] In conclusion, the Court considers that place of residence constitutes an aspect of personal status for the purposes of Article 14 ».

⁹⁰¹ Pour une analyse plus détaillée de ces deux lignes jurisprudentielles, V. *supra* §195.

⁹⁰² Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 145.

⁹⁰³ J. GERARDS, « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.* note 585, pp. 99-124, p. 112 : « applying Article 14 to cases regarding 'impersonal' differences in treatment ».

⁹⁰⁴ Cour EDH [plén.], *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *op. cit.* note 146.

⁹⁰⁵ Cour EDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, *op. cit.* note 172.



Graphique n°6 : Répartition des arrêts rendus selon le motif de discrimination allégué

299. Ainsi, les questions relatives à la carrière professionnelle, à la fortune, à l'épargne, à la situation fiscale, à la propriété ou au type de logement, aux affaires économiques ou à l'entrepreneuriat, à la situation carcérale, à la situation pénitentiaire, au type de détention ou au

type d'infraction commise, à la catégorie de victimes d'une infraction pénale, à la catégorie de médias, à la catégorie de lycées, au type de clients, au mode de réparation d'un préjudice, représentent 15% des arrêts rendus par la Cour, constats de violation et constats de non-violation confondus⁹⁰⁶. Même en adoptant une conception étendue des « caractéristiques innées ou inhérentes à l'identité ou à la personnalité des individus »⁹⁰⁷ comme couvrant à la fois l'identité subjective et l'identité objective, il reste une proportion non négligeable de décisions dans lesquelles la Cour doit trancher sur l'application du droit à ne pas subir de discrimination en relation avec une rhétorique qui explicitement n'est pas identitaire. C'est notamment le cas si l'on inclut dans ces « caractéristiques innées ou inhérentes à l'identité ou à la personnalité des individus »⁹⁰⁸ l'appartenance à un syndicat et les opinions politiques – qui sont des éléments qui ne sont pas mobilisés dans le discours de la Cour comme relevant de l'identité personnelle des individus au même titre que d'autres types d'opinions comme les opinions religieuses – ou encore l'âge, le lieu de résidence, l'état de santé ou la situation de handicap.

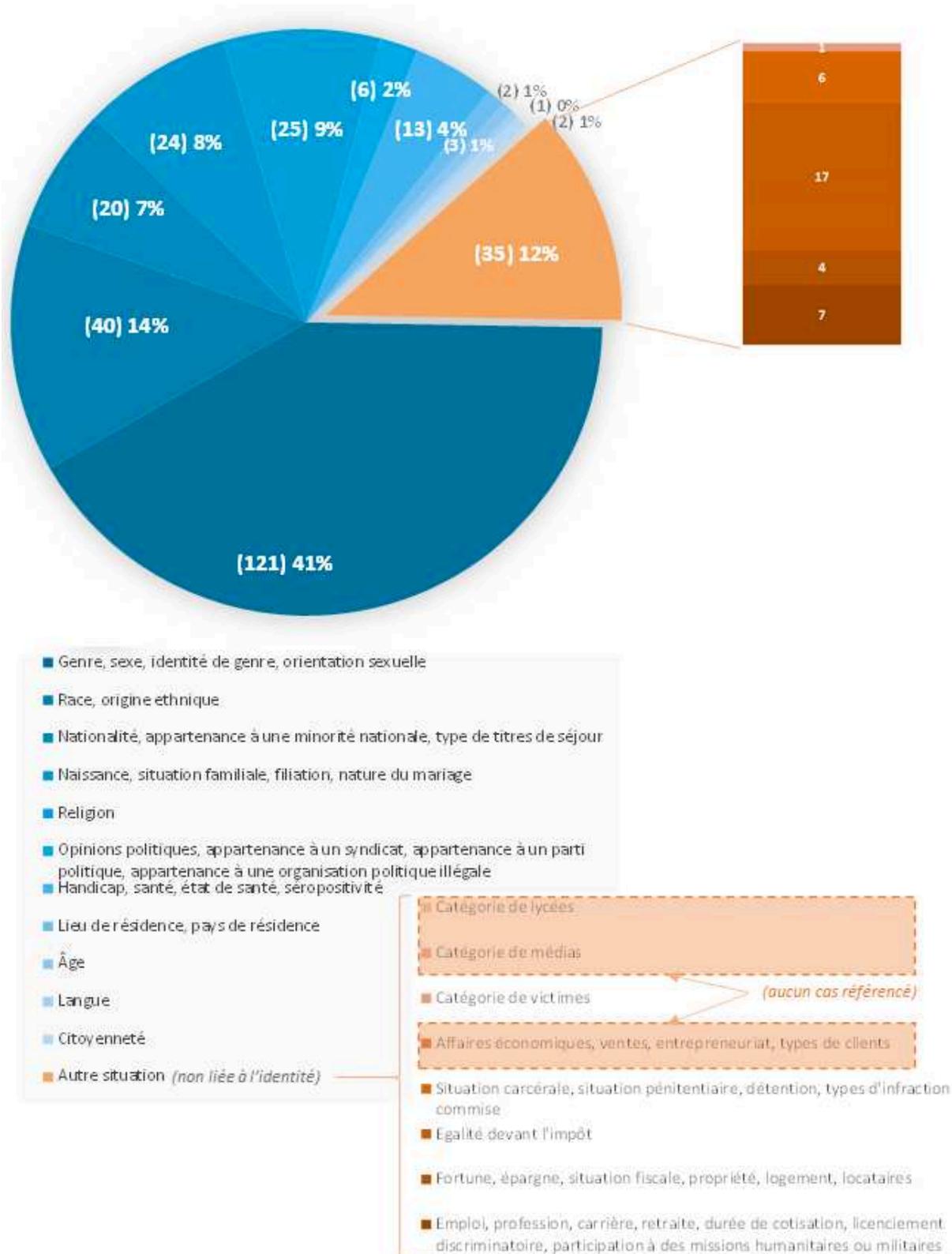
300. Deuxièmement, si on analyse plus précisément les arrêts dans lesquels la Cour constate une violation de l'article 14 et donc applique le droit à ne pas subir de discrimination, on constate que ces mêmes affaires relatives à des différences de traitements fondées sur des critères impersonnels représentent 12% des constats de violation⁹⁰⁹, comme dans le graphique présenté ci-dessous. Ainsi, la Cour constate l'existence d'un droit à ne pas subir de discrimination dans une proportion non négligeable de cas non reliés à une question identitaire.

⁹⁰⁶ Ce pourcentage a été obtenu par addition des arrêts rendus dans les catégories précitées (en rouge dans le graphique n°1).

⁹⁰⁷ Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 145.

⁹⁰⁸ *Ibid.*

⁹⁰⁹ Ce pourcentage a été obtenu par addition des arrêts constatant une violation de l'article 14 dans les catégories précitées (en dégradés de rouge dans le graphique n°7).



Graphique n°7 : Répartition des constats de violation de l'article 14 selon le motif de discrimination allégué

301. Enfin, si l'on observe les situations dans lesquelles le motif de discrimination peut être relié à une « caractéristique innée ou inhérente à l'identité ou à la personnalité des individus », les revendications formulées selon la rhétorique d'un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de l'identité n'aboutissent pas toutes.

302. Ainsi, en matière de discrimination fondée sur l'identité religieuse des croyants, l'arrêt de Grande Chambre *S.A.S. contre France* fournit une bonne illustration de l'absence de consécration systématique d'un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité⁹¹⁰. En l'espèce, la requérante, une femme musulmane portant la *burqa* (le voile intégral afghan couvrant l'intégralité du corps et du visage) et le *niqab* (le voile intégral couvrant le visage à l'exception des yeux) estimait être injustement et indirectement discriminée par l'adoption en France de la loi sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public du 11 octobre 2010. La requérante alléguait notamment une violation des articles 8, 9 et 14 de la Convention en ce que cette législation nouvelle violait son droit au respect de sa vie privée, son droit à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions et son droit à la liberté d'expression. Elle invoquait notamment son origine pakistanaise et l'inscription du port du *niqab* et de la *burqa* dans la tradition culturelle de sa famille⁹¹¹, liant de fait le port du voile intégral à son « identité socioculturelle »⁹¹². La discrimination indirecte alléguée s'analyse donc en une atteinte à son droit de ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité religieuse. Si la Cour constate bien une « ingérence permanente » de l'État dans la vie privée et dans la liberté religieuse de la requérante⁹¹³, en ce que la requérante n'avait que le choix entre se plier à l'interdiction et renoncer à se vêtir conformément à ses choix individuels et à son identité, ou ne pas s'y plier et s'exposer à une sanction pénale, elle relève toutefois que cette interdiction est justifiée par la nécessité de garantir le « vivre ensemble »⁹¹⁴. Dans le même temps, la Cour constate que « l'interdiction a un fort impact négatif sur la situation des femmes qui, telle la requérante ont fait le choix de porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions » et que celle-ci « les place devant un dilemme complexe » qui peut « avoir pour effet de les isoler et d'affecter leur autonomie ainsi que l'exercice de leur liberté de manifester leurs convictions et de leur droit au respect de la vie privée » et peut constituer « une atteinte à

⁹¹⁰ Cour EDH (GC), *S.A.S. c. France*, 1 juillet 2014, *op. cit.* note 421.

⁹¹¹ *Ibid.*, §76.

⁹¹² *Ibid.*, §79. Nous soulignons.

⁹¹³ *Ibid.*, §110.

⁹¹⁴ *Ibid.*, §140-142.

leur identité »⁹¹⁵ ; et elle nuance immédiatement en considérant que cette interdiction n'est pas « explicitement fondée sur la connotation religieuse des habits visés mais sur le seul fait qu'ils dissimulent le visage »⁹¹⁶ et portent ainsi atteinte au vivre ensemble. Dans le même temps, la Cour rappelle que « des propos constitutifs d'une attaque générale et véhémement contre un groupe identifié par une religion ou des origines ethniques sont incompatibles avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention »⁹¹⁷ et valide le dispositif en raison du peu de femmes concernées et de la nécessité de protéger le « vivre ensemble ». Pour la Cour, l'interdiction du port du voile intégral est en réalité « un choix de société »⁹¹⁸ entre deux conceptions du pluralisme : d'un côté la législation restreint le pluralisme en empêchant certains individus d'exprimer leur personnalité et leur identité ; de l'autre elle protège « une modalité d'interaction des individus, essentielle [aux yeux de l'État français] pour l'expression non seulement du pluralisme, mais aussi de la tolérance et de l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'y a pas de société démocratique »⁹¹⁹. Pour certains observateurs, la solution peut être qualifiée d'acrobatique⁹²⁰ tant la Cour rejette les justifications étatiques de la législation tout en validant finalement cette dernière. Prenant appui sur la décision *S.A.S. contre France*, la Cour constatera la non-violation des articles 8, 9 et 14 de la Convention dans les affaires belges *Dakir contre Belgique*⁹²¹ et *Belcacemi et Oussar contre Belgique*⁹²², trois ans plus tard, lorsque l'État belge interdira lui aussi la dissimulation du visage dans l'espace public. Dans ces trois affaires, la Cour admet qu'une législation puisse porter atteinte à l'identité des croyants au motif de protéger le « vivre ensemble »⁹²³.

⁹¹⁵ *Ibid.*, §146. Nous soulignons.

⁹¹⁶ *Ibid.*, §151.

⁹¹⁷ *Ibid.*, §149.

⁹¹⁸ *Ibid.*, §153.

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ J.-P. MARGUENAUD, « La promotion européenne du « vivre ensemble » comme instrument de lutte contre la dissimulation du visage dans l'espace public (CEDH, 2e sect., 11 juillet 2017, n° 4619/12, *Dakir c/ Belgique* et n° 27798/13, *Belcacemi et Oussar c/ Belgique*) », *RTD Civ.*, 2017, p. 823 : « le sauvetage de la loi emblématique de la laïcité revigorée avait pu se faire car la grande chambre avait acrobatiquement réussi à faire passer le "vivre ensemble", auquel le législateur français s'était solidement arrimé, pour un des éléments de "la protection des droits et libertés d'autrui" ».

⁹²¹ Cour EDH, 2ème Section, *Dakir c. Belgique*, 11 juillet 2017, req. n°4619/12.

⁹²² Cour EDH, 2ème Section, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, 11 juillet 2017, req. n°37798/13.

⁹²³ J.-P. MARGUENAUD, « La promotion européenne du « vivre ensemble » comme instrument de lutte contre la dissimulation du visage dans l'espace public (CEDH, 2e sect., 11 juillet 2017, n° 4619/12, *Dakir c/ Belgique* et n° 27798/13, *Belcacemi et Oussar c/ Belgique*) », *op. cit.* note 919, p. 823. L'auteur, à propos des deux affaires belges, relève que « l'interdiction posée par une loi controversée, présentant indéniablement des risques en termes de promotion de la tolérance au sein de la société et exposant théoriquement les femmes musulmanes à des peines d'emprisonnement, a pu "passer pour proportionnée" au but poursuivi, à savoir la préservation du "vivre ensemble" en tant qu'élément de "la protection des droits et libertés d'autrui"... ».

303. L'intérêt de ces décisions, et notamment de la décision rendue dans l'affaire *S.A.S. contre France*, est ici de démontrer que si la Cour admet qu'une législation puisse porter atteinte à l'identité des requérants, ici leur identité socioculturelle et religieuse, cela n'aboutit pas pour autant au constat d'une violation de leur droit à ne pas subir de discrimination sur quelque fondement que ce soit. La revendication identitaire n'aboutit pas en l'espèce. Cela nous amène à nous demander si l'identité est véritablement un déclencheur de l'application du droit à ne pas subir de discrimination.

b. L'identité, un non-facteur de déclenchement de l'article 14

304. L'interdiction des discriminations fondées sur une différence de traitement entre personnes placées dans des situations analogues garantit-elle un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de l'identité ? Dans l'hypothèse où le principe d'interdiction des discriminations aurait subi une mutation dans la jurisprudence conventionnelle au point de garantir un « droit à l'identité », compris comme un droit subjectif à ne pas subir de discrimination du fait de son identité, cela signifierait que l'identité personnelle ou collective serait protégée par un droit subjectif passif, au sens d'une obligation de ne pas faire, et par suite que les différences de traitement réputées illégitimes par la Cour seraient fondées sur une caractéristique identitaire. On peut douter de l'existence d'un tel droit dans la jurisprudence de la Cour : l'identité n'est pas un déclencheur de l'application de l'article 14 de la Convention.

305. En effet, nous ne constatons pas une protection systématique des individus soulevant des revendications identitaires. Le fait qu'une différence de traitement soit fondée sur l'identité des personnes n'est pas un facteur de déclenchement de l'article 14⁹²⁴. Malgré les évolutions récentes du droit de la non-discrimination conventionnel, et une application quelque fois un peu chaotique des principes dégagés par la Cour elle-même⁹²⁵, celle-ci pose toujours à ce jour deux

⁹²⁴ La décision d'irrecevabilité dans l'affaire *Dahlab c. Suisse* est une bonne illustration de ce point : malgré l'allégation de discrimination fondée sur l'identité religieuse de la requérante, la Cour juge la requête irrecevable en l'espèce. V. Cour EDH, 2ème Section, *Dahlab c. Suisse (décision)*, 15 février 2001, req. n°42393/98, *Rec. CEDH 2001-V*.

⁹²⁵ Par exemple, la Cour n'examine pas de manière systématique la comparaison des situations pour rendre ses décisions en matière d'application de l'article 14. V. pour des décisions dans lesquelles la Cour constate la violation de l'article 14 sans procéder à la comparaison des situations : Cour EDH, 2ème Section, *Aziz c. Chypre*, 22 juin 2004, req. n°69949/01, *Rec. CEDH 2004-V* (à propos de l'impossibilité pour les Chypriotes d'origine turque de voter aux élections législatives) ; Cour EDH, 1ère Section, *Woditschka et Wilfling c. Autriche*, 21 octobre 2004, req. n°69756/01 et 6306/02 (à propos de la pénalisation des relations homosexuelles entre un homme adulte et un adolescent âgé de 14 à 18 ans consentant en vertu du Code pénal autrichien ; la Cour ne procède à la comparaison des situations que dans l'affaire Cour EDH, 1ère Section, *L. et V. c. Autriche*, 9 janvier 2003, req. N°39392/98 et 39829/98, *Rec. CEDH 2003-I* et se contente de prendre appui dans les affaires similaires suivantes sur son constat établi dans cette première affaire) ; Cour EDH, 2ème Section, *Çam c. Turquie*, 23 février 2016, req. n°51500/08

conditions d'existence d'une discrimination : la preuve d'une apparence de discrimination par la comparaison des situations, et l'absence de justification objective et raisonnable à la différence de traitement établie. Or, la Cour adopte une conception élargie de ce qui constitue une « justification objective et raisonnable », ce qui a pour conséquence de ne pas garantir une protection systématique dès qu'une revendication identitaire est portée par un requérant. En recherchant dans les décisions rendues par la Cour européenne depuis 1968 le nombre d'occurrences où celle-ci mentionne le terme « identité » dans un constat de non-violation de l'article 14, on observe que la Cour mentionne l'identité dans 41 constats de non-violation, soit 14,3% des constats de non-violation rendus⁹²⁶. Par exemple, dans l'affaire *D. contre France*, rendue postérieurement à la célèbre affaire *Mennesson contre France*⁹²⁷, à propos de l'établissement de la filiation des enfants nés d'une procédure de gestation pour autrui⁹²⁸ à l'étranger, la Cour mentionne le terme « identité » à 9 reprises. Dans l'affaire *Mennesson contre France*, la Cour avait conclu à la violation du droit à la vie privée des enfants nés à l'étranger d'une GPA, soulignant notamment que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation »⁹²⁹. Dans l'affaire *D. contre France*, la Cour a considéré que « à supposer que l'on puisse considérer que les enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger et les autres enfants français nés à l'étranger se trouvent dans des situations analogues ou comparables quant à leur filiation maternelle, la différence de traitement dont il est question ne tient pas à ce qu'à l'inverse des [enfants nés à l'étranger], les [enfants nés d'une GPA à l'étranger] ne pourraient obtenir la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation à l'égard de celle dont le nom figure sur l'acte de naissance étranger. Cette différence consiste en ce qu'à l'époque des faits de la cause, contrairement aux [enfants nés à l'étranger], ils ne pouvaient à cette fin obtenir la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger et devaient passer par la voie de l'adoption s'agissant de leur filiation maternelle »⁹³⁰. Même en admettant l'existence d'une différence de traitement entre les enfants

(à propos de l'absence d'aménagement permettant l'accueil d'une élève en situation de handicap dans un établissement d'enseignement). V. pour des décisions dans lesquelles la Cour constate l'absence de violation de l'article 14 sans procéder à la comparaison des situations : Cour EDH, 3ème Section, *Tanli c. Turquie*, 10 avril 2001, req. n° 26129/95, *Rec. CEDH 2001-III* (à propos de la mort, durant une garde à vue, d'un homme d'origine kurde) ; Cour EDH, 2ème Section, *Rumor c. Italie*, 27 mai 2014, req. n°72964/10 (à propos de violences domestiques).

⁹²⁶ Dans 41 constats de non-violation-violation sur 287 la Cour mentionne le terme « identité ».

⁹²⁷ Cour EDH, 5ème Section, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, req. n°65192/11, *Rec. CEDH 2014-III*.

⁹²⁸ Ci-après « GPA ».

⁹²⁹ Cour EDH, 5ème Section, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, *op. cit.* note 926, §96. Nous soulignons. La Cour ajoutait qu'« un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation » (§80). Nous soulignons.

⁹³⁰ Cour EDH, 5ème Section, *D. c. France*, 16 juillet 2020, req. n°11288/18, §85.

nés d'une GPA à l'étranger et les enfants nés à l'étranger, la Cour considère que celle-ci est justifiée par le gouvernement français puisque « cette différence de traitement quant aux modalités d'établissement du lien maternel de filiation visait, en ce qu'elle induisait un contrôle juridictionnel, à s'assurer au regard des circonstances particulières de chaque cas qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une gestation pour autrui qu'un tel lien soit établi à l'égard de la mère d'intention »⁹³¹. La Cour conclut que la différence de traitement « reposait sur une justification objective et raisonnable » puisque le contrôle juridictionnel imposé par le droit français à l'époque des faits « s'expliquait ainsi par la volonté de limiter les risques que la gestation pour autrui peut engendrer, notamment pour l'enfant, lorsqu'elle est pratiquée à l'étranger par des ressortissants d'un pays où elle n'est pas autorisée »⁹³².

306. Le test de la justification objective et raisonnable, qui permet à la Cour de déterminer si la distinction litigieuse poursuit un but légitime et si elle est proportionnée au but poursuivi⁹³³, constitue dans la jurisprudence conventionnelle l'élément déterminant dans la qualification d'une simple différence de traitement en une réelle discrimination au sens juridique du terme⁹³⁴ et ce, dès l'affaire linguistique belge⁹³⁵. En examinant la légitimité du but poursuivi et la proportionnalité entre le but et les moyens mis en œuvre, la Cour examine de manière approfondie les justifications apportées par l'État défendeur à l'existence d'une apparence de discrimination. Toutefois, cet examen approfondi peut être nuancé par l'existence d'une variation dans le degré de contrôle des justifications, d'une part, et par l'utilisation de la théorie de la marge d'appréciation, d'autre part. Ces deux éléments vont dans le sens d'une absence de protection systématique d'un droit à ne pas subir de discrimination, y compris d'un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de l'identité. Ainsi, premièrement, la Cour exige des justifications plus fortes et opère un contrôle plus strict lorsque la différence de traitement concerne les motifs de la nationalité, de la race, de l'origine ethnique, du sexe et de l'orientation sexuelle. Dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, premier arrêt rendu en matière de discrimination sur le fondement du sexe par la Cour en 1985, celle-ci estime

⁹³¹ *Ibid.*, §86.

⁹³² *Ibid.*, §87-88.

⁹³³ Pour une analyse plus précise de la proportionnalité dans la jurisprudence de l'article 14, V. *infra* §§457 et s.

⁹³⁴ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.* note 217, p. 188 : « différencier n'est pas nécessairement discriminer ».

⁹³⁵ Cour EDH [plén.], « *Affaire linguistique belge* », 23 juillet 1968, *op. cit.* note 133, not. §10 : « La Cour, suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'États démocratiques, retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques ». Nous soulignons.

que seules des « raisons très fortes » peuvent amener les juges à estimer compatibles de telles distinctions avec la Convention⁹³⁶. En l'espèce, la Cour considère que le but poursuivi par le gouvernement britannique, à savoir une considération purement économique – l'impact plus positif des hommes sur le marché du travail britannique par rapport aux femmes – ne pouvait constituer une justification objective et raisonnable suffisante⁹³⁷. Deuxièmement, la doctrine de la marge nationale d'appréciation, mise en œuvre pratique du principe de subsidiarité dans le droit conventionnel, en faisant obstacle à la qualification de certaines différences de traitement en discrimination, empêche une application systématique de l'article 14 de la Convention. L'ampleur de la marge d'appréciation accordée aux États peut varier en fonction des circonstances, des domaines concernés et du contexte de l'affaire⁹³⁸. Lorsque la Cour accorde une large marge d'appréciation à l'État défendeur, la Cour ne sanctionne la différence de traitement que dans l'hypothèse où elle est « manifestement dépourvue de base raisonnable »⁹³⁹. Même face à un motif de discrimination pour lequel la Cour exige des justifications fortes et impose un contrôle plus strict des justifications apportées par l'État défendeur – comme le motif du sexe par exemple – l'application de la doctrine de la marge d'appréciation peut primer et permettre de justifier la différence de traitement. Ainsi, dans l'affaire *Stec et autres contre Royaume-Uni*, la Cour, si elle admet que « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe », elle estime toutefois qu'« une ample latitude est d'ordinaire laissée aux États pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale »⁹⁴⁰, constatant par suite l'absence de violation du principe de non-discrimination en l'espèce. Cette solution sera confirmée quelques années plus tard dans une affaire similaire⁹⁴¹.

307. En admettant qu'une différence de traitement fondée sur l'identité puisse être légitimée du fait d'une argumentation de l'État reposant sur des « justifications objectives et raisonnables », et en appliquant la doctrine de la marge nationale d'appréciation, y compris pour des différences de traitement pour lesquelles la Cour exige des justifications plus fortes, la Cour ne semble pas aller dans le sens d'une protection systématique des victimes des

⁹³⁶ Cour EDH [plén.], *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, *op. cit.* note 172, §78.

⁹³⁷ *Ibid.*, §79-81.

⁹³⁸ Cour EDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, req. n° 20458/92, *Rec. CEDH 1998-I*, §38.

⁹³⁹ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §52.

⁹⁴⁰ *Ibid.*

⁹⁴¹ Cour EDH, 5ème Section, *Andrle c. République tchèque*, 17 février 2011, req. n°6268/08.

différences de traitement dès qu'une identité individuelle ou collective est soulevée. L'identité ne semble pas être un facteur déclencheur du principe de non-discrimination. Cela confirme par ailleurs le principe dégagé par la Cour dans l'affaire *Clift contre Royaume-Uni*⁹⁴² : une discrimination peut ne pas être fondée sur une caractéristique personnelle ou identitaire. De fait, une revendication identitaire ou une atteinte à l'identité personnelle ou collective des personnes n'est donc pas un élément de qualification d'une discrimination.

308. L'objet d'un *droit à* étant une charge pour autrui, la protection d'un « droit à l'identité » par l'article 14 engendrerait, nous l'avons vu, une obligation de ne pas discriminer sur le fondement de l'identité. Or une telle obligation n'existe pas dans la jurisprudence relative à l'article 14. S'il arrive à la Cour d'admettre qu'une discrimination ait été fondée sur l'identité et de condamner l'État pour ce fait, elle ne pose pas un véritable droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de l'identité car : premièrement, elle admet que des différences de traitement, même fondées sur l'identité, puissent être justifiées et donc légitimes ; deuxièmement, même lorsque la différence de traitement doit être justifiée par des considérations très fortes, la Cour peut faire jouer la doctrine de la marge nationale d'appréciation pour légitimer l'action litigieuse de l'État défendeur, même en matière de discrimination fondée sur une caractéristique identitaire ; enfin, certains motifs de discrimination admis par la Cour n'étant pas identitaires, comme rappelé dans la jurisprudence *Clift contre Royaume-Uni*, l'obligation posée par le principe de non-discrimination ne concerne pas nécessairement des questions identitaires.

309. La critique selon laquelle la Cour consacrerait un « droit à l'identité » ne repose en réalité pas sur l'idée que la Cour consacre véritablement un droit subjectif : comme indiqué précédemment elle porte davantage sur une rhétorique égalitaire ou identitaire⁹⁴³ qui parfois aboutit devant la Cour. Surtout cette critique semble davantage dirigée vers la remise en cause des mécanismes de discrimination positive considérés comme contraire à la tradition universaliste égalitaire, et en particulier à la tradition universaliste française.

⁹⁴² Cour EDH, 4ème Section, *Clift c. Royaume-Uni*, 13 juillet 2010, *op. cit.* note 539. V. *supra* §§192 et s.

⁹⁴³ V. *supra* §§222 et s.

1.2. Une critique restreinte à la remise en cause des mécanismes de discrimination positive

310. Comme nous l'avons évoqué, certains auteurs comme Anne-Marie LE POURHIET sont particulièrement véhéments à l'encontre des mécanismes de discrimination positive que la décision *Thlimmenos contre Grèce* a rendu valides dans la jurisprudence conventionnelle. Or, l'existence d'un droit à des traitements favorables en raison de son identité doit être relativisée à la lecture de la jurisprudence de la Cour. Plusieurs points permettent en effet de nuancer l'existence d'un « droit à l'identité » conçu comme un droit à obtenir des traitements favorables pour les identités minoritaires. En effet, la Cour réduit les traitements favorables accordés par les États à certaines catégories de personnes (a). Par ailleurs, certains mécanismes particuliers comme les aménagements raisonnables font l'objet d'un usage très restreint par la Cour (b).

a. La réduction du nombre de traitements préférentiels octroyés

311. Premièrement, l'octroi de traitements différenciés pour les minorités est loin d'être systématique dans la jurisprudence européenne. Pis, la Cour fait parfois le choix de mettre fin à des traitements préférentiels octroyés par les États membres aux membres d'une minorité ou d'un groupe de personnes, et justifie la fin de ces mesures par la poursuite de l'objectif d'égalité de traitement.

312. Il en est ainsi de certaines mesures préférentielles à destination des femmes qui, au cours des années 2000, ont fait l'objet de contestation devant la Cour européenne des droits de l'homme par des requérants – hommes – souhaitant eux aussi pouvoir bénéficier de ces mêmes traitements préférentiels. Ainsi, dans les affaires *Willis contre Royaume-Uni*⁹⁴⁴, et *Hobbs, Richard, Walsh et Geen contre Royaume-Uni*⁹⁴⁵, plusieurs hommes, veufs, contestaient la politique britannique d'attribution de certaines allocations accordées uniquement aux femmes veuves, mais pas aux hommes veufs. Le gouvernement britannique justifiait cette différence de traitement en rappelant que « la politique actuelle régissant l'octroi des prestations de veuve a été définie à une époque où il était rare que les femmes mariées travaillent »⁹⁴⁶. La dépendance économique des femmes à l'égard de leurs maris ayant eu une vie professionnelle justifiait ainsi, selon le gouvernement, l'octroi de cette prestation venant corriger la plus grande vulnérabilité

⁹⁴⁴ Cour EDH, 4ème Section, *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002, req. n°36042/97, *Rec. CEDH 2002-IV*.

⁹⁴⁵ Cour EDH, 4ème Section, *Hobbs, Richard, Walsh et Geen c. Royaume-Uni*, 14 novembre 2006, req. n°63684/00, 63475/00, 63484/00 et 63468/00.

⁹⁴⁶ Cour EDH, 4ème Section, *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002, *op. cit.* note 943, §11.

des femmes au moment de leur retraite. La logique poursuivie par le gouvernement britannique était donc une logique de droit à la différence pour les femmes, la mesure venant corriger des « inégalités factuelles »⁹⁴⁷ passées entre les hommes et les femmes. Pour les requérants au contraire, « cette différence se fonde sur des stéréotypes de sexes et de vastes généralisations qui ne donnent plus une image exacte de la société britannique »⁹⁴⁸. La Cour, considérant que les hommes et les femmes étaient placés dans une situation identique lorsque l'un des membres du couple décédait, notamment car la politique d'attribution de ces prestations ne posait aucune condition de ressources, condamne le Royaume-Uni. Dans ces affaires, ainsi que dans les vingt-neuf décisions d'application rendues par la suite du fait de la résistance du Royaume-Uni à modifier sa législation, la Cour fait le choix de mettre fin à la différenciation entre hommes et femmes qui s'appuyait sur une conception de la différence sexuelle reposant sur des « stéréotypes de sexe » – à savoir le fait que les hommes travaillent et que les femmes ne travaillent pas. Ainsi, alors que la Cour pouvait décider de maintenir la compensation d'une inégalité dans l'accès à l'emploi entre les hommes et les femmes, et ainsi de compenser la vulnérabilité économique des femmes, en appliquant l'article 14 comme un droit à une protection spécifique en raison de son identité sexuelle, elle fait le choix de rétablir une égalité formelle entre les hommes et les femmes.

313. Cette suppression de traitements favorables accordés par les États n'est pas anodine et démontre la volonté de la Cour de mettre en balance les intérêts en présence : accorder des traitements particuliers à certaines catégories de personnes lorsque cela permet de corriger des inégalités persistantes ou trop importantes ; et supprimer ces traitements particuliers lorsqu'ils ne semblent plus nécessaires pour parvenir à l'égalité entre les individus. En cela, la Cour ne consacre pas de *droit à obtenir* de tels traitements : c'est la justification de la lutte contre les inégalités factuelles qui est essentielle dans le maintien ou la suppression des traitements favorables, bien plus que l'identité revendiquée du groupe de personnes qui en bénéficie⁹⁴⁹. De même, l'usage restreint des aménagements raisonnables démontre la nécessité de relativiser l'existence d'un « droit à l'identité » dans la jurisprudence de la Cour.

⁹⁴⁷ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §51.

⁹⁴⁸ Cour EDH, 4ème Section, *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002, *op. cit.* note 943, §37.

⁹⁴⁹ Sur la limitation des différenciations juridiques admises par la Cour, V. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

b. *Un usage restreint des aménagements raisonnables*

314. Deuxième aspect permettant de nuancer l'existence d'un « droit à l'identité » ou droit à la différence pour les identités minoritaires, celui-ci ne semble concerner que certaines minorités considérées comme particulièrement vulnérables par la Cour comme la minorité rom. *A minima*, la Cour leur fait bénéficier d'une protection renforcée sur le fondement de l'article 14 mais cette protection ne semble pas s'appliquer à tous les groupes revendiquant une identité. Ainsi, les membres des communautés religieuses ne semblent pas pouvoir bénéficier des protections accordées à d'autres groupes, considérés plus aisément par la Cour comme des « groupes vulnérables » (minorité rom, personnes en situation de handicap). Ces groupes ne bénéficient par ailleurs pas de tous les outils développés dans le champ de la lutte contre les discriminations. Une bonne illustration de ce point se retrouve dans les décisions de rejet des demandes d'aménagements raisonnables provenant de membres de minorités religieuses.

315. Un aménagement raisonnable est un outil du droit de la non-discrimination, d'origine nord-américaine⁹⁵⁰, faisant reposer sur un acteur – entreprise ou autorité publique – une obligation « de prendre des mesures appropriées pour garantir à certaines catégories de personnes protégées contre la discrimination » une adaptation de leur environnement⁹⁵¹, tant que cette adaptation est raisonnable. Emmanuelle BRIBOSIA, Julie RINGELHEIM et Isabelle RORIVE identifient deux formes d'aménagement raisonnable : soit « une obligation pesant sur les institutions publiques ou privées, qui, dans l'application d'une règle générale, sont tenues d'accorder à certaines catégories d'individus, lorsqu'ils le demandent, des adaptations appropriées, pour autant que celles-ci soient raisonnables »⁹⁵², soit « dans certains systèmes juridiques, une obligation d'aménagement raisonnable est également mise à la charge du législateur qui, dans l'élaboration d'une loi, doit prévoir, le cas échéant, des exceptions ou modalités particulières afin d'éviter de discriminer indirectement une catégorie d'individus, sur la base d'un motif prohibé, ou de restreindre indûment leur liberté de religion sans justification

⁹⁵⁰ Cour suprême du Canada, *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) v. Simpsons-Sears*, Last Modified: 2012-12-03, 17 décembre 1985, n° 17328, [1985] 2 RCS 536. En l'espèce, l'appelante (Mme O'Malley) alléguait avoir été victime d'une discrimination fondée sur ses croyances de la part de son employeur (l'entreprise Simpsons-Sears) du fait qu'elle était obligée de travailler le vendredi soir et le samedi, l'empêchant de fait d'observer le *sabbat*. La Cour Suprême du Canada rappelle alors que « dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur a l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'entend à moins que cela ne cause une contrainte excessive à l'exploitation de son entreprise ».

⁹⁵¹ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, 2009, n° 78, pp. 319-373, p. 321.

⁹⁵² *Ibid.*, pp. 323-324.

suffisante »⁹⁵³. Que l'on se place dans l'une ou l'autre forme d'aménagement raisonnable, soit des demandes d'adaptation individuelle d'une règle générale, soit des exceptions législatives afin d'éviter de créer des discriminations indirectes⁹⁵⁴, on constate que le mécanisme suppose la mise en œuvre de traitements différenciés à destination d'une catégorie d'individus identifiée sur la base d'un motif prohibé de discrimination.

316. La Cour européenne des droits de l'homme a admis que ce mécanisme était un moyen de lutte contre les discriminations dans sa décision de 2016 *Çam contre Turquie*⁹⁵⁵. En réponse à l'argumentation du gouvernement selon laquelle le Conservatoire national de musique turc ne disposait pas des infrastructures adaptées pour accueillir les élèves en situation de handicap – telle la requérante –, la Cour considère que « l'article 14 doit être lu à la lumière des exigences [de la Convention des Nations Unies relatives aux droits des personnes handicapées] au regard des aménagements raisonnables – entendus comme « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportée, en fonction des besoins dans une situation donnée » – que les personnes en situation de handicap sont en droit d'attendre »⁹⁵⁶. En revanche, en matière d'exercice de la liberté de religion et d'application du principe de laïcité, la Cour est bien moins encline à admettre un droit à obtenir un traitement favorable en raison de son identité. Ainsi, dans l'affaire *Leyla Sahin contre Turquie*, la Cour admet que la Turquie pouvait interdire le port du foulard islamique à l'Université sans méconnaître les exigences tirées des articles 9 et 14 de la Convention⁹⁵⁷. Elle valide de fait les sanctions disciplinaires prises à l'encontre de l'étudiante portant le voile. La demande de celle-ci relevait bien du champ des aménagements raisonnables en ce qu'il s'agissait d'une adaptation de la règle générale de laïcité et de neutralité à l'égard du fait religieux à la situation particulière de la requérante. De même, dans l'affaire *Dahlab contre Suisse*, la Cour avait rendu une décision d'irrecevabilité et avait conclu qu'en interdisant à une enseignante de porter le voile devant ses élèves, les autorités suisses n'avaient pas dépassé la marge nationale d'appréciation octroyée aux États⁹⁵⁸. Dans ces deux affaires, la demande

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 324.

⁹⁵⁴ Sur la distinction entre exemption et aménagement raisonnable, V. M. CARTABIA, « The Many and the Few : Clash of Values of Reasonable Accommodation », *Am. U. Int. L. Rev.*, 2018, vol. 33, pp. 667-680, not. pp. 672-675. L'auteure estime notamment qu'alors qu'une exemption ne rentre en conflit qu'avec d'autres droits individuels (à l'image de l'objection de conscience des médecins par exemple face au droit à l'avortement), l'aménagement raisonnable offre une solution plus nuancée par l'encadrement de l'exercice du droit individuel (par exemple la liberté de conscience et de religion).

⁹⁵⁵ Cour EDH, 2ème Section, *Çam c. Turquie*, 23 février 2016, *op. cit.* note 924.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, §65.

⁹⁵⁷ Cour EDH (GC), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, *op. cit.* note 629, §109.

⁹⁵⁸ Cour EDH, 2ème Section, *Dahlab c. Suisse (décision)*, 15 février 2001, *op. cit.* note 923.

individuelle des requérantes de pouvoir porter le foulard ou le voile dans le cadre de leur activité peut s'analyser comme des demandes d'aménagements raisonnables auxquelles la Cour ne fait pas droit, faisant jouer la théorie de la marge nationale d'appréciation. On peut ainsi douter de l'existence, comme en droit canadien⁹⁵⁹, d'une obligation d'aménagement raisonnable, puisque la marge nationale d'appréciation permet de délier l'État d'une quelconque obligation en la matière.

317. Le rejet des amendements relatifs aux aménagements raisonnables lors de l'adoption par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe⁹⁶⁰ de la Résolution « protection de la liberté de religion ou de croyance sur le lieu de travail »⁹⁶¹ va dans le même sens : il n'y a pas en droit conventionnel d'obligation d'aménagement raisonnable. L'APCE est l'organe parlementaire du Conseil de l'Europe dans lequel des représentants de chaque État membre de l'organisation sont élus proportionnellement à la population qui compose l'État. Dans cette enceinte particulière, n'ayant pas le pouvoir d'adopter des normes contraignantes mais dont la fonction a trait au maintien d'un dialogue constant entre les États membres du Conseil de l'Europe, les représentants peuvent porter des questions sensibles, telle la question qui faisait l'objet de la Résolution « protection de la liberté de religion ou de croyance sur le lieu de travail ». Ainsi, au paragraphe 5 de la Résolution, les mots « la question de *l'aménagement* de la manifestation de la religion ou de la conviction des employés » a été remplacée par « la garantie de la non-discrimination à l'égard des employés au motif de leur religion ou de leurs convictions », neutralisant toute mention pouvant renvoyer à une obligation d'aménagement raisonnable⁹⁶². Dans la note explicative à cet amendement, les représentants précisent que « [le] droit international des droits de l'homme n'envisage pas « d'aménagement raisonnable » de la

⁹⁵⁹ V. : Cour suprême du Canada, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Commission des droits de la personne)*, 13 septembre 1990, n° 20850, [1990] 2 RCS 489 ; Cour suprême du Canada, *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, 9 septembre 1999, n° 26274, [1999] 3 RCS 3. Dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool*, la discussion des juges portait sur la question de savoir si une « obligation d'accommodement » s'applique dans le cas où une exigence professionnelle normale (EPN) existe. Dans l'affaire *Colombie-Britannique v. BCGSEU*, la demanderesse, pompière forestière congédiée à la suite d'échecs à un test aérobique, se plaignait que ce test, considéré par le gouvernement de la Colombie-Britannique comme une exigence professionnelle justifiée, représentait une discrimination par suite d'un effet préjudiciable à l'égard des femmes par rapport aux hommes. Il était alors question pour les juges de savoir si l'obligation d'accommodement de l'employeur devait être restreinte.

⁹⁶⁰ Ci-après APCE.

⁹⁶¹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 2318 (2020) « La protection de la liberté de religion ou de croyance sur le lieu de travail »*, 29 janvier 2020.

⁹⁶² Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 15015, Recueil des amendements écrits, « Projet de résolution "La protection de la liberté de religion ou de croyance sur le lieu de travail" », 28 janvier 2020, en ligne : <https://pace.coe.int/fr/files/28322/compendium#drafttext-B> (consulté le 23 novembre 2021), amendement n°8. Nous soulignons.

liberté de religion ou de croyance. Cette notion n'est pas un moyen efficace pour atteindre les objectifs du projet de texte, qui sont mieux servis par une mention claire et sans ambiguïté de la non-discrimination, afin de garantir le respect des droits et libertés fondamentaux de chacun ». Le paragraphe 7 de la Résolution a été également modifié. Au départ, il était formulé de manière à admettre la nécessité de l'approche de la non-discrimination par l'introduction d'aménagements raisonnables : « [l'Assemblée] conclut que dans certaines situations, « *l'aménagement raisonnable* » par les employeurs des pratiques religieuses de leurs employés peut représenter une approche concrète, en vue d'assurer la proportionnalité de toute ingérence dans la manifestation d'une religion ou d'une conviction, ce qui évite toute discrimination et toute violation des droits des employés en la matière. Il permet également d'assurer la réalisation concrète de l'égalité des adeptes de différentes religions ou convictions. Bien qu'un mécanisme officiel d'aménagement raisonnable de la religion ou des convictions ait été expressément incorporé dans la législation du Canada et des États-Unis d'Amérique, cela n'a pas encore été le cas dans un État européen »⁹⁶³. Le paragraphe 7 de la Résolution finalement adopté ne mentionne plus ces outils : « [l'Assemblée] réaffirme l'obligation des États membres de garantir la non-discrimination sur le lieu de travail, y compris celle motivée par religion ou les croyances. La liberté des employés de manifester leur religion ou leurs croyances peut uniquement être assortie de restrictions conformes au droit et aux normes du droit international des droits de l'homme, qui soient nécessaires et proportionnées et poursuivent un but légitime ». Enfin, le paragraphe 9.2 du projet de Résolution mentionnait que l'Assemblée invitait les États membres du Conseil de l'Europe « à envisager de prendre des mesures législatives ou toute autre mesure appropriée, afin de garantir que les employés puissent déposer des demandes *d'aménagement raisonnable* de leur religion ou de leurs convictions ». Là encore, l'amendement adopté neutralise l'usage de la notion d'aménagement raisonnable, les représentants précisant dans la note explicative que « [la] notion d'aménagement raisonnable n'est pas un moyen efficace de lutte contre discrimination (*sic*) fondée sur la religion ou les convictions et a des implications néfastes pour les droits d'autrui à l'égalité et à la non-discrimination »⁹⁶⁴.

⁹⁶³ *Ibid.*, amendement n°5. Nous soulignons.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, amendement n° 2. Le paragraphe 9.2. tel qu'adopté ne mentionne ainsi plus la notion d'aménagement raisonnable et est rédigé comme suit : « à prendre des mesures législatives et toute autre mesure appropriée, afin de garantir que les employés puissent dénoncer les violations de leur droit à la non-discrimination fondée sur la religion ou les convictions ».

318. Au regard de tous ces éléments, conclure à l'existence ou à la consécration d'un « droit à l'identité » en droit de la non-discrimination conventionnel paraît relever du fantasme : le potentiel droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité semble anecdotique au regard du nombre d'affaires dans lesquelles la Cour n'est confrontée à aucune question identitaire ; l'identité personnelle ou de groupe n'apparaît pas comme un facteur suffisant pour déclencher un droit à ne pas subir de discrimination ; on peut s'interroger sur la pertinence de la précision « sur le fondement de son identité » quand le droit à ne pas subir de discrimination fondée sur un motif prohibé remplit la même fonction ; la Cour supprime des traitements favorables accordés à des groupes de personnes en le justifiant par la poursuite d'un objectif d'égalité ; et enfin la Cour comme les instances du Conseil de l'Europe sont réticentes à user des aménagements raisonnables, outils qui pourtant pourraient pleinement permettre de mettre en œuvre un « droit à l'identité » c'est-à-dire un droit à faire reconnaître sa différence identitaire. L'objet de cette critique doctrinale, le « droit à l'identité » est ainsi tout à la fois une notion floue dont le sens reste difficile à cerner et un objet juridiquement très restreint. À cela s'ajoute le fait que la critique porte sur un champ restreint des décisions jurisprudentielles, ce qui tend à son exagération.

2. Le champ restreint de la critique

319. Non seulement, la critique relative à la consécration progressive d'un « droit à l'identité » en droit de la non-discrimination porte en réalité sur un objet mal défini et borné, mais il s'appuie surtout sur un nombre de décisions jurisprudentielles numériquement limité (2.1.), dont l'analyse relève parfois de l'exagération (2.2.).

2.1. Une critique portant sur des décisions relativement peu nombreuses

320. Le « droit à l'identité » apparaît comme un fantasme car les décisions qui semblent garantir ou *a minima* évoquer un tel droit subjectif sont peu nombreuses dans la jurisprudence relative à l'article 14. Plusieurs moyens permettent de démontrer ce point.

321. Premièrement, en utilisant le moteur de recherche de la Cour européenne des droits de l'homme *Hudoc*, il est possible de croiser le critère d'une allégation de discrimination (article 14 de la Convention) et la recherche de la formule exacte « droit à l'identité ». Sur les 36 décisions évoquées précédemment mentionnant dans toute la jurisprudence de la Cour – et non pas seulement sur l'article 14 – seuls 6 arrêts et une décision dans lesquels une allégation de

discrimination était soulevée font apparaître expressément l'expression « droit à l'identité ». Il s'agit des arrêts *Odièvre contre France*⁹⁶⁵, *Jäggi contre Suisse*⁹⁶⁶, *Koua Poirrez contre France*⁹⁶⁷, *Van Kuck contre Allemagne*⁹⁶⁸, *Cusan et Fazzo contre Italie*⁹⁶⁹, *Konstantinidis contre Grèce*⁹⁷⁰ et de la décision d'irrecevabilité *Guroglu contre Turquie*⁹⁷¹. Ces 6 arrêts dans lesquels l'expression apparaît représentent ainsi 1% des arrêts rendus par la Cour dans lesquels la violation de l'article 14 de la Convention a été soulevée. Pis, sur ces 6 arrêts, l'expression « droit à l'identité » est mentionnée pour l'un d'entre eux dans une opinion dissidente⁹⁷² et pour un autre dans les moyens du gouvernement⁹⁷³, ce qui signifie que la Cour dans ces cas d'espèce n'a pas expressément employé l'expression dans le sens d'un droit garanti par elle. Dans 4 de ces 6 arrêts, la Cour mentionne le « droit à l'identité » uniquement dans le cadre de son examen de l'allégation de violation de l'article 8, et pas dans son examen de l'allégation de violation de l'article 14⁹⁷⁴. Elle l'utilise de plus pour rappeler que l'article 8 garantit un « droit à l'identité et à l'épanouissement personnel », droit pour lequel nous avons démontré que le sens que la Cour lui donnait différait du potentiel sens donné à un « droit à l'identité » sous l'article 14⁹⁷⁵. Ainsi, dans aucun de ces six arrêts la Cour n'affirme garantir un « droit à l'identité » sur le fondement de l'article 14.

322. Deuxièmement, il est possible de rechercher, non plus les arrêts dans lesquels la Cour utilise l'expression, mais les arrêts dans lesquels la doctrine voit une garantie ou un glissement vers une garantie d'un « droit à l'identité », voire d'un droit parallèle au droit universaliste garanti à certains groupes identitaires. Paradoxalement, les critiques portées à l'encontre de la

⁹⁶⁵ Cour EDH (GC), *Odièvre c. France*, 13 février 2003, *op. cit.* note 17, not. §29.

⁹⁶⁶ Cour EDH, 3ème Section, *Jäggi c. Suisse*, 13 juillet 2006, req. n°58757/00, *Rec. CEDH 2006-X*, not. §37.

⁹⁶⁷ Cour EDH, 2ème Section, *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, *op. cit.* note 520.

⁹⁶⁸ Cour EDH, 3ème Section, *Van Kuck c. Allemagne*, 12 juin 2003, req. n°35968/97, *Rec. CEDH 2003-VII*, not. §75.

⁹⁶⁹ Cour EDH, 2ème Section, *Cusan et Fazzo c. Italie*, 7 janvier 2014, req. n°77/07, not. §51.

⁹⁷⁰ Cour EDH, 1ère Section, *Konstantinidis c. Grèce*, 3 avril 2014, req. n°58809/09, not. §47.

⁹⁷¹ Cour EDH, 2ème Section, *Guroglu c. Turquie (décision)*, 28 septembre 2010, req. n°47188/06, notamment « l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel ».

⁹⁷² Opinion dissidente de Mme la juge Mularoni sous l'arrêt Cour EDH, 2ème Section, *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, *op. cit.* note 520 : « La Cour a notamment dit que l'expression « vie privée » est large, qu'elle ne se prête pas à une définition exhaustive et que l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel, et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur ».

⁹⁷³ Cour EDH, 2ème Section, *Cusan et Fazzo c. Italie*, 7 janvier 2014, *op. cit.* note 968, not. § 51 : « En tout état de cause, la procédure de changement de nom doit selon le Gouvernement ménager un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt public de la détermination de l'état civil des individus et, d'autre part, le droit à l'identité personnelle, en tant que droit fondamental protégé par le CC ».

⁹⁷⁴ Cour EDH (GC), *Odièvre c. France*, 13 février 2003, *op. cit.* note 17 ; Cour EDH, 3ème Section, *Van Kuck c. Allemagne*, 12 juin 2003, *op. cit.* note 967 ; Cour EDH, 3ème Section, *Jäggi c. Suisse*, 13 juillet 2006, *op. cit.* note 965 ; Cour EDH, 1ère Section, *Konstantinidis c. Grèce*, 3 avril 2014, *op. cit.* note 969.

⁹⁷⁵ V. *supra* §§247 et s.

Cour ne concernent aucun des six arrêts mentionnés ci-dessus. Bernard EDELMAN est ainsi particulièrement véhément contre l'arrêt *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*⁹⁷⁶ estimant que « ce qui importe par-dessus tout, c'est le respect du droit à « l'identité sexuelle »⁹⁷⁷ alors même que la Cour n'utilise jamais l'expression d'un « droit à l'identité » sexuelle dans cet arrêt. Bertrand MATHIEU quant à lui considère que l'arrêt *Zarb Adami contre Malte*⁹⁷⁸ est un obstacle pour les États dans la lutte contre l'islam radical et politique⁹⁷⁹. Il considère d'ailleurs dans un de ses ouvrages que « le principe de non-discrimination devient ainsi une arme au service du projet de l'islamisme radical »⁹⁸⁰. C'est ainsi la notion de discrimination indirecte qui est visée.

323. Enfin, en dehors du champ académique, Grégor PUPPINCK s'est particulièrement emporté contre l'arrêt *Molla Sali contre Grèce*⁹⁸¹ estimant notamment que « ce qui risque d'arriver, et apparaît déjà dans cette affaire, c'est l'introduction de la charia, par la volonté individuelle, dans les droits de l'homme : c'est le "droit à la charia" »⁹⁸². Sans entrer dans le détail de cette critique, il est intéressant de constater au regard de ces quelques illustrations des critiques portées à l'encontre de la Cour, le nombre de jurisprudences visées reste très restreint. Pourtant, Anne-Marie LE POURHIET estime que la formulation de libertés en *droit à* provient directement du droit européen : « L'on sait que le droit européen dans ses versions présentées en français regorge malheureusement de formules inélégantes et lourdes, et manifeste une tendance très nette à abuser du "droit à" y compris pour désigner des libertés (droits de) et non des créances (droits à). C'est ainsi que nous sont bizarrement reconnus par la Convention de Strasbourg et la Charte des droits fondamentaux de l'Union des "droits à" la liberté de pensée, d'expression ou de réunion [...]. Mais la doctrine française a aussi manifesté une tendance à

⁹⁷⁶ Cour EDH (GC), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, *op. cit.* note 58.

⁹⁷⁷ B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138, p. 133. Il ajoute p. 134 : « dans le même arrêt Goodwin, la C.E.D.H. avait, logiquement, extrapolé le droit d'établir son identité sexuelle au mariage des transsexuels » retenant cette fois-ci, tout en les mélangeant, l'expression « droit d'établir son identité sexuelle » et « droit à l'identité sexuelle ».

⁹⁷⁸ Cour EDH, 4ème Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, *op. cit.* note 135.

⁹⁷⁹ B. MATHIEU, « S'opposer à la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 12, notamment : « La France doit pouvoir affirmer que la lutte contre l'islam radical et politique peut conduire à des différences de traitement auxquelles le principe de non-discrimination ne saurait faire obstacle. Or, la Cour européenne retient une conception très large de la notion de discrimination en interdisant notamment les dispositions nationales pouvant conduire indirectement à des effets préjudiciables à l'égard d'un groupe de personnes (arrêt du 20 juin 2006) ». Dans une certaine mesure, cette critique est à rapprocher de celle développée par Jean-Louis HAROUEL qui estime que « [de] manière ubuesque, dans les nations européennes, notre système juridique des droits de l'homme, avec son obsession de la non-discrimination dont profitent abondamment les musulmans, prépare paradoxalement la domination d'un système juridico-divin fondé sur la discrimination, puisque l'islam par définition est discriminatoire ». V. J.-L. HAROUEL, *Les droits de l'homme contre le peuple*, *op. cit.* note 162, p. 34.

⁹⁸⁰ B. MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, *op. cit.* note 676, p. 34.

⁹⁸¹ Cour EDH (GC), *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, *op. cit.* note 666.

⁹⁸² G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14.

qualifier l'égalité non plus de principe mais de "*droit à l'égalité*" et cette façon de dire a été avalisée par les juridictions françaises [...]. Une telle mutation d'un principe en droit n'est évidemment pas anodine et révèle de manière éclatante ce que Jean CARBONNIER appelait "*la pulvérisation du droit objectif en droits subjectifs*"⁹⁸³. Force est de constater pourtant que la Cour recourt peu, en nombre de jurisprudences et en nombre d'occurrence de l'expression « droit à l'identité », à cette formulation⁹⁸⁴.

324. Si l'on regarde ensuite le contenu de ces critiques et qu'on les confronte à l'interprétation de l'article 14 donnée par la Cour dans ces décisions et à la solution rendue, la portée de ces décisions telle que décrite par ces auteurs est également critiquable, relevant une fois de plus du fantasme.

2.2. Une conception de la portée des décisions critiquable

325. L'arrêt *Christine Goodwin contre Royaume-Uni* consacre-t-il un « droit à l'identité sexuelle » dans le champ de la Convention ? L'arrêt *Zarb Adami contre Malte* rend-il impossible la lutte contre l'islam radical comme le prétend Bertrand MATHIEU ? La Grande Chambre a-t-elle ouvert la porte à un « droit à la charia » en Europe dans son arrêt *Molla Sali contre Grèce* ? Les auteurs précités semblent attacher à ces décisions des conséquences et une portée importantes. Il apparaît toutefois nécessaire de revenir sur le fond de ces décisions afin de déterminer la validité de ces affirmations.

326. S'agissant de l'arrêt *Christine Goodwin contre Royaume-Uni* précédemment évoqué⁹⁸⁵, la Cour était saisie de la requête d'une femme transgenre, opérée depuis 1990, qui, ayant demandé la modification de son acte de naissance afin d'y faire inscrire son sexe social et la possibilité d'épouser son compagnon, s'était vu refuser ses demandes par les autorités britanniques. La Cour, en l'espèce, conclut à une violation de l'article 8 mais constate l'absence de question distincte soulevée sous l'angle de l'article 14. On peut ainsi relever dans un premier temps que cette décision n'est pas analysée par la Cour sous l'angle de l'article 14 de la Convention, le droit de la non-discrimination ne servant ainsi pas de fondement à la garantie

⁹⁸³ A.-M. LE POURHIET, « Égalité et discrimination », *op. cit.* note 865, pp. 25-33, not. p. 26.

⁹⁸⁴ On peut également relever que, contrairement à ce qu'affirme Anne-Marie LE POURHIET, si la Convention garantit bien des « droits à » (droit au respect de la vie privée à l'article 8, ou droit à un procès équitable à l'article 6), elle ne mentionne aucunement un « droit à la liberté de pensée » (l'article 9 étant formulé comme une liberté de pensée, de conscience et de religion) ou un « droit à la liberté d'expression » (l'article 10 étant lui aussi formulé comme une liberté d'expression).

⁹⁸⁵ V. *supra* §§185 et s.

d'un potentiel « droit à l'identité » sexuelle. Deuxièmement, si la Cour déclare effectivement que « sur le terrain de l'article 8 de la Convention [...], la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »⁹⁸⁶, il semble que la Cour fasse une stricte application de sa jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention en ce que, tout comme elle garantit aux enfants un droit à l'épanouissement personnel et à l'identité dans le fait de pouvoir connaître les détails de l'identité de leurs ascendants – droit qui par ailleurs est relatif dans la jurisprudence et fait l'objet d'une analyse stricte de la proportionnalité et des intérêts parfois divergents des enfants et de leurs ascendants⁹⁸⁷ –, elle garantit également un droit à l'épanouissement personnel et à l'identité aux personnes qui veulent que les détails de leur identité subjective concorde avec ceux retenus par l'État pour établir leur identité objective. La mutabilité de l'identité sexuelle des personnes semble davantage être au cœur de la critique portée par l'auteur. La critique de Bernard EDELMAN repose à notre sens davantage sur l'ambivalence de l'identité – à la fois objective, c'est-à-dire fixée par l'État, et subjective, c'est-à-dire, en tant qu'elle est déterminée par l'individu, changeante. Paul RICŒUR estimait d'ailleurs que l'identité-*ipse*, dimension subjective de l'identité personnelle, est une « identité malgré le temps »⁹⁸⁸ : alors que la même chose s'inscrit dans le temps, l'ipséité est la réponse au « qui suis-je » malgré le temps. Autrement dit, la mutabilité est inhérente à la construction identitaire.

327. S'agissant de l'arrêt *Zarb Adami contre Malte*⁹⁸⁹, le requérant, appelé à servir en qualité de juré à plusieurs reprises, ne se présente pas au tribunal et écope d'une amende. Il soutient devant la Cour européenne des droits de l'homme que l'amende est discriminatoire car elle le soumet à des charges et devoirs que d'autres personnes dans la même situation n'avaient pas à supporter : les femmes étaient plus souvent dispensées du service de jury que les hommes. Cet arrêt a été commenté comme ouvrant la voie à l'interdiction des discriminations indirectes⁹⁹⁰ – avec la jurisprudence de la Grande Chambre dans l'affaire *D.H. contre République Tchèque*⁹⁹¹ – en ce que la source de la discrimination en l'espèce se situait dans « une pratique bien ancrée, caractérisée par un certain nombre d'éléments, tels que la manière dont les listes

⁹⁸⁶ Cour EDH (GC), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, *op. cit.* note 58, §90.

⁹⁸⁷ V. notamment : Cour EDH (GC), *Odièvre c. France*, 13 février 2003, *op. cit.* note 17.

⁹⁸⁸ P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, *op. cit.* note 33, p. 140.

⁹⁸⁹ Cour EDH, 4^{ème} Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, *op. cit.* note 135. Pour un bref rappel des faits, V. *supra* §84.

⁹⁹⁰ F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 86, p. 109.

⁹⁹¹ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136. Pour un rappel des faits, V. *supra* §82.

de jurés sont établies et les critères d'exemption du service de jury » et non dans une norme écrite⁹⁹². Or, pour Bertrand MATHIEU, « la France doit pouvoir affirmer que la lutte contre l'islam radical et politique peut conduire à des différences de traitement auxquelles le principe de non-discrimination ne saurait faire obstacle. Or, la Cour européenne retient une conception très large de la notion de discrimination en interdisant notamment les dispositions nationales pouvant conduire indirectement à des effets préjudiciables à l'égard d'un groupe de personnes (arrêt du 20 juin 2006) »⁹⁹³. Autrement dit, la notion de discrimination indirecte, en ce qu'elle considère qu'une pratique ou un comportement d'apparence neutre mais ayant des effets préjudiciables disproportionnés à l'égard d'un groupe de personnes puisse être qualifiée de discriminatoire, empêche une lutte ferme contre l'islamisme politique selon l'auteur. C'est vite oublier l'application du principe de proportionnalité et la fermeté de la Cour de Strasbourg à l'égard de l'islamisme radical. Sur le premier point, l'interdiction des discriminations indirectes n'empêche aucunement la justification – si tant est qu'elle soit objective et raisonnable – de la différence de traitement, même formulée de manière neutre, entre des groupes de personnes. Or, la Cour a déjà su démontrer que le maintien du « vivre ensemble » et l'objectif de sécurité publique pouvaient être des justifications objectives et raisonnables suffisantes pour justifier une apparence de discrimination⁹⁹⁴. Sur le second point, la jurisprudence de la Cour dans des affaires mettant en cause des islamistes radicaux apparaît suffisamment robuste. La critique soulevée par Bertrand MATHIEU ne résiste pas à l'analyse fine de la jurisprudence conventionnelle. Par exemple, dans la décision d'irrecevabilité *Belkacem contre Belgique*, la Cour a considéré que les propos haineux du dirigeant d'une organisation salafiste radicale ne bénéficiaient pas de la protection de la liberté d'expression. Loin de dessaisir les États de leurs moyens dans la lutte contre l'islamisme radical, la Cour y affirme que « [s'agissant] en particulier des propos du requérant relatifs à la charia, la Cour rappelle qu'elle a jugé que le fait de défendre la charia en appelant à la violence pour l'établir pouvait passer pour un "discours de haine" [...], et que *chaque État contractant peut prendre position contre des mouvements politiques basés sur un fondamentalisme religieux*, par exemple un mouvement qui vise à établir

⁹⁹² Cour EDH, 4ème Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, *op. cit.* note 135.

⁹⁹³ B. MATHIEU, « S'opposer à la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 12. Il développe par ailleurs des arguments similaires dans son essai de 2017. V. B. MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, *op. cit.* note 676.

⁹⁹⁴ V. par exemple l'examen des justifications dans l'affaire *S.A.S. c. France*. Cour EDH (GC), *S.A.S. c. France*, 1 juillet 2014, *op. cit.* note 421. V. également : Cour EDH (GC), *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 février 2003, req. n°41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, *Rec. CEDH 2003-II*, §92 : « Selon la Cour, dans une société démocratique, l'État peut limiter la liberté de manifester une religion [...] si l'usage de cette liberté nuit à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique ».

un régime politique fondé sur la charia »⁹⁹⁵. De la même manière, dans l'affaire *Refah Partisi (Parti de la prospérité) contre Turquie*, à propos de la dissolution d'un parti cherchant à imposer la charia en Turquie, la Cour a affirmé que « les libertés garanties par l'article 11 de la Convention ainsi que par les articles 9 et 10 ne sauraient priver les autorités d'un État, dont une association, par ses activités, met en danger les institutions, du droit de protéger celles-ci »⁹⁹⁶. L'affirmation peut sans aucun doute être prolongée à l'article 14, qui rappelons-le n'est pas une clause autonome dans le système conventionnel. Enfin, en 2018, la Cour a considéré que l'expulsion vers la Tunisie d'une personne considérée comme une menace pour la sécurité nationale (un extrémiste islamiste) d'un État partie à la Convention n'est pas contraire aux dispositions de celle-ci⁹⁹⁷. En réalité, la Cour ne semble pas faire obstacle à la lutte contre l'islamisme radical. Le cœur de la critique, proche de celle développée d'ailleurs par Grégor PUPPINCK à propos de l'arrêt *Molla Sali contre Grèce*, repose davantage sur le fait que la Cour analyse les moyens utilisés par les États pour lutter contre cette idéologie, à l'aune des droits fondamentaux garantis par la Convention. Pour reprendre les propos de Nicolas HERVIEU « tout comme elle le fait concernant la lutte contre le terrorisme, la Cour européenne refuse de sacrifier la protection des droits fondamentaux sur l'autel de la lutte contre l'islamisme radical. Car cela serait néfaste aux droits et libertés de tous, sans pour autant permettre une lutte plus efficace contre cette menace »⁹⁹⁸.

328. S'agissant enfin de l'arrêt *Molla Sali contre Grèce*, il a été reproché à la Cour de ne pas avoir condamné « la charia en elle-même », ce qui constituerait une « approche à la fois libérale et communautariste ». Cela a pour conséquence qu'« en acceptant le principe même de l'applicabilité de la charia en Europe, fut-ce de façon limitée, cet arrêt permet aux partis politiques qui en veulent l'application, de prétendre agir "dans le respect des droits de l'homme" »⁹⁹⁹. En l'espèce, le mari de la requérante, membre de la communauté musulmane

⁹⁹⁵ Cour EDH, 2ème Section, *Belkacem c. Belgique (décision)*, 27 juin 2017, n° 34367/14, §34. Nous soulignons.

⁹⁹⁶ Cour EDH (GC), *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 février 2003, *op. cit.* note 993, §96. Nous soulignons. V. également §98 : « la Cour estime qu'un parti politique peut promouvoir un changement de la législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'Etat à deux conditions : 1. les moyens utilisés à cet effet doivent être légaux et démocratiques ; 2. le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux. Il en découle nécessairement qu'un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence ou proposent un projet politique qui ne respecte pas la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît, ne peut se prévaloir de la protection de la Convention contre les sanctions infligées pour ces motifs ».

⁹⁹⁷ Cour EDH, 5ème Section, *Saidani c. Allemagne (décision)*, 4 septembre 2018, req. n° 17675/18.

⁹⁹⁸ N. HERVIEU, « «Non, la CEDH n'a pas érigé la charia en droit de l'homme !» », *Le Figaro.fr*, 28 décembre 2018, en ligne <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2018/12/28/31003-20181228ARTFIG00078-non-la-cedh-n-a-pas-erige-la-charia-en-droit-de-l-homme.php> (consulté le 18 mars 2019).

⁹⁹⁹ G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14, §70.

de Thrace en Grèce, est décédé en 2008. Il avait préalablement établi un testament notarié, homologué par le tribunal de première instance, dans lequel il léguait à son épouse la totalité de ses biens. Mais les sœurs du défunt contestent la succession et la validité du testament, revendiquant 75% des biens légués au motif que, appartenant à la communauté musulmane de Thrace, les questions relatives à la succession devaient être réglées conformément à la charia. Les juridictions grecques avaient d'abord débouté en première instance et en appel les demandes des sœurs du défunt, estimant que le mufti n'avait aucune compétence juridictionnelle en matière de testament public. Mais, la Cour de cassation accueille le pourvoi formé par les deux sœurs du défunt et, après avoir considéré que « les muftis exerçaient leur compétence sur les musulmans en matière de mariage, de divorce, de pension alimentaire, de tutelle, de curatelle, d'émancipation des mineurs, de testament islamique et de succession *ab intestat* »¹⁰⁰⁰, renvoie l'affaire devant les juridictions inférieures. Cela eu pour conséquence de priver la requérante de 75% des biens légués par son mari décédé. Elle dépose alors une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme et c'est ainsi que le 19 décembre 2012 la Grande Chambre, saisie de l'affaire, rend sa décision. La requérante allègue alors une violation de l'article 14 combiné avec l'article 1^{er} du Protocole n°1 en ce que la Cour de cassation, en appliquant la charia plutôt que le droit civil grec, l'a privée en partie de son héritage. En l'espèce, les arguments du gouvernement grec et de la requérante s'opposaient quant à la place du droit musulman dans l'ordre juridique grec. Pour la requérante, l'arrêt de principe *Thlimmenos contre Grèce* de la Cour ne peut offrir que des protections *facultatives* aux minorités religieuses. Au contraire, pour le gouvernement, la requérante n'a subi aucune discrimination et la Cour de cassation a appliqué une jurisprudence protectrice de la minorité musulmane.

329. En raison du caractère délicat de l'affaire, la Cour explicite directement sa méthode dans l'application de la Convention au cas qui lui est soumis¹⁰⁰¹, faisant ainsi preuve d'une grande clarté et pédagogie. Elle commence par établir le fait que l'impossibilité pour la requérante de tirer bénéfice d'un testament en sa faveur, conformément au code civil grec, tombe dans le champ d'application de l'article 1^{er} du Protocole n°1¹⁰⁰². Recherchant ensuite s'il existait en l'espèce une différence de traitement, la Cour observe que la requérante, femme mariée

¹⁰⁰⁰ Cour EDH (GC), *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, *op. cit.* note 666, §18.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, §122.

¹⁰⁰² *Ibid.*, §128 et suivants, not. §131 : « l'intérêt patrimonial de la requérante à succéder à son mari était suffisamment important et reconnu pour constituer un « bien » au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 du Protocole n°1 ».

bénéficiaire du testament public établi devant notaire conformément aux dispositions du code civil grec, était dans une situation analogue à celle d'une femme mariée bénéficiaire du testament d'un mari non musulman. Pourtant la Cour de cassation dans sa décision avait placé la requérante « dans une situation différente par rapport à une femme mariée bénéficiaire du testament d'un mari non musulman »¹⁰⁰³. Observant ensuite les justifications apportées à la différence de traitement mise en lumière, la Cour exprime ses réserves face aux arguments du gouvernement. En effet, le gouvernement grec soutenait en l'espèce que la Cour de cassation poursuivait un but légitime à savoir la protection de la minorité musulmane de Thrace. Mais « la Cour doute, au vu des circonstances particulières de l'espèce, que la mesure dénoncée concernant les droits successoraux de la requérante soit appropriée pour réaliser ce but »¹⁰⁰⁴. Pour la Grande Chambre, l'approche de la Cour de cassation a pour conséquence d'emporter la nullité des testaments rédigés devant notaire par tout ressortissant grec de confession musulmane, puisque celle-ci considère que les relations successorales des membres de la communauté musulmane sont toutes régies par la charia¹⁰⁰⁵. La Cour considère la justification apportée par le gouvernement grec non convaincante pour cinq raisons¹⁰⁰⁶. Premièrement, la signature des traités de Sèvres et de Lausanne invoqués par le gouvernement grec ne pose aucune obligation à la charge des États signataires d'appliquer la charia mais uniquement de protéger la minorité musulmane de Grèce. Deuxièmement, les dispositions du traité d'Athènes relatives à la protection des droits des minorités ainsi que celles du traité de Sèvres ne sont plus en vigueur en droit grec, faisant de cette justification un argument peu convaincant. Troisièmement, les dispositions de la loi de 1991 qui énumèrent les compétences des muftis en matière successorale se réfèrent au testament islamique et à la succession *ab intestat* et non aux autres types de succession tels que le testament public établi devant notaire. Quatrièmement, il existe de nombreuses divergences de jurisprudence en ce qui concerne la question de la conformité du droit musulman au principe d'égalité de traitement et aux normes de protections des droits de l'homme entre les différentes formations de jugement de l'ordre juridique grec. Cinquièmement, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, dans son rapport sur les droits des minorités en Grèce, s'est révélé préoccupé « par l'application de la charia aux musulmans grecs de Thrace occidentale et par la discrimination ainsi créée » au sein de la communauté musulmane entre les hommes et les femmes, mais également entre les grecs

¹⁰⁰³ *Ibid.*, §140.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, §143.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, §148.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, §§150 à 154.

musulmans et les grecs non musulmans. La Grande Chambre par ailleurs confirme sa jurisprudence dans l'affaire *Izzettin Doğan et autres contre Turquie*¹⁰⁰⁷ et rappelle qu'aucune obligation n'existe dans la Convention s'agissant de la création d'un cadre juridique pour accorder aux minorités religieuses un statut spécial et lorsqu'un État crée un tel statut il doit alors veiller à ce que les critères pour que ce groupe bénéficie de ce statut soient appliqués de manière non-discriminatoires¹⁰⁰⁸. Surtout, elle estime que « refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification »¹⁰⁰⁹. Loin de donner un blanc-seing à l'application de la charia, la Grande Chambre termine son argumentation en « [notant] avec satisfaction que le 15 janvier 2018, la loi visant à abolir le régime spécifique imposant le recours à la charia pour le règlement des affaires familiales de la minorité musulmane est entrée en vigueur »¹⁰¹⁰.

330. Il est alors possible d'affirmer avec Nicolas HERVIEU que « pleinement consciente de l'impact de ses décisions, la Cour européenne retient des solutions qui, même si elles peuvent être discutées, sont toujours nuancées, à mille lieues des caricatures » et qu'« en condamnant la Grèce pour avoir appliqué la charia en lieu et place du droit civil, la Cour européenne a jugé précisément l'inverse de ce que suggère la tribune de Grégor PUPPINCK »¹⁰¹¹. L'argument phare de Grégor PUPPINCK selon lequel « la Cour pose comme "pierre angulaire" à son approche, le "droit de libre identification", c'est-à-dire le droit "de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité" »¹⁰¹² simplifie fortement la décision rendue par la Cour. Surtout, il suggère qu'un éventuel consentement des intéressés aurait suffi à valider la décision de la Cour de cassation. Il critique le fait que la solution « repose sur le postulat du consentement [...] parfaitement libre, pourvu qu'il soit éclairé », alors même que pour l'auteur « le consentement ne suffit pas à garantir la liberté »¹⁰¹³. Pourtant à la lecture des cinq arguments de la Grande Chambre lui permettant de rejeter la justification apportée par le gouvernement grec, il ne semble pas que le consentement des membres de la minorité musulmane suffise à

¹⁰⁰⁷ Cour EDH (GC), *Izzettin Doğan et autres c. Turquie*, 26 avril 2016, *op. cit.* note 758.

¹⁰⁰⁸ Cour EDH (GC), *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, *op. cit.* note 666 §155.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, §157.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, §160.

¹⁰¹¹ N. HERVIEU, « «Non, la CEDH n'a pas érigé la charia en droit de l'homme !» », *Le Figaro.fr*, 28 décembre 2018, en ligne <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2018/12/28/31003-20181228ARTFIG00078-non-la-cedh-n-a-pas-erige-la-charia-en-droit-de-l-homme.php> (consulté le 18 mars 2019).

¹⁰¹² G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14.

¹⁰¹³ *Ibid.*

rendre inapplicable le droit civil grec. Par ailleurs, « la Cour de Strasbourg a prévu un autre verrou : même consentie, l'application de règles religieuses n'est pas tolérable si elle "se heurte à un intérêt public important" »¹⁰¹⁴. Or, cette notion, loin de devoir être « [définie] au cas par cas »¹⁰¹⁵ et utilisée par la Cour dans sa jurisprudence antérieure pour insister sur l'importance de la protection des droits et libertés garantis par la Convention. L'application, à la suite de cette décision, d'un « droit à la charia » relève davantage de la chimère.

331. **Conclusion de la section.** Le « droit à l'identité », déjà complexe à définir et dont le sens juridique de manière générale et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme apparaît insaisissable, relève ainsi davantage du fantasme que de la réalité. Pour reprendre les termes employés par Laurence BURGORGUE-LARSEN : « la jurisprudence européenne est très éloignée de la grotesque caricature qui en est faite »¹⁰¹⁶.

332. La doctrine relevant la garantie par la Cour d'un *droit à* qu'il s'agisse d'un « droit à l'identité » ou dans un sens encore plus poussé d'un « droit à la charia »¹⁰¹⁷ repose en réalité sur un objet restreint. En effet, le droit à ne pas subir de discrimination ne semble pas avoir muté en un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité. Le champ d'application d'un tel droit apparaît également plus limité que le *droit à* ne pas subir de discrimination que la Cour garantit effectivement. Par ailleurs, la critique portant sur les mécanismes dits de discrimination positive tels que l'octroi de traitements favorables, ou la mise en œuvre d'aménagements raisonnables, repose sur une lecture tronquée de la jurisprudence conventionnelle. Sont passées sous silence les affaires dans lesquelles la Cour enjoint les États à supprimer des traitements favorables. Quant aux aménagements raisonnables, les institutions du Conseil de l'Europe sont frileuses à les employer. Enfin, tant le nombre réel de jurisprudences pouvant relever de la garantie d'un « droit à l'identité » que la portée donnée par les auteurs à ces décisions vont dans le sens d'un droit majoritairement fantasmé.

* * *

¹⁰¹⁴ N. HERVIEU, « «Non, la CEDH n'a pas érigé la charia en droit de l'homme !» », *op. cit.* note 997.

¹⁰¹⁵ G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14.

¹⁰¹⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « La CEDH ne mérite pas d'être le bouc-émissaire du réductionnisme de la pensée », *RDLF*, 2020, chron. n°73, en ligne <http://www.revuedlf.com/cedh/la-cedh-ne-merite-pas-detre-le-bouc-emissaire-du-reductionnisme-de-la-pensee/> (consulté le 26 novembre 2021). L'auteure poursuit en estimant que : « Un rapide retour vers l'histoire s'impose afin de poser, sereinement et objectivement, les termes d'un débat qui ne cesse d'enfler au sein de la société française. Il démontre l'impuissance ou, pis, le manque de volonté – calculé ou réel – d'appréhender la complexité et les subtilités du Réel ».

¹⁰¹⁷ G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14.

333. **Conclusion du chapitre.** Le « droit à l'identité », dont on peine à définir les contours et à déceler des traces dans la jurisprudence conventionnelle, apparaît ainsi comme un repoussoir permettant une critique plus globale de l'individualisme des droits de l'homme qui n'est pas sans rappeler la philosophie de Marcel GAUCHET. Selon lui, l'individu contemporain, nourri par « l'idéologie des droits de l'homme »¹⁰¹⁸ et « préoccupé au plus haut point par son « identité » et en quête de « reconnaissance » »¹⁰¹⁹, emploie le droit « comme instrument d'agitation et de transformation sociale, au titre de la conquête de « nouveaux droits » »¹⁰²⁰. Le « droit à l'identité » apparaît ainsi comme une formulation de ces « nouveaux droits » que l'individualisme des droits de l'homme pousserait à conquérir.

334. Ce « droit à l'identité » est ainsi illusoire et relève plus de la critique doctrinale que d'une réelle affirmation et garantie jurisprudentielle. Il s'inscrit dans une rhétorique doctrinale de critique de la « post-modernité » qui verrait dans le droit des droits de l'homme en général, dans le droit de la Cour européenne des droits de l'homme en particulier, une rupture avec un ordre de valeurs moins tourné vers la protection des individus et de leur autonomie personnelle.

* * *

¹⁰¹⁸ M. GAUCHET, F. AZOUVI, S. PIRON, *La condition historique*, *op. cit.* note 668, p. 314. V. également pour une explication de cette expression, M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie. IV : Le Nouveau monde*, *op. cit.* note 831, p. 551. L'auteur estime qu'il s'agit de « l'exploitation idéologique [des] droits individuels comme clé générale d'intelligibilité et de normativité de la condition collective ».

¹⁰¹⁹ M. GAUCHET, « Trois figures de l'individu », *op. cit.* note 160, pp. 72-78, p. 73 ; M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie. IV : Le Nouveau monde*, *op. cit.* note 831, p. 560 et pp. 624 et s.

¹⁰²⁰ M. GAUCHET, « Trois figures de l'individu », *op. cit.* note 160, pp. 72-78, p. 75.

335. **Conclusion du titre.** « Critiques ataviques »¹⁰²¹, « grotesque caricature »¹⁰²², les qualificatifs n'ont pas manqué pour nommer les arguments critiques à l'encontre de la Cour européenne et de sa jurisprudence. Au sein de cette « mode »¹⁰²³, la critique voulant voir dans le droit de la non-discrimination conventionnel la protection d'un « droit à l'identité » apparaît comme une mystification du réel : la notion est vague ; elle ne recouvre pas de réalité juridique au sein de la jurisprudence de l'article 14 ; forme d'exagération, elle ne porte que sur un nombre de jurisprudences restreintes et dont la portée est bien plus restreinte que ce que les auteurs ont pu en dire. Ainsi, le « droit à l'identité » devient un malentendu, cette formulation ne convenant pas au regard de la réalité de la jurisprudence conventionnelle. Il y a de l'identité dans le droit de la non-discrimination conventionnelle, certes, mais sa protection ne va pas jusqu'à la consécration d'un « droit à l'identité » pour les individus.

* * *

¹⁰²¹ Y. LECUYER, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 659.

¹⁰²² L. BURGORGUE-LARSEN, « La CEDH ne mérite pas d'être le bouc-émissaire du réductionnisme de la pensée », *op. cit.* note 1015.

¹⁰²³ Y. LECUYER, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 659.

336. **Conclusion de la partie.** La notion d'identité existe ainsi bel et bien dans la jurisprudence antidiscriminatoire de la Cour européenne des droits de l'homme mais sa place est relative. Certes, les instruments du droit de la non-discrimination introduits dans le droit conventionnel par la Cour depuis le début des années 2000 ont permis la prise en compte des différences, parfois identitaires et personnelles. Tel est le cas de l'interdiction des discriminations par absence de différenciation qui *in fine* met l'accent sur l'existence de différences entre individus ou groupes d'individus et invite les États à prendre en considération ces différences dans l'édiction ou la mise en œuvre de la norme. Tel est aussi le cas de la notion de discrimination positive qui, si elle est peu employée par la Cour européenne des droits de l'homme, rend compte d'une forme d'obligation à la charge des États de prendre en compte les différences entre individus ou groupes d'individus pour adapter le droit à ces différences. Tel est enfin le cas du mécanisme de la discrimination indirecte qui, en invitant à prendre en considération non plus seulement la stricte formulation des normes mais également les effets de ces normes sur des groupes d'individus, met l'accent sur l'existence desdits groupes et la nécessité de lutter contre des discriminations plus insidieuses, et plus collectives. Certes, la construction même du droit de la non-discrimination mène au constat de l'imbrication entre interdiction des discriminations et protection des identités. Comment comprendre la liste des motifs, d'autant plus lorsque la Cour interprète le motif comme devant être rattaché à une « caractéristique personnelle »¹⁰²⁴ « innée ou inhérente à la personne »¹⁰²⁵, si ce n'est par le prisme de l'identité subjective des individus ? Par ailleurs, le raisonnement menant à la preuve d'une discrimination, du fait de la comparaison entre deux situations, ne peut que mettre en exergue l'existence de différences entre les individus, lesquelles peuvent être des différences identitaires.

337. Toutefois, ces éléments ne permettent pas de conclure pour autant que le droit de la non-discrimination conventionnel protège désormais un « droit à l'identité ». Un tel droit renvoie d'ailleurs à une notion vague, mal définie par la Cour elle-même et dont l'emploi dans la jurisprudence de l'article 14 est fort restreint. Cela renvoie davantage à une critique doctrinale particulière qui voit dans la Cour une sorte de « bouc-émissaire »¹⁰²⁶, chantre d'un

¹⁰²⁴ Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 145, §56.

¹⁰²⁵ Cour EDH, 4^{ème} Section, *Clift c. Royaume-Uni*, 13 juillet 2010, *op. cit.* note 539, §56 : « characteristics which can be said to be "personal" in the sense that they are innate characteristics or inherently linked to the identity or the personality of the individual ».

¹⁰²⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « La CEDH ne mérite pas d'être le bouc-émissaire du réductionnisme de la pensée », *op. cit.* note 1015.

individualisme exacerbé et qui ferait trop souvent droit aux revendications identitaires des individus, voire de minorités. La confrontation de cette critique à la jurisprudence conventionnelle mène nécessairement à la prudence et un constat semble alors s'imposer : le « droit à l'identité » est une chimère dans le droit antidiscriminatoire conventionnel.

338. La place de l'identité dans le droit antidiscriminatoire est ainsi relative : l'identité semble présente en creux, presque par défaut. Il s'avère que cela est dû à une certaine construction de la liste de motifs, et à la mise en lumière de différences individuelles par le raisonnement et les mécanismes du droit de la non-discrimination. La crainte d'une « montée des communautarismes » demeure-t-elle face à ce constat ? Autrement dit, cette place relative de l'identité dans le droit antidiscriminatoire conventionnel mène-t-elle à une remise en cause des principes universalistes du droit conventionnel des droits de l'homme ? La question semble devoir se poser au regard de l'opposition, presque traditionnelle désormais tant elle est ancienne, entre un modèle universaliste et abstrait – lequel doit être neutre face aux différences et aux identités individuelles – et la prise en compte des différences et appartenances des individus à des groupes.

Partie 2. La permanence d'une conception universaliste du droit conventionnel de la non-discrimination

339. Les critiques contemporaines à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme – nous l'avons vu – sont légion. Laurence BURGORGUE-LARSEN¹⁰²⁷, Dominique ROUSSEAU¹⁰²⁸ ou encore Yannick LECUYER¹⁰²⁹ l'ont par exemple relevé : « une petite musique ici et là se répand (ou reprend plutôt de la vigueur, car elle a toujours existé) et distille un procès en délégitimation de ce qui vient d'"ailleurs" – c'est-à-dire de ce qui existe au-delà des frontières, le droit international dans son ensemble et le système conventionnel européen en particulier »¹⁰³⁰. Parmi ces critiques de la Cour, l'une d'entre elles mérite en particulier notre attention : il s'agit de celle relative à la jurisprudence de la Cour en matière de droit de la non-discrimination, et plus précisément encore de celle relative à la consécration d'un droit à la différence qui découlerait de cette jurisprudence¹⁰³¹. Cette critique doctrinale est particulièrement prégnante en France où ce « droit à la différence » (et plus largement le droit conventionnel de la non-discrimination) est considéré comme incompatible avec la tradition universaliste républicaine, censée être aveugle aux différences¹⁰³². Le droit de la non-discrimination y est en effet volontiers perçu comme marqué au sceau d'une extranéité fondamentale. Il est dépeint comme un produit qui serait arrivé en Europe depuis les États-Unis

¹⁰²⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2017, n° 3, p. 157 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « La CEDH ne mérite pas d'être le bouc-émissaire du réductionnisme de la pensée », *op. cit.* note 1015.

¹⁰²⁸ D. ROUSSEAU, « La CEDH, stop ? Non, encore ! », *Dalloz Actualités*, Le droit en débats, 29 novembre 2016, en ligne : <https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/cedh-stop-non-encore> (consulté le 6 février 2018).

¹⁰²⁹ Y. LECUYER, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 659.

¹⁰³⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 1026, p. 157

¹⁰³¹ V. par exemple : B. EDELMAN, *Ni chose, ni personne*, Paris, Hermann, Hermann Philosophie, 2009 ; B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138 ; B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *op. cit.* note 20, pp. 107-134 ; M. GAUCHET, « Trois figures de l'individu », *op. cit.* note 160, pp. 72-78 ; V. TORANIAN, « Marcel Gauchet : "Que faire des droits de l'homme ?" », *Revue Des Deux Mondes*, 1 février 2018, en ligne : <https://www.revuedesdeuxmondes.fr/marcel-gauchet-faire-droits-de-lhomme/> (consulté le 27 avril 2020).

¹⁰³² Pour une déconstruction de cet argument, V. S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the "French Republican Model" and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.* note 259, pp. 56-75.

via le Royaume-Uni et par suite relevant d'une tradition juridique différente des pays européens de droit civil¹⁰³³, avec la tradition universaliste républicaine aveugle aux différences¹⁰³⁴.

340. Le droit de la non-discrimination conventionnel se voit ainsi adresser de multiples reproches : droit étranger s'imposant aux ordres juridiques nationaux, il relèverait d'une logique juridique elle aussi étrangère puisqu'inspirée de pays de *common law* et viendrait remettre en cause les principes universalistes d'égalité et d'indifférence aux différences, bien ancrés dans certaines traditions juridiques telles que le républicanisme français¹⁰³⁵. Une telle charge mérite d'être prise au sérieux : le droit de la non-discrimination conventionnel est-il incompatible avec l'universalisme juridique ?

341. Comme le rappellent très justement Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Elsa FONDIMARE, certains juristes et acteurs politiques français voient dans le droit de la non-discrimination un modèle qui encouragerait le communautarisme¹⁰³⁶, s'opposerait au républicanisme français, lequel reposerait à la fois sur une conception formelle du principe d'égalité¹⁰³⁷ découlant directement de l'universalisme des droits de l'homme, et sur une conception individuelle du sujet de droit¹⁰³⁸. Afin d'éprouver l'hypothèse selon laquelle la Cour européenne des droits de l'homme remet en cause l'universalisme républicain par ses décisions

¹⁰³³ B. HAVELKOVA, M. MÖSCHEL (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, New York, Oxford University Press, 2019, p. 3 : « *The book's contribution is in offering observation on two main questions: how does anti-discrimination law fare in and fit into civil law jurisdictions of Europe, and what factors influence its fit or lack of it. The working hypothesis has been that for civil law jurisdiction the transplant, migration, or travel of anti-discrimination law from the United States via the United Kingdom and the European Union to continental Europe has constituted a legal irritant which did or does not align with the legal architecture and culture of those systems* ».

¹⁰³⁴ V. S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the "French Republican Model" and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.* note 259, pp. 56-75.

¹⁰³⁵ Pour une définition du modèle républicain, nous nous référons à celle utilisée par Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Elsa FONDIMARE. V. *Ibid.*, p. 57 : « *the "Republican model" according to which the French legal and political culture has supposedly developed from 1789 and 1792 onwards is often portrayed as stemming from an abstract conception of the individual legal subject (hence the often mentioned refusal to acknowledge the legal relevance of groups in French law) as well as from a formal understanding of equality as a constitutional principal* ». Les auteurs relèvent toutefois que « *the so-called "French republican model" has never been as coherent and consistent as many of its invocations may suggest* ».

¹⁰³⁶ *Ibid.*, p. 57 « *Many French legal and political actors readily consider that anti-discrimination law stems from an epistemological perspective that is alien to the 'French model' – [...] one that encourages forms of communitarianism that run counter the Republican ideal* ».

¹⁰³⁷ F. LEMAIRE, *Égalité formelle*, *op. cit.* note 181, pp. 160-163 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 11 février 2016, n° 9, en ligne : <https://revdh.revues.org/2049> (consulté le 1 mars 2017).

¹⁰³⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the "French Republican Model" and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.* note 259, pp. 56-75, p. 57.

en matière de non-discrimination, il convient d'analyser sa jurisprudence afin de déterminer si effectivement, s'y dessine une remise en cause du principe d'indifférence aux différences ou une acceptation de plus en plus large du groupe comme sujet de droit. Or là encore, l'analyse du droit positif conventionnel mène à repousser l'hypothèse : ni le principe d'indifférence aux différences (Titre 1), ni la centralité de l'individu comme sujet et titulaire des droits consacrés dans la Convention (Titre 2) ne sont remis en cause par le droit européen des droits de l'homme.

Titre 1. L'absence de remise en cause du principe d'indifférence aux différences

342. Le principe d'indifférence du droit aux différences est une application de la conception universaliste des droits. Comme le montre la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, les droits de l'homme de 1789 se fondent sur certains principes philosophiques forts parmi lesquels un « individualisme revendiqué »¹⁰³⁹, les droits proclamés n'étant attribués qu'à des individus, et l'universalisme de la Déclaration, les droits proclamés l'étant pour le genre humain¹⁰⁴⁰. Ces principes se retrouvent, bien plus tard et à l'international, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme de 1950. Ils ont pour conséquence, notamment, l'impossibilité de penser juridiquement le « groupe » et d'institutionnaliser non pas seulement des individus isolés, mais des *catégories* d'individus comme étant titulaires de droits, puisqu'en théorie seuls les individus sont des sujets de droit et les droits sont reconnus à tous les individus sans distinction¹⁰⁴¹. Pis, c'est parfois le droit de la non-discrimination lui-même qui est opposé à un principe d'égalité universaliste et dès lors, accusé de conduire à l'institutionnalisation de catégories d'individus¹⁰⁴². Autrement dit, pour certains juristes et auteurs, le droit de la non-discrimination est fondamentalement opposé à une conception universaliste des droits de l'homme, quand le principe républicain d'égalité est ancré dans cette tradition universaliste¹⁰⁴³. Cette critique du droit de la non-discrimination était notamment développée, en France, par la rapporteure de la Commission des affaires sociales du Sénat lors de la transposition, en 2008, des directives de l'Union européenne 2000/78/CE et 2000/43/CE. La rapporteure estimait notamment que la transposition de ces directives présentait un risque « [de] dérives communautaristes possibles ». Elle précisait notamment que « [selon] la perception républicaine française de l'égalité, les hommes sont égaux du seul fait

¹⁰³⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, p. 52.

¹⁰⁴⁰ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 4. V. également : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.* note 82, p. 37 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, p. 52.

¹⁰⁴¹ Sur la relation entre universalisme et individualisme libéral depuis la Révolution de 1789, V. O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, pp. 3-4.

¹⁰⁴² Est notamment mise en cause la comparaison des situations, nécessaire à la démonstration d'une discrimination *prima facie* (V. *supra* §§143 et s.), lue comme une comparaison entre catégories de personnes.

¹⁰⁴³ S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the “French Republican Model” and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.* note 259, pp. 56-75, p. 59.

d'être hommes : le combat pour l'égalité passe par l'affirmation d'une commune appartenance à l'humanité, indépendamment des caractéristiques privées, qui sont secondaires. Or, le projet de loi tend au contraire à promouvoir de concert la lutte contre les inégalités et l'exacerbation des différences, en sous-entendant que toute inégalité est toujours due à une discrimination. Au lieu de faire de l'égalité un principe commun de rassemblement, il la transforme en un facteur de division, chacun étant renvoyé par le droit à ses caractéristiques privées. [...] La conception de la lutte contre les discriminations, véhiculée par le projet de loi et très inspirée des pays anglo-saxons, pourrait conduire à *des dérives communautaristes, en conduisant chacun à se percevoir davantage comme un membre d'un groupe discriminé que comme une personne singulière s'inscrivant dans une communauté nationale* »¹⁰⁴⁴. De même, Muriel FABRE-MAGNAN, à propos du projet de Cadre commun de référence¹⁰⁴⁵ en droit européen des contrats, appelé de ses vœux par la Commission européenne¹⁰⁴⁶, estimait que celui-ci « s'éloigne [...] sur quelques points des traditions françaises »¹⁰⁴⁷ et que « l'un des chapitres apparaît plus nettement comme une greffe d'un corps étranger venu tout droit d'outre-Atlantique : le chapitre II du livre II consacré à la non-discrimination »¹⁰⁴⁸. La confrontation du droit français, qui « [pour] faire respecter le principe fondateur d'égalité des personnes, [...] ignore les particularités individuelles »¹⁰⁴⁹, et de cette « greffe » qui « impose, dans maints domaines, une méthode qui se veut "réaliste" »¹⁰⁵⁰, amène l'auteure à considérer que la rédaction de l'article 2:101 du projet de Cadre commune de référence fait droit à des « *considérations identitaires et communautaristes* »¹⁰⁵¹, puisque la liste des discriminations prohibées mentionne le sexe, l'origine ethnique ou raciale. Pour elle par ailleurs, « le principe d'égalité est si consubstantiel au droit français qu'il n'est pas besoin d'explicitier un principe de non-discrimination pour le faire respecter. Le fait même d'énoncer

¹⁰⁴⁴ M. DINI, *Rapport 253 fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat*, n° 253, Sénat, 2 avril 2008 (souligné dans le texte).

¹⁰⁴⁵ Il convient de relever toutefois que ce projet de Cadre commun de référence est l'œuvre d'un groupe de recherche, le *Study Group on a European Civil Code*, créé en 1998 par Christian VON BAR. Comme le rappelle Céline CASTETS-RENARD, le soutien de la Commission européenne à ces groupes de recherche « ne leur confère pas de véritable poids politique supplémentaire ». V. C. CASTETS-RENARD, « Les métamorphoses du contrat en droit européen », *Métamorphoses de l'Acte Juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Travaux de l'IFR, 2018, pp. 203-216, en ligne : <http://books.openedition.org/putc/1347> (consulté le 11 octobre 2022).

¹⁰⁴⁶ Dans son Plan d'action de 2003, la Commission européenne appelait à « un droit européen du contrat plus cohérent ». V. Commission européenne, *Communication « un droit européen des contrats plus cohérent – un plan d'action »*, COM (2003) 68 final, 12 février 2003.

¹⁰⁴⁷ M. FABRE-MAGNAN, « Totems et tabous en matière de discrimination », *Revue des contrats*, 1 octobre 2010, n° 4, p. 1433.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ *Ibid.* Nous soulignons.

une interdiction de discriminer a au demeurant pour effet pervers de nommer et donc de cristalliser les catégories qu'on voudrait pourtant voir disparaître »¹⁰⁵².

343. Toutefois, comme nous l'avons démontré dans le Titre 1 de la Partie 1 de la présente étude¹⁰⁵³, la seule présence de l'identité ou de caractéristiques différenciantes dans le discours de la Cour européenne, ou dans les effets produits par son raisonnement, ne suffit pas à notre sens à faire de la Convention le socle d'un corpus juridique contraire à l'universalisme¹⁰⁵⁴. Il faut en effet s'intéresser à ce que la jurisprudence conventionnelle produit comme effets pour déterminer si le principe d'indifférence aux différences est bel et bien remis en cause. Or, l'analyse de l'ensemble du contentieux produit par la Cour montre que sa jurisprudence semble bien compatible avec l'universalisme des droits de l'homme. D'une part, la Cour maintient le principe d'indifférence du droit aux différences individuelles dans la majorité de ses arrêts, participant par suite à la réduction des distinctions juridiques et à l'affirmation de l'indifférence du droit aux différences (Chapitre 1). D'autre part, lorsque des différenciations juridiques sont maintenues, elles ne relèvent pas nécessairement d'une incompatibilité avec l'universalisme juridique, lequel ne rejette pas catégoriquement la possibilité de différencier en droit (Chapitre 2).

¹⁰⁵² *Ibid.*

¹⁰⁵³ V. *supra* Partie 1, Titre 1.

¹⁰⁵⁴ Notamment dans le Préambule de la Convention qui dispose à l'alinéa 3 que « cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés ».

Chapitre 1. L'indifférenciation du droit

344. Contrairement à ce que suggèrent peut-être les critiques relatives à la consécration d'un « droit à la différence » par la jurisprudence de la Cour, la Convention ne comporte aucune référence à la diversité en son sein¹⁰⁵⁵. Les États signataires ont plutôt insisté sur ce qui les unit, proclamant dans le Préambule de la Convention l'existence d'une communauté de valeurs et d'idéaux au fondement, précisément, de l'institution d'un système européen de garantie des droits de l'homme. Comme le rappelle Louis FAVOREU : « Le Préambule de la Convention affirme ainsi l'attachement des États parties à "une conception commune et un commun respect des droits de l'homme" et leur engagement "en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective des droits et libertés énoncés..." »¹⁰⁵⁶. Au sein de cette communauté de valeurs et d'idéaux, la Cour européenne des droits de l'homme distingue « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" »¹⁰⁵⁷. Toutefois, Julie RINGELHEIM et Florian HOFFMANN relèvent que « dans l'esprit des "pères fondateurs" de la Convention, cette question [de la diversité] n'avait pas lieu de se poser : il est permis de penser qu'à leurs yeux, les considérations culturelles n'avaient pas leur place dans le champ des droits humains. La Convention ne contient d'ailleurs pas davantage de disposition garantissant aux membres des minorités ethniques ou nationales, religieuses ou linguistiques, le droit de préserver leurs particularités culturelles »¹⁰⁵⁸. Au contraire, la Convention prévoit des normes abstraites, générales et impersonnelles, applicables à l'ensemble des titulaires des droits humains, suivant la logique des droits civils et politiques dans la lignée de la philosophie des droits de l'homme de 1789. De ce fait, les catégories juridiques, par exemple celles qui peuvent fonder une différence de traitement entre des

¹⁰⁵⁵ F. HOFFMANN, J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2004, vol. 52, pp. 109-142.

¹⁰⁵⁶ L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.* note 104, p. 459.

¹⁰⁵⁷ Cour EDH [plén.], *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n°5493/72, *Série A n°24*.

¹⁰⁵⁸ F. HOFFMANN, J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme », *op. cit.* note 1054, pp. 109-142.

individus, doivent alors être « aussi neutres que possible »¹⁰⁵⁹, car, et de manière plus générale, « l’universalité des normes [...] [est] la condition de l’universalité des droits »¹⁰⁶⁰.

345. L’universalité des droits garantis dans la Convention suppose l’indifférenciation, c’est-à-dire que le droit applicable aux individus ne comporte pas de « [distinction], fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l’origine nationale ou sociale, l’appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »¹⁰⁶¹. Cela suppose donc que le droit conventionnel, et notamment le principe de non-discrimination de l’article 14, poursuive un objectif d’indifférenciation juridique entre les individus. Cet objectif est au cœur de l’émergence du droit de la non-discrimination conventionnel (Section 1) et de son application par la Cour (Section 2), de sorte qu’il est difficile de lire la jurisprudence de l’article 14 comme contraire au paradigme universaliste.

Section 1. Un objectif d’indifférenciation au cœur de la construction du droit de la non-discrimination

346. L’indifférence du droit aux différences, au cœur du projet égalitariste et du paradigme universaliste, se retrouve également dans la construction du principe de non-discrimination qui dès l’origine est interprété comme permettant de limiter les différenciations juridiques¹⁰⁶².

347. Dès ses premiers arrêts relatifs à l’article 14, la Cour a fait de l’indifférenciation un objectif poursuivi par le principe de non-discrimination (2), s’inscrivant de fait dans un mouvement liant conception universaliste des droits de l’homme et indifférenciation (1).

1. L’indifférenciation au service de l’universalisme

348. L’universalisme des droits de l’homme repose sur l’indifférence aux différences : pour que tous les droits soient universels, il faut qu’ils s’appliquent à tous, de manière abstraite et

¹⁰⁵⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the “French Republican Model” and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.* note 259, pp. 56-75, p. 62 : « *this choice of legal categories that are as neutral as possible, in order to ensure their compatibility with the requirements of universalism (...)* ».

¹⁰⁶⁰ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l’universalité*, *op. cit.* note 429, p. 34.

¹⁰⁶¹ Art. 14, Convention EDH, *op. cit.* note 48.

¹⁰⁶² D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l’universalité*, *op. cit.* note 429, p. 60 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the “French Republican Model” and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.* note 259, pp. 56-75, p. 62.

générale, et surtout en étant neutres aux différences qui pourraient exister entre les individus. C'est là la logique même du paradigme universaliste (1.1.). L'indifférence aux différences apparaît alors comme un outil permettant d'atteindre l'idéal universaliste (1.2.), et ce alors même qu'universalisme et indifférenciation entretiennent une relation ambiguë (1.3.).

1.1. La difficile définition de l'universalisme des droits

349. L'universalisme des droits, tel qu'il est appréhendé dans le modèle républicain français, est un héritage des révolutionnaires français. Aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, trois modèles de proclamation des droits coexistent. Le modèle anglais, bien antérieur aux deux autres, n'a que peu de prétention à l'universalité¹⁰⁶³ et fonde le droit sur la liberté individuelle. La *Magna Carta* ou Grande Charte, concédée en 1215 par Jean sans Terre à la suite d'une révolte des barons soutenus par les principaux prélats de l'Église, garantit ainsi le droit de propriété aux hommes libres, ou encore la liberté d'aller et de venir. Si on ne doit pas y voir une première déclaration de droits, la *Magna Carta* a en revanche servi de source d'inspiration pour la Déclaration américaine au XVIII^{ème} siècle¹⁰⁶⁴. Le texte s'appuie surtout sur la liberté individuelle en proclamant le droit à l'application régulière de la loi, et le droit à ne pas subir d'arrestation arbitraire, et en accordant ces droits aux « hommes libres ». Dans son prolongement, l'*Habeas Corpus*, procédure de droit coutumier proclamée dans la *Magna Carta*, réaffirmée dans la Pétition des droits de 1628 et développée par l'*Habeas Corpus Act* de 1679, assure les libertés individuelles en obligeant la présentation des individus détenus à un juge afin qu'il se prononce sur la légalité de la détention. Le modèle anglais est donc un modèle de proclamation de droits concrets¹⁰⁶⁵, fondant le droit sur la liberté des individus, et éloigné des déclarations solennelles de grands principes. Le modèle français se construit quant à lui en réaction à la Monarchie absolue et à la société de privilèges qui l'accompagne. La prétention universaliste y est forte : les droits proclamés sont naturels¹⁰⁶⁶ et valent pour tous les hommes,

¹⁰⁶³ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit. note 278, p. 48. Une référence à une forme d'universalité peut toutefois être relevée dans la *Magna Carta* : le texte en faisant référence à « l'homme libre » a une vocation universelle au sens où il ne se réfère pas à une catégorie d'individus en particuliers (à l'époque : barons, chevaliers, ou membres du clergé).

¹⁰⁶⁴ C. HARRIS, *La Magna Carta, son importance pour le Canada : La démocratie, le droit et les droits de la personne*, Dundurn, 2015, p. 40. L'auteure cite notamment l'interprétation de Sir Edward COKE au XVII^{ème} siècle selon laquelle même le souverain est soumis au droit comme source d'inspiration de la Déclaration des droits américaine.

¹⁰⁶⁵ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Diane ROMAN parle à ce propos d'une forme de pragmatisme. V. S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit. note 278, p. 48.

¹⁰⁶⁶ Wanda MASTOR relève d'ailleurs que la référence à « l'Être suprême » dans la Déclaration de 1789 est liée à cette conception des droits proclamés comme étant naturels. Analysant les débats de la Constituante en août 1789, elle observe que « [le] comte de Virieu insiste sur cette insertion, rappelant qu'une évocation des droits de la nature serait "vide de sens, qui nous dérobe l'image du créateur pour ne considérer que la matière" ». Elle ajoute que « la

bien au-delà du seul territoire français. La place particulière de l'égalité doit également être relevée : elle est intimement liée à cette prétention universaliste. Pour Georges VEDEL, l'absence de l'égalité dans les droits naturels et imprescriptibles de l'article 2 de la Déclaration¹⁰⁶⁷ s'explique par le statut « supérieur » de l'égalité : elle est « non un droit naturel, mais le fondement même de tout droit naturel »¹⁰⁶⁸. Par ailleurs, pour Wanda MASTOR, dans la Déclaration française, « c'est l'égalité, et non la liberté, qui fait que l'Homme est Homme »¹⁰⁶⁹. Enfin, dans un entre-deux, le modèle étatsunien comporte une certaine prétention à l'universalisme, dû à la référence au Divin¹⁰⁷⁰. Ces références au Divin peuvent être relevées par exemple dans la Déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique du 4 juillet 1776 qui dispose notamment que : « [nous] tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés *égaux* ; ils sont dotés *par le Créateur* de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur »¹⁰⁷¹ ; « [lorsque] dans le cours des événements humains, il devient nécessaire pour un peuple de dissoudre les liens politiques qui l'ont attaché à un autre et de prendre, parmi les puissances de la Terre, la place séparée et *égale* à laquelle *les lois de la nature et du Dieu de la nature* lui donnent droit [...] »¹⁰⁷² ; « pleins d'une ferme confiance dans la protection de la *divine Providence*, nous engageons mutuellement au soutien de cette Déclaration, nos vies, nos fortunes et notre bien le plus sacré, l'honneur »¹⁰⁷³.

350. Ainsi, à l'origine, les déclarations de droits ne s'appuient pas nécessairement, selon les États, sur les mêmes paradigmes. Les droits de l'homme du XVIII^{ème} siècle, tant de la Déclaration française de 1789 que de la Déclaration étatsunienne de 1776, sont universels, car

référence à l'Être suprême [est] davantage le signe des aspirations laïques que la volonté de se placer sous le signe de Dieu ». V. W. MASTOR, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, Paris, Dalloz, À savoir, 2021, pp. 6 et 7.

¹⁰⁶⁷ Art. 2, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

¹⁰⁶⁸ G. VEDEL, « L'égalité », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines sa pérennité. Colloque*, Paris, Documentation française, 1990, pp. 171-180, p. 173.

¹⁰⁶⁹ W. MASTOR, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, op. cit.* note 1065, p. 24.

¹⁰⁷⁰ On peut relever que, bien que la Déclaration française de 1789 se place sous les auspices de « l'Être suprême », plusieurs auteurs considèrent que cette référence théologique reste floue. Pour Geneviève MEDEVIELLE, et en s'appuyant sur les travaux de Jacques MARITAIN, dans la Déclaration de 1789, et par opposition à la Déclaration de Virginie de 1776, « il ne s'agit pas tant d'en venir à poser « c'est Dieu qui fonde ces droits » que de faire exister, par engagement responsable, un état social et politique ». V. G. MEDEVIELLE, « La difficile question de l'universalité des droits de l'homme », *Transversalités*, Institut Catholique de Paris, 2008, vol. 107, n° 3, pp. 69-91, p. 75.

¹⁰⁷¹ Déclaration d'indépendance États-Unis d'Amérique, 4 juillet 1776, al. 2. Nous soulignons.

¹⁰⁷² *Ibid.*, al. 1. Nous soulignons.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, al. 12. Nous soulignons.

considérés comme naturels¹⁰⁷⁴. Pour la Déclaration de 1789 en France, ils sont également universels, car les droits proclamés le sont pour l'ensemble des hommes : il s'agit d'une prétention à l'universalisme qui implique que les droits proclamés le soient « sans que des garanties juridiques soient aménagées »¹⁰⁷⁵. La positivisation des droits de l'homme au XIX^e puis au XX^e siècles suppose une distance avec ce paradigme jusnaturaliste et les références à un droit naturel ou divin. Cela conduit à créer une certaine confusion sur la définition de l'universalisme des droits de l'homme. Danièle LOCHAK y consacre un chapitre entier de son ouvrage *Le droit et les paradoxes de l'universalité* dans lequel elle démontre la difficulté de dégager un sens univoque à la notion d'universalité. Ainsi, elle rappelle qu'« est universel ce qui s'applique à une totalité de personnes ou de choses d'un côté, ce qui concerne la totalité des hommes, l'ensemble des pays du monde, de l'autre. Mais cet "universel" penche-t-il du côté d'une "universalité faible", de l'ordre du constat empirique, ou d'une "universalité forte", de l'ordre du "devoir être", pour reprendre l'opposition suggérée par François JULLIEN ? »¹⁰⁷⁶. Elle estime justement que les déclarations de droits « universelles » ont justement un sens fort, de l'ordre du « devoir être »¹⁰⁷⁷. Précisément, l'universalité des déclarations de droits est attachée à des valeurs morales, un idéal. La Déclaration de 1789 s'inscrit dans cette logique en énonçant de grands principes sans se soucier de leur mise en œuvre pratique.

351. C'est également sur ce fondement que le modèle républicain¹⁰⁷⁸ français préconise l'indifférence du droit aux différences individuelles. En effet, « enfant de la Révolution », l'universalisme suppose un certain modèle de société, rappelé par Delphine THARAUD : « la société imaginée alors était celle d'un citoyen individualisé, mais abstrait afin de ne pas reproduire les différences de statuts et les groupements d'intérêts de l'Ancien Régime jugées injustes »¹⁰⁷⁹. Pour Yaël ATTAL-GALY, « [le] mythe de l'individualisme universel longtemps véhiculé dans nos sociétés occidentales, annihilait toute possibilité de reconnaissance des particularismes des situations individuelles. Au nom de l'égalité de droit, toute différenciation

¹⁰⁷⁴ M.-B. DEMBOUR, « Following the movement of a pendulum: between universalism and relativism », in J.K. COWAN, R.A. WILSON, M.-B. DEMBOUR (dir.), *Culture and rights: anthropological perspectives*, New York, Cambridge University Press, 2001, pp. 56-79. V. également : G. MEDEVIELLE, « La difficile question de l'universalité des droits de l'homme », *op. cit.* note 1069, pp. 69-91, not. p. 76 : « cette référence [au droit naturel] atteste la juridicité universelle des droits conformes à la nature de l'homme ».

¹⁰⁷⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, p. 52.

¹⁰⁷⁶ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.* note 429, p. 35.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, pp. 43-44.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 45.

¹⁰⁷⁹ D. THARAUD, « Universalisme », in D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 363-364, p. 363.

individuelle était proscrite »¹⁰⁸⁰. Il s'agit d'un « gommage des différences » au nom du principe d'égalité¹⁰⁸¹.

1.2. Indifférence aux différences, universalisme et égalité

352. L'indifférence aux différences est conceptuellement liée au paradigme universaliste. On retrouve cette conception dans les discours contemporains sur le modèle républicain. Elle est tirée d'une interprétation stricte du principe révolutionnaire d'égalité. En effet, en 1789 lorsque la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est adoptée, l'article 1^{er} proclame que « [les] hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». Ainsi, l'égalité universelle entre tous les citoyens ne peut être atteinte que par l'absence de distinction entre eux fondée sur leurs différences. Seules les distinctions juridiques fondées sur l'utilité commune, soit l'intérêt public, sont acceptées¹⁰⁸². Si la seconde partie de l'article 1^{er} a son importance¹⁰⁸³, la première partie de cette disposition a servi de fondement à une certaine lecture du principe universel d'égalité comme prohibant par principe la prise en compte en droit des différences. Le droit ainsi ne peut pas préciser de critères de distinction autre que la référence à l'intérêt général puisque, pour reprendre les termes de Geneviève KOUBI, « signifier un ensemble de caractéristiques relatives aux "différences" contredirait les données fondamentales du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi »¹⁰⁸⁴, principe universaliste. Hugues MOUTOUH lie également cette indifférence aux différences à la volonté des révolutionnaires de rejeter les particularismes. Il relève que « [la] notion de République "une", introduit avant tout la volonté de supprimer en droit comme en fait l'existence d'une catégorisation entre français »¹⁰⁸⁵. De la même manière, Yaël Attal-Galy relève que le modèle universaliste permet de normaliser les situations individuelles, de nier les différences. Cela découle également de la conception de rejet du système inégalitaire de l'Ancien Régime : « toute considération liée à la diversité humaine renverrait au système

¹⁰⁸⁰ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.* note 437, p. 31.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² Les exceptions seront d'ailleurs nombreuses, dès 1789. Comme le rappelle Olivia BUI-XUAN, le principe d'égalité « [souffre] à l'origine de nombreuses dérogations, [et] sera, par paliers successifs, progressivement concrétisé. La réticence à accorder la citoyenneté aux juifs ou aux affranchis sera ainsi levée en 1791 ; un décret des 28 mars et 4 avril 1792 accordera par ailleurs l'égalité politique aux « mulâtres et nègres libres » des Antilles. Lors de la proclamation de la I^{re} République, l'égalité des droits connaît cependant encore des exceptions de taille ». O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, pp. 41 et s. V. également : *infra*, §§356 et s.

¹⁰⁸³ V. *infra* §§356 et s.

¹⁰⁸⁴ G. KOUBI, « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France », *op. cit.* note 166, pp. 244-262, p. 244.

¹⁰⁸⁵ H. MOUTOUH, *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse de doctorat, Université Bordeaux-IV, 1996.

inégalitaire de l'Ancien Régime, et donc déstabiliserait le régime révolutionnaire »¹⁰⁸⁶. L'indifférence du droit aux différences individuelles est ainsi inextricablement liée au principe révolutionnaire d'égalité, les deux principes permettant le rejet de la société d'Ancien Régime.

353. C'est donc en se fondant sur cette interprétation du principe universel d'égalité qu'a pu être proscrite toute prise en compte des différences individuelles. Il est possible de résumer, avec Danièle LOCHAK, ce principe comme suit : « [si] tous les individus sont égaux en droit, on en saurait tenir compte, dans l'application de la loi, des différences qui peuvent exister entre eux, que ces différences résultent d'une situation de fait (race, origine, sexe) ou d'un choix volontaire (opinions politiques, religion). L'égalité ainsi conçue a représenté pendant longtemps et représente encore un obstacle important à la reconnaissance des revendications spécifiques des groupes minoritaires »¹⁰⁸⁷ et à la protection des différences individuelles. L'indifférence aux différences, l'indifférenciation juridique, est un outil d'homogénéisation du droit et une manifestation juridique de l'universalité des droits¹⁰⁸⁸ qui découle directement de l'héritage révolutionnaire. En effet, « la conception de l'égalité qui prévaut à la Révolution est indissolublement liée à l'image d'un corps social unitaire, uniforme, homogène »¹⁰⁸⁹. Par suite, les différences sont niées. Pour Danièle LOCHAK d'ailleurs, c'est ce « postulat de l'homogénéité du corps social » qui explique en partie la « réticence à reconnaître officiellement les différences » en France et donc dans une certaine mesure le maintien du principe d'indifférence du droit aux différences.

354. L'indifférenciation apparaît donc comme un instrument de l'universalisme, mais surtout comme modalité d'application du principe d'égalité juridique : pour que tous les individus soient égaux en droit, le droit ne doit pas tenir compte de leurs différences individuelles. Pour Michel BORGETTO, « si le principe d'égalité est très souvent énoncé par les textes pour ce qu'il fonde, en l'occurrence la généralité de la règle, il est aussi très souvent énoncé pour ce qu'il implique, en l'occurrence l'interdiction sinon de toutes, du moins de certaines distinctions : distinctions que l'on peut dès lors considérer, en tant qu'elles se voient expressément prohibées,

¹⁰⁸⁶ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.* note 437, p. 46.

¹⁰⁸⁷ D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences », *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, pp. 111-189.

¹⁰⁸⁸ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 38.

¹⁰⁸⁹ D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences », *op. cit.* note 1086, pp. 111-189.

comme discriminatoires »¹⁰⁹⁰. Si le lien entre application universelle des droits de l'homme et indifférence de principe du droit aux différences s'est imposé dans le modèle républicain français, l'application du principe universel d'égalité n'a pourtant pas mené à l'absence totale de toute différenciation juridique.

1.3. L'universalisme et l'indifférence aux différences : une relation ambiguë

355. L'universalisme, tel qu'il émerge au XVIIIème siècle, est un universalisme des droits, ancré dans un contexte profondément jusnaturaliste. Comme le rappelle Danièle LOCHAK, « [pour] les Révolutionnaires, les droits de l'homme sont inhérents à la nature humaine, une nature humaine conçue abstraitement et commune à tous les individus concrets. Ceux-ci jouissent donc par hypothèse de droits égaux. [...] [Le] postulat universaliste sur lequel repose la tradition française des droits de l'homme tend à assimiler traitement égal et traitement uniforme »¹⁰⁹¹. Autrement dit, la règle de droit doit être aveugle aux différences entre les individus, soit indifférente, afin de garantir pleinement une jouissance égale des droits à tous les hommes. Toutefois, s'arrêter à ce constat liant universalisme des droits et indifférence aux différences serait simplificateur. Ni historiquement ni conceptuellement, l'universalisme n'a signifié la mise en œuvre d'une indifférenciation totale.

356. Historiquement, premièrement, on fait remonter l'indifférence du droit aux différences au tournant révolutionnaire du XVIIIème siècle. Ce principe d'indifférenciation repose sur l'idée que les individus, bien que différents les uns des autres dans les faits, doivent se voir appliquer un droit identique, donc universel¹⁰⁹². Les distinctions entre les individus sont interdites. Cette construction est directement héritée de l'opposition à la société d'Ancien Régime. En France, sous l'Ancien Régime, les distinctions juridiques entre groupes ou catégories de personnes étaient acceptées et reposaient sur l'appartenance des individus à des classes sociales prédéfinies – noblesse, clergé, bourgeoisie, paysannerie... –, permettant l'octroi de statuts juridiques particuliers. Les distinctions se fondaient sur l'origine sociale, la naissance ou les croyances des membres d'un groupe, et l'appartenance à un ordre se transmettait par principe par hérédité et par exception par l'octroi par les membres du groupe

¹⁰⁹⁰ M. BORGETTO, « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, 1 septembre 2008, n° 148, pp. 8-17, p. 11.

¹⁰⁹¹ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.* note 429, p. 60.

¹⁰⁹² Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.* note 437, p. 61.

d'une charge à une personne extérieure au groupe. À la Révolution française, les individus se soulèvent contre ce système d'ordres et afin de mettre fin aux privilèges accordés à certaines catégories d'individus au détriment d'autres (exemption d'impôts, participation au pouvoir politique, etc.), les différenciations juridiques fondées sur des différences individuelles et sociales sont abolies. Lors de la séance de l'Assemblée nationale du 4 août 1789, une partie des privilèges et des droits féodaux sont abolis en réaction aux premières révoltes agraires¹⁰⁹³. Les décrets du 5 et 11 août 1789 ne suppriment pas tous les privilèges et droits féodaux, mais apportent une première pierre à l'édifice d'abolition des privilèges. Les distinctions d'ordre sont abolies quelques mois plus tard, par le décret du 5 novembre 1789. Le décret du 16 août 1790 met fin aux privilèges personnels de juridiction, puis ceux du 19 juin 1790 et du 13 juillet 1791 abolissent les distinctions honorifiques et suppriment les ordres de chevalerie et les signes extérieurs de noblesse. Le décret du 11 août 1790 abolit les privilèges des villes, provinces et communautés de villages. La loi d'Allarde du 2 mars 1791 supprime les corporations. Enfin, le décret des 25 et 28 août 1792 fait tomber l'ensemble des droits féodaux. Comme le relève Olivia BUI-XUAN : « L'individu – le citoyen, au sens de membre de la communauté nationale – n'évolue plus au sein de l'ordre dans lequel il est né, mais au sein de la nation ; n'étant plus rattaché à un statut, à un corps, à un territoire, il est libre »¹⁰⁹⁴. Les distinctions fondées sur des appartenances sociales ou sur des différences individuelles sont alors interdites : c'est l'indifférence du droit aux différences¹⁰⁹⁵.

357. Toutefois, s'arrêter à une telle analyse reviendrait à nier la réalité sociale des XVIIIème, XIXème et XXème siècles : l'universalisme des droits proclamés et notamment le principe universel d'égalité issu de la Révolution française n'ont nullement signifié la disparition totale de toutes les distinctions juridiques. Pour Charles LEBEN, « aussi bien l'étude historique que la simple réflexion montrent à l'évidence que la loi n'est jamais "la même pour tous", contrairement à ce que semble dire l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »¹⁰⁹⁶. De même, pour Elsa FONDIMARE, le principe d'égalité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est « conçu [...] pour admettre des exclusions »¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹³ Ces révoltes agraires sont connues sous la dénomination de la « Grande Peur ».

¹⁰⁹⁴ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 39.

¹⁰⁹⁵ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.* note 437, p. 46 : « Il ressort clairement que le nouvel ordre établi tend à faire table rase du passé en refusant toutes différenciations entre les individus ».

¹⁰⁹⁶ C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, avril 1982, p. 295, p. 300.

¹⁰⁹⁷ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 33.

Si l'égalité de 1789 est construite en opposition aux privilèges de la noblesse et du clergé, et par suite à la société d'ordres de l'Ancien Régime, elle ne s'accompagne pas pour autant de l'affirmation généralisée d'un principe d'indifférenciation. L'auteure explique ainsi que « [l]'égalité doit [...] être conçue en 1789 avant tout comme le rejet des privilèges et de la société d'ordres de l'Ancien Régime, hiérarchisée et inégalitaire. Elle s'incarne à la fois dans un processus d'unification – par la soumission au même droit – et d'uniformisation – par la négation des différences – de la communauté des citoyens, à travers l'appréhension de l'individu comme fondement du pouvoir politique. Né d'une « formidable demande d'intégration », le principe d'égalité s'exprime surtout par l'idée démocratique de « l'incorporation des classes inférieures à l'activité politique ». Mais extirper les individus de leur attachement à des ordres ou à des communautés, au nom de l'égalité, c'est bien les rattacher à une nouvelle communauté, celle des citoyens »¹⁰⁹⁸. Or, la communauté nationale qui tente d'être ainsi créée « s'[apparente] à une "clôture sociale" »¹⁰⁹⁹ excluant ceux à qui le statut de citoyen est dénié : les étrangers, les personnes vivant dans les colonies, les individus considérés comme dépendants tels les femmes, les domestiques, les mineurs, les aliénés et les religieux sont ainsi exclus de la communauté citoyenne. Comme le rappelle Fred CONSTANT, il n'y pas de « contradiction flagrante entre des principes affirmés d'égalité et de liberté politiques et des tendances profondément enracinées de priver de façon permanente certains groupes humains de leur bénéfice »¹¹⁰⁰.

358. Ainsi, le modèle universaliste républicain hérité de la Révolution « a été fortement idéalisé par nos contemporains »¹¹⁰¹, certaines exclusions perdurant sous la République. Yaël ATTAL-GALY parle à ce propos de « contradictions révolutionnaires »¹¹⁰², les législations particulières apparaissant dès la Révolution. À titre d'illustration, le décret du 21 décembre 1789 établit une différenciation entre les protestants et les juifs, refusant aux seconds la citoyenneté. Cette différence de traitement est certes supprimée le 27 septembre 1791, mais elle est apparue alors même que les révolutionnaires proclamaient l'égalité juridique entre les hommes et la liberté de religion. De la même manière, les lois des 14 et 22 décembre 1789 établissent la distinction entre les citoyens actifs et passifs en fonction de l'aisance matérielle

¹⁰⁹⁸ *Ibid.* pp. 37-38.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 38.

¹¹⁰⁰ F. CONSTANT, *La citoyenneté*, Paris, LGDJ, Clefs, 2ème éd., 2000 p. 34.

¹¹⁰¹ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 57.

¹¹⁰² Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.* note 437, p. 52.

et de critères fiscaux¹¹⁰³. Elsa FONDIMARE démontre également que l'universalisme républicain s'est construit sur une hiérarchisation des catégories d'individus, alors même qu'en principe le paradigme universaliste vise l'absence de prise en compte de ces catégories. Elle rappelle notamment que « les discours politiques et juridiques contemporains affirment couramment, avec évidence, le lien entre universalisme républicain et principe d'égalité. Ce que la Révolution ne serait pas parvenue à faire, la République s'en serait chargée. L'égalité comme principe républicain signifierait, selon cette conception, la négation des identités individuelles et des groupes, l'abstraction de l'individu, le rejet des différences par le droit, et la reconnaissance universelle des droits de l'homme »¹¹⁰⁴. Force est de constater pourtant que le suffrage universel républicain en 1848 comme les législations coloniales mises en place sous la République se sont fondés sur l'exclusion de catégories d'individus.

359. Deuxièmement, conceptuellement, ni l'universalisme des droits ni le principe universel d'égalité n'emportent la mise en œuvre d'une indifférenciation totale. D'une part, la Déclaration des droits de l'homme de 1789 elle-même admet les aménagements de l'égalité. L'article 1^{er} précise en effet que « les distinctions sociales peuvent être fondées [...] sur l'utilité commune », ce qui fera dire que l'égalité « ne saurait être un droit absolu et inconditionnel »¹¹⁰⁵. Le principe universel d'égalité admet donc la différenciation. Ainsi, l'égalité universelle entre tous les citoyens ne peut être atteinte que par l'absence de distinction entre eux fondée sur leurs différences individuelles ou sociales, mais les distinctions juridiques fondées sur l'utilité commune, soit l'intérêt public, sont acceptées¹¹⁰⁶. Pour Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN la différenciation est une nécessité, qu'il lie avec l'activité normative elle-même, estimant que « [le] processus d'édition des normes requiert du législateur qu'il procède à des différenciations de traitement, ce qui implique qu'il se trouvera toujours des catégories de sujets

¹¹⁰³ Cette distinction est défendue avec véhémence par Emmanuel Joseph SIEYES, qui estime qu'« [une] grande nation est nécessairement composée de deux espèces d'hommes, les citoyens et les auxiliaires. (...) Établissons la loi : que la porte du civisme soit toujours ouverte pour tout homme, que la nature ou les circonstances rendent véritablement citoyen, et pour laisser déchoir ceux que la nature ou les circonstances marquent du sceau de la nullité ». V. E.J. SIEYES, *Ecrits politiques.*, Paris, Éditions des archives contemporaines - EAC, 1985, p. 89.

¹¹⁰⁴ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 57.

¹¹⁰⁵ W. MASTOR, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, *op. cit.* note 1065, p. 23.

¹¹⁰⁶ Le principe d'égalité toutefois « [souffre] à l'origine de nombreuses dérogations, [et] sera, par paliers successifs, progressivement concrétisé. La réticence à accorder la citoyenneté aux juifs ou aux affranchis sera ainsi levée en 1791 ; un décret des 28 mars et 4 avril 1792 accordera par ailleurs l'égalité politique aux « mulâtres et nègres libres » des Antilles. Lors de la proclamation de la 1^{re} République, l'égalité des droits connaît cependant encore des exceptions de taille ». O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, pp. 41 et s.

de droit qui s'estimeront lésées par l'un ou l'autre des choix de politique législative »¹¹⁰⁷. Quant à l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789, le choix est fait d'autoriser les distinctions si elles sont fondées non sur des critères précis, mais sur l'intérêt général. Pour reprendre les termes de Geneviève KOUBI : « aucun "critère" ne peut être précisé car, signifier un ensemble de caractéristiques relatives aux "différences" contredirait les données fondamentales du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi »¹¹⁰⁸, principe universaliste. Ainsi, l'indifférence du droit aux différences passe davantage par l'absence de critères précis inscrits dans la norme sur lesquels fonder des distinctions. L'intérêt général sert toutefois de boussole pour admettre ou non la compatibilité d'une différenciation avec le principe universel d'égalité. L'indifférence aux différences, l'indifférenciation juridique, est un outil d'homogénéisation du droit et une manifestation juridique de l'universalité des droits¹¹⁰⁹.

360. Si ni historiquement ni conceptuellement, l'universalisme n'a signifié la mise en place d'une indifférence absolue du droit aux différences, l'indifférenciation est pourtant présentée dans les discours comme un outil de l'universalisme. Elle se retrouve également au cœur de la construction du principe de non-discrimination.

2. L'indifférenciation : un objectif du principe de non-discrimination

361. Historiquement, il est possible de considérer que le droit de l'égalité ou de la non-discrimination¹¹¹⁰ s'est construit autour de l'affirmation d'un objectif d'indifférenciation. Il faut toutefois relever, comme le font Diane ROMAN et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, qu'essayer de retracer l'histoire des droits de l'homme ne peut « s'écrire au singulier », précisément car « [une] histoire des droits de l'Homme vue de France n'aura pas les mêmes références, les mêmes sources d'inspiration, les mêmes repères chronologiques qu'une histoire américaine, indienne, russe ou haïtienne. Même si le processus d'internationalisation des droits de l'Homme [...] unifie en partie le présent, les droits de l'Homme ont une histoire multiple »¹¹¹¹. Par ailleurs, alors que le droit de l'égalité est plutôt ancré dans la tradition républicaine française,

¹¹⁰⁷ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 244, p. 18.

¹¹⁰⁸ G. KOUBI, « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France », *op. cit.* note 166, pp. 244-262, p. 244.

¹¹⁰⁹ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 38.

¹¹¹⁰ Sur cette distinction, V. *infra* §§483 et s.

¹¹¹¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, p. 47.

le droit de la non-discrimination est quant à lui plutôt ancré dans la tradition libérale nord-américaine¹¹¹².

362. Toutefois, un parallèle peut à notre sens être fait entre ces deux traditions : celles-ci s’ancrent toutes deux, initialement, dans la philosophie des Lumières, berceau de la Déclaration¹¹¹³ des droits de l’homme et du citoyen en France, mais également de la Déclaration d’indépendance des États-Unis d’Amérique et de la Constitution étatsunienne¹¹¹⁴. Ainsi, « De l’égalité des conditions » de VOLTAIRE¹¹¹⁵ et le « Discours sur l’origine et les fondements des inégalités parmi les hommes » de Jean-Jacques ROUSSEAU¹¹¹⁶ inspirent des deux côtés de l’Atlantique¹¹¹⁷ une certaine conception de l’égalité, laquelle se retrouve dans la Déclaration d’indépendance des États-Unis¹¹¹⁸ adoptée en 1776 et à l’article 1^{er} de la Déclaration¹¹¹⁹ de 1789. Émerge alors l’idée que l’égalité est un droit de l’Homme aux côtés des autres libertés individuelles. Si au départ, ce droit se développe à une échelle nationale, le XX^{ème} siècle verra son extension à une échelle internationale. Bien que la Déclaration de 1789 ait déjà une portée universelle – les droits proclamés, y compris l’égalité à l’article 1^{er}, le sont de manière générale et abstraite¹¹²⁰ – les instruments internationaux de protection des droits de l’homme de la deuxième moitié du XX^{ème} siècle sont proclamés universels¹¹²¹. Tel est le cas de la Déclaration

¹¹¹² À ce propos, certains auteurs critiquent justement le droit de la non-discrimination comme étant un transfuge étranger. V. *infra* Chapitre 7. V. également par exemple : M. FABRE-MAGNAN, « Totems et tabous en matière de discrimination », *op. cit.* note 1046, p. 1433.

¹¹¹³ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, p. 51.

¹¹¹⁴ Pour aller plus loin sur le droit à la différence ou à l’indifférence dans le droit étatsunien, V. F. RIGAUD, « Le droit à la différence aux États-Unis d’Amérique », *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 45-70.

¹¹¹⁵ VOLTAIRE, « L’égalité », *Questions sur l’Encyclopédie*, Genève, Cramer, 1777 1768, vol. tome 23-24, en ligne : <https://artflsrv03.uchicago.edu/philologic4/toutvoltaire/navigate/939/1/86/> (consulté le 2 décembre 2022) : « tous les hommes jouissant des facultés attachées à leur nature sont égaux ».

¹¹¹⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Oeuvres complètes de J.-J. Rousseau. Tome 6 / réimprimées d’après les meilleurs textes sous la direction de Louis Barré*, 1857 1856, Préface du « Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes », 1755, p. 236 : « les hommes d’un commun aveu sont naturellement aussi égaux entre eux que ne l’étaient les animaux de chaque espèce, avant que diverses causes physiques eussent introduit dans quelques-uns les variétés que nous y remarquons » ; J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, GF 1058, édition revue et mise à jour en 2012, 2012, *Chapitre Ier* : « L’homme est né libre et partout il est dans les fers ».

¹¹¹⁷ J.-B. GOYARD, « Rousseau “s’invite” à la Déclaration d’indépendance », sans date, en ligne : <https://www.historia.fr/rousseau-sinvite-a-la-declaration-dindpendance> (consulté le 16 février 2022).

¹¹¹⁸ Déclaration d’indépendance États-Unis d’Amérique, *op. cit.* note 1070 : « Nous tenons ces vérités pour évidentes par elles-mêmes : que tous les hommes naissent égaux ; que leur créateur les a dotés de certains droits inaliénables, parmi lesquels la Vie, la Liberté et la recherche du Bonheur ».

¹¹¹⁹ Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, 26 août 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune ».

¹¹²⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, p. 52 : « les droits proclamés le sont sans considération de leur effectivité concrète et sans que des garanties juridiques soient aménagées ».

¹¹²¹ L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.* note 104, p. 32 : « la proclamation des droits de l’homme dans des textes internationaux est sans doute à la fois le signe de leur reconnaissance et la revendication

universelle des droits de l'homme de 1948 dont la portée universelle est à la fois géographique et matérielle¹¹²² puis des deux Pactes de 1966¹¹²³, adoptés dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies.

363. Le développement en Europe de mécanismes de protection des droits de l'homme régionaux ressort de cette même idéologie universaliste et l'interdiction des discriminations poursuit alors un objectif d'indifférenciation. Si, évidemment, géographiquement, la Convention européenne des droits de l'homme ne peut prétendre à l'universalisme, les droits qui y sont affirmés reposent sur leur universalité. Matériellement, le système conventionnel de protection des droits de l'homme s'inscrit dans le paradigme universaliste. Le Préambule de la Convention l'affirme : « cette déclaration [tendant] à assurer *la reconnaissance et l'application universelles* et effectives des droits qui y sont énoncés », les États parties y « [réaffirment] leur profond attachement à ces libertés fondamentales [...] dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur *une conception commune et un commun respect* des droits de l'homme dont ils se réclament »¹¹²⁴. La Convention s'inscrit ainsi dans une logique similaire à celle de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée à l'Assemblée générale des Nations Unies en 1948 et des deux Pactes internationaux de l'ONU adoptés en 1966¹¹²⁵. Le principe de non-discrimination conventionnel poursuit donc cette même logique.

364. L'indifférenciation juridique, c'est-à-dire l'absence de prise en compte des différences individuelles par le droit, est au fondement du principe d'égalité juridique, lequel ressort de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 : « [la] Loi est l'expression de la volonté générale. [...] Elle 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 ». Si cette disposition n'exclut pas toutes les formes de distinction, elle poursuit un

de leur universalité tout en traduisant une recherche de plus grande effectivité (aussi grande que celle de l'ordre international) ».

¹¹²² S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit. note 278, p. 108 ; D. LOCHAK, « V. Universalisation et universalité des droits de l'homme », *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, Repères, 2018, pp. 43-54.

¹¹²³ PIDCP, op. cit. note 47 ; PIDESC, op. cit. note 65.

¹¹²⁴ Préambule, al. 3 et 5, Convention EDH, op. cit. note 48. Nous soulignons.

¹¹²⁵ L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit. note 104, p. 457. Les auteurs distinguent d'ailleurs sur ce point la Convention européenne des droits de l'homme de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 et de la Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994.

objectif d'indifférence du droit aux catégories et appartenances des individus. On retrouve une formulation très semblable à l'article 14 de la Convention. En affirmant que « [la] jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur », etc., les rédacteurs de la Convention affirment que l'interdiction des discriminations a pour objet de réduire les différences de traitement fondées sur des différences individuelles. D'ailleurs, « [dans] la mesure, toutefois, où cette énumération ne se présente pas comme exhaustive, elle n'induit pas une protection spécifique et exhaustive des catégories ainsi désignées. Le juge, et notamment la Cour européenne EDH, interprète ces dispositions comme l'expression d'un principe général d'égalité et évalue la légitimité des différences de traitement à l'aune d'un critère uniforme : l'existence ou non d'une justification objective et raisonnable »¹¹²⁶.

365. On retrouve cette conception du principe de non-discrimination dès les premiers arrêts de la Cour faisant application de l'article 14. Dans la célèbre « *Affaire linguistique belge* » de 1968¹¹²⁷, la Cour interprète, pour la première fois, l'article 14 comme prévoyant que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans [la Convention] doit être assurée sans distinction aucune ("*without discrimination*") fondée, notamment, sur la langue »¹¹²⁸, ajoutant également que « [si] cette garantie n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14 (art. 14), les "droits et libertés reconnus dans la Convention", une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14 (art. 14), pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire »¹¹²⁹. La Cour précise toutefois, à la suite de cette première interprétation de l'interdiction des discriminations comme imposant l'indifférence aux différences, que : « [malgré] le libellé très général de sa version française ("*sans distinction aucune*")", l'article 14 (art. 14) n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus. Cette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise ("*without discrimination*"). En outre et surtout, on aboutirait à des résultats absurdes si l'on donnait à l'article 14 (art. 14) une interprétation aussi large que celle que la version française semble impliquer. On en arriverait, en effet, à juger contraires à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui

¹¹²⁶ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit. note 429, p. 76.

¹¹²⁷ Cour EDH [plén.], « *Affaire linguistique belge* », 23 juillet 1968, op. cit. note 133.

¹¹²⁸ *Ibid.*, §8.

¹¹²⁹ *Ibid.*, §9.

n'assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus. Or, les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes ; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait. L'interprétation extensive mentionnée ci-dessus ne saurait par conséquent être retenue »¹¹³⁰. De fait, la Cour n'exclut donc pas toutes les distinctions entre les individus, seulement celles illégitimes car fondées sur un critère prohibé et dénuées de justification objective et raisonnable¹¹³¹. La Cour appuiera cette interprétation en réaffirmant dans l'arrêt *Marckx contre Belgique* en 1979 que : si « l'article 14 n'[a] pas d'existence indépendante il peut jouer un important rôle autonome en complétant les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles : dans la jouissance des droits et libertés qu'elles reconnaissent, *il protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues*. Enfreint donc l'article 14, combiné avec l'article de la Convention ou des Protocoles consacrant tel droit ou liberté, une mesure conforme en elle-même aux exigences du second, mais revêtant un caractère discriminatoire incompatible avec le premier. Tout se passe comme si l'article 14 faisait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et libertés [...]. *Selon la jurisprudence constante de la Cour, une distinction se révèle discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou si fait défaut un "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" »*¹¹³². Les distinctions juridiques ne sont ainsi pas entièrement interdites, pourvu qu'elles soient justifiées et poursuivent un « but légitime ».

366. Dès les premiers arrêts rendus en matière d'interdiction des discriminations, la Cour interprète donc l'article 14 comme emportant une interdiction des distinctions entre individus sur le fondement d'un ou de plusieurs critères listés à l'article 14, sauf à ce que cette distinction entre individus ait une justification objective et raisonnable. On retrouve en pratique l'idée déjà présente à l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon laquelle certaines différences juridiques peuvent être acceptées si elles sont fondées sur

¹¹³⁰ *Ibid.*, §10.

¹¹³¹ *Ibid.* La Cour précise notamment : « il importe donc de rechercher les critères qui permettent de déterminer si une distinction de traitement donnée, relative bien entendu à l'exercice de l'un des droits et libertés reconnus, contrevient ou non à l'article 14 (art. 14). À ce sujet, la Cour, suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'États démocratiques, retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 (art. 14) est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

¹¹³² Cour EDH [plén.], *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *op. cit.* note 128, §§32-33. Nous soulignons.

« l'utilité commune », soit un but légitime¹¹³³. En effet, le principe d'égalité est parfois compris comme proscrivant la différence de traitement, tandis que le principe de non-discrimination interdit la différence de traitement *injustifiée*. Pourtant, ce serait effectivement oublier que le principe d'égalité proscrit les distinctions, sauf celles fondées sur « l'utilité commune ». Cela permet de réintroduire des différenciations, admises et compatibles avec le paradigme universaliste. Pour Danièle LOCHAK, « le principe d'égalité se mue alors en un principe de non-discrimination : ce qu'il proscrit, ce n'est plus la différence de traitement elle-même, mais la différence de traitement non-justifiée, qualifiée alors de discrimination. L'égalité n'oblige pas à traiter tout le monde de la même façon, mais seulement à ne pas opérer des distinctions arbitraires entre ceux qui se trouvent dans des situations semblables »¹¹³⁴. Ainsi, le principe de la justification d'une distinction juridique se retrouve tant dans le principe d'égalité que dans le principe de non-discrimination. D'ailleurs, la justification est une étape essentielle du raisonnement de la Cour en matière de non-discrimination.

367. **Conclusion de la section.** L'indifférenciation demeure ainsi un objectif principal du droit de la non-discrimination tel que déployé par la Cour. Elle a pour conséquence une uniformisation du droit applicable aux individus par la réduction des différences de traitement entre eux. Cet objectif d'indifférenciation, central dans l'émergence du principe de non-discrimination, se retrouve également dans l'application qu'en fait la Cour : majoritairement, la Cour applique le principe de non-discrimination comme poursuivant un objectif d'indifférence aux différences.

Section 2. Un objectif d'indifférenciation au cœur de l'application du principe de non-discrimination

368. L'indifférenciation est au cœur de la conception du principe de non-discrimination, mais également de son interprétation et de son application par la Cour (1). La critique relative à la remise en cause, par la Cour, de l'indifférence du droit aux différences doit ainsi être relativisée. D'une part, elle doit l'être au regard de l'application faite par la Cour du principe de non-discrimination. D'autre part, la Cour use du principe de non-discrimination de manière

¹¹³³ Pour Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, cette référence à l'utilité commune est assez unique comme motif de dérogation au principe d'égalité. V. F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 244, p. 183.

¹¹³⁴ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.* note 429, p. 83.

concordante au regard de l'application faite par d'autres juridictions ou organes protecteurs de droits fondamentaux (2).

1. L'indifférence aux différences : un principe central dans l'application faite par la Cour de l'article 14

369. Si l'on observe l'ensemble du contentieux traité par la Cour en matière de discrimination, la Cour rend majoritairement des arrêts dans lesquels elle applique une logique d'indifférence aux différences, soit qu'elle conclut à l'absence de différence de traitement dans les cas qui lui sont soumis, soit qu'elle invite les États défendeurs à supprimer une différence de traitement pour égaliser le droit applicable. Ce constat est observable lorsqu'on étudie l'ensemble du contentieux depuis 1968 (1.1), mais également lorsqu'on se concentre sur tous les arrêts rendus depuis la jurisprudence *Thlimmenos contre Grèce* en 2000. Depuis cet arrêt, la Cour affirme que « [le] droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »¹¹³⁵ (1.2.), ouvrant la voie à une interprétation plus différencialiste du principe de non-discrimination.

1.1. Une application centrale sur le plan statistique

370. L'objectif d'indifférenciation poursuivi par la Cour lorsqu'elle applique le principe de non-discrimination peut faire l'objet d'une observation statistique. À ces fins, l'ensemble des arrêts dans lesquels la Cour examine un grief fondé sur l'article 14 – à l'exclusion des arrêts dans lesquels la Cour n'examine pas substantiellement le grief tiré d'une violation de l'article 14 (soit qu'elle estime que le grief est mal-fondé, soit que la question a déjà été examinée sous l'angle d'une autre disposition de la Convention, ce qui lui permet de ne pas examiner la violation de l'article 14) – ont été analysés et ont fait l'objet d'un classement selon l'effet de la solution rendue.

371. Plus précisément, les arrêts rendus par la Cour depuis 1968 ont été classés en six catégories, selon la solution rendue, en répondant à la question suivante : est-ce que la solution rendue par la Cour amène à la suppression d'une différence de traitement, à un maintien d'une différence de traitement, ou invite les États à ajouter une différence de traitement ? Selon la

¹¹³⁵ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77, §44.

réponse à cette question, l'arrêt a été classé dans une des six catégories suivantes : suppression d'une différence de traitement (1) ; absence de différence de traitement (2) ; maintien à court ou moyen terme d'une différence de traitement (3) ; maintien à long terme d'une différence de traitement (4) ; ajout d'une différence de traitement à court ou moyen terme (5) ; ajout d'une différence de traitement à long terme (6). La suppression d'une différence de traitement (catégorie 1) ou la conclusion d'une absence de différence de traitement (catégorie 2) répondent, à notre sens, à l'objectif d'indifférenciation : la Cour, en appliquant l'article 14 de la Convention, invite à réduire les différences de traitement entre les individus fondées sur des caractéristiques réputées illégitimes. Les quatre autres catégories ressortent davantage d'une logique de différenciation : soit la Cour maintient une différence de traitement entre les individus qui a été créée par l'État défendeur (catégories 3 et 4), soit elle incite l'État défendeur à mettre en place une telle différence de traitement en l'assortissant ou non d'une condition de durée (catégories 5 et 6). À ce propos, l'ajout d'une différence de traitement assortie d'une condition de durée (catégorie 5) poursuit à notre sens deux objectifs : un objectif de différenciation à court ou moyen terme (le temps que dure la différence de traitement jusqu'à ce que sa condition soit remplie) et un objectif d'indifférenciation à long terme (puisque alors la différence de traitement disparaîtra)¹¹³⁶. Toutefois, au regard des effets à court et moyen terme, nous pouvons maintenir cette catégorie dans une logique de différenciation, pour ne conserver que les catégories 1 et 2 comme catégories rendant compte de la poursuite d'un objectif d'indifférenciation stricte. En effet, l'indifférenciation a pour effet de réduire la possibilité de mettre en place des différences de traitement, des mesures spéciales à destination de certaines catégories de personnes.

372. L'idée est ici de déterminer si la Cour poursuit bien un objectif d'indifférenciation lorsqu'elle interprète et applique l'article 14 de la Convention. Dès lors, si la majorité des arrêts rendus sont classés dans les deux premières catégories, il sera possible d'affirmer que cet objectif d'indifférence aux différences est rempli statistiquement. Or, sur les 580 arrêts analysés, rendus de 1968 à 2021¹¹³⁷, 229 arrêts ont été classés dans la catégorie 1 ; 159 ont été classés dans la catégorie 2 ; 106 ont été classés dans la catégorie 3 ; 6 ont été classés dans la catégorie 4 ; 47 ont été classés dans la catégorie 5 ; et enfin 9 ont été classés dans la catégorie 6. Quant aux 24 arrêts restants, la décision de la Cour ne permettait pas de réaliser ce

¹¹³⁶ V. *infra*, §§428 et s.

¹¹³⁷ Pour une explication de la construction de la base jurisprudentielle, V. *supra*, Introduction générale, §39.

classement, notamment parce que la décision rendue pour l'article 14 n'était pas accessible¹¹³⁸ ou parce que la Cour, ayant conclu à l'absence d'applicabilité de la disposition principale, n'a pas examiné le grief sous l'angle de l'article 14¹¹³⁹. Ces résultats peuvent être résumés dans le tableau suivant :

Catégorie 1 Suppression d'une différence de traitement	Catégorie 2 Absence de différence de traitement	Catégorie 3 Maintien d'une différence de traitement existante à long terme	Catégorie 4 Maintien d'une différence de traitement existante à court ou moyen terme	Catégorie 5 Ajout d'une différence de traitement à long terme (sans condition suspensive)	Catégorie 6 Ajout d'une différence de traitement à court ou moyen terme (avec condition suspensive)
229	159	106	6	47	9
41%	29%	19%	1%	8%	2%
388		168			
70%		30%			

373. Les deux premières catégories réunissent ainsi 388 arrêts sur les 556¹¹⁴⁰ analysés soit 70% des arrêts¹¹⁴¹. Ainsi dans 70% des arrêts, la solution rendue par la Cour produit bien des effets d'indifférenciation. L'indifférenciation est ainsi une solution classique au regard de la construction du principe de non-discrimination¹¹⁴², et statistiquement majoritaire dans la jurisprudence antidiscriminatoire de la Cour. Si l'indifférenciation est un instrument de mise en œuvre de l'universalisme, il faut dès lors en conclure que celui-ci n'est nullement remis en cause par le droit de la Convention, puisque l'indifférenciation tend à appliquer un droit uniforme aux individus, sans distinction fondée sur leurs caractéristiques personnelles ou leur situation de fait.

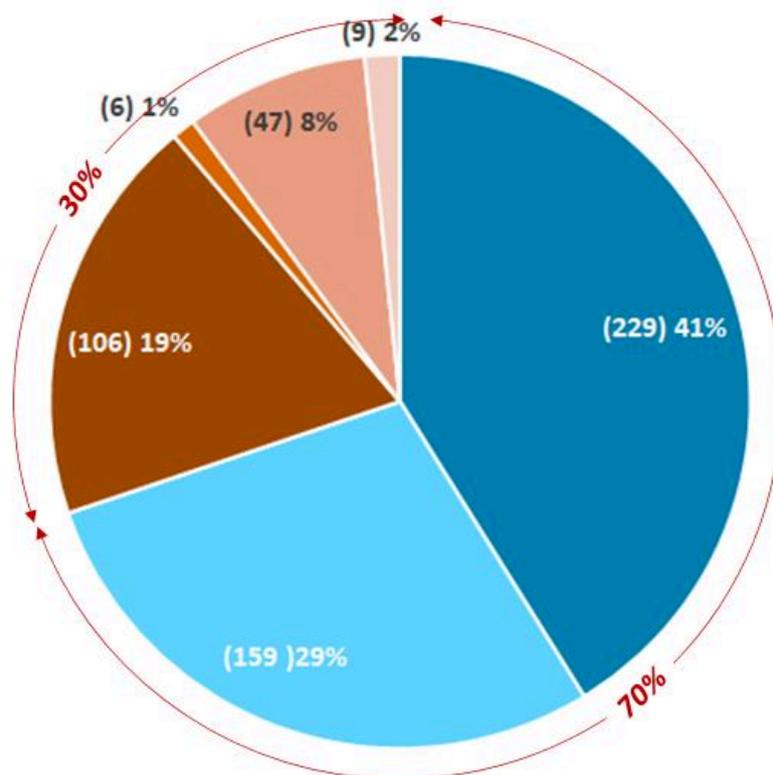
¹¹³⁸ V. par exemple : Cour EDH, 1ère Section, *Wallishauser c. Autriche* n°2, 20 juin 2013, req. n° 14497/06.

¹¹³⁹ V. par exemple : Cour EDH, 4ème Section, *Petrakidou c. Turquie*, 27 mai 2010, req. n°16081/90, §§48-49.

¹¹⁴⁰ Pour obtenir les chiffres suivants, les 24 arrêts dans lesquels nous ne pouvions pas obtenir de classement ont été retranchés aux 580 arrêts de départ. L'analyse porte donc sur 556 arrêts.

¹¹⁴¹ V. Graphique n°8.

¹¹⁴² V. *supra* §§360 et s.



- Catégorie 1 - Suppression d'une différence de traitement
- Catégorie 2 - Absence de différence de traitement
- Catégorie 3 - Maintien d'une différence de traitement existante à long terme
- Catégorie 4 - Maintien d'une différence de traitement existante à court ou moyen terme
- Catégorie 5 - Ajout d'une différence de traitement à long terme (sans condition suspensive)
- Catégorie 6 - Ajout d'une différence de traitement à court ou moyen terme (avec condition suspensive)

Graphique n°8 : Répartition des arrêts rendus par catégorie selon la poursuite d'un objectif d'indifférenciation (cat. 1 et 2) ou de différenciation (cat. 3 à 6).

374. Si les solutions différencialistes sont ainsi moins nombreuses, elles représentent tout de même 30% des arrêts rendus (catégories 3 à 6). On constate que les catégories 3 et 4, celles pour lesquelles la Cour valide une différence de traitement mise en place par les États parties à la Convention, sont celles qui regroupent le plus d'arrêts. Elles représentent 112 arrêts soit 20% des décisions¹¹⁴³. Surtout, la Cour valide ces différences de traitement estimant qu'elles ne

¹¹⁴³ Pour une analyse spécifique de ces situations de différenciation, V. *infra* §§433 et s.

correspondent pas à une distinction juridique injustifiée fondée sur un critère prohibé, mais correspondent à une distinction fondée sur l'existence d'une catégorie juridique, telle que l'existence de différents types d'infractions en droit pénal¹¹⁴⁴. Ainsi, l'analyse statistique nous permet aussi de conclure à l'absence de « tournant identitaire » dans le contentieux, la jurisprudence *Thlimmenos* n'ayant pas eu un impact particulier sur les solutions rendues par la Cour.

1.2. Une application centrale maintenue depuis la jurisprudence *Thlimmenos*

375. La jurisprudence *Thlimmenos* a été considérée par certains auteurs comme une forme de tournant dans le droit conventionnel antidiscriminatoire ; elle aurait introduit l'idée que « l'absence de discrimination [puisse être] [...] à l'origine de la discrimination »¹¹⁴⁵. En effet, la Cour y pose pour la première fois une seconde définition possible de la discrimination, et donc une « forme de discrimination supplémentaire »¹¹⁴⁶ : « [le] droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »¹¹⁴⁷. Elle crée alors la discrimination par absence de différenciation¹¹⁴⁸, qui « [bouleverse] l'ancienne conception de l'égalité jouissance des droits au sens de l'article 14 de la Convention »¹¹⁴⁹.

376. Toutefois, ce bouleversement de la conception de la discrimination et de ses définitions n'a pas emporté un bouleversement de l'objectif poursuivi par le juge strasbourgeois, lequel reste majoritairement l'indifférenciation. Plus précisément, cet arrêt n'a pas constitué un tournant différencialiste du droit de la non-discrimination d'un point de vue statistique.

377. Pour démontrer cela, un nouveau recensement des arrêts peut être effectué, non plus à partir de 1968, mais à partir de l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, soit le 6 avril 2000. Les arrêts rendus par la Cour dans lesquels au moins un grief d'allégation de violation de l'article 14 était

¹¹⁴⁴ Cour EDH (GC), *Geger c. Turquie*, 8 juillet 1999, *op. cit.* note 543. Pour une analyse de cet arrêt, V. *infra* §§438 et 469.

¹¹⁴⁵ J. RINGELHEIM, *La non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bilan d'étape*, *op. cit.* note 197, p. 15.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77, §72.

¹¹⁴⁸ V. *supra* §58 et s.

¹¹⁴⁹ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 776, p. 259.

soulevé sont ainsi triés et classés selon l'effet de la décision rendue par la Cour en reprenant les six catégories précédemment énoncées : suppression d'une différence de traitement (1) ; absence de différence de traitement (2) ; maintien à court ou moyen terme d'une différence de traitement (3) ; maintien à long terme d'une différence de traitement (4) ; ajout d'une différence de traitement à court ou moyen terme (5) ; ajout d'une différence de traitement à long terme (6). À partir du 6 avril 2000, les 510 arrêts rendus par la Cour ont fait l'objet de cette classification. Il convient de noter que l'analyse porte en réalité sur 497 arrêts puisqu'ici encore quelques arrêts n'ont pas pu faire l'objet de cette classification pour les mêmes raisons que précédemment évoquées¹¹⁵⁰. Lorsque l'arrêt rendu entre dans les catégories 1 ou 2, le fait que la Cour fonde ou non sa décision sur l'arrêt *Thlimmenos* ne semble pas affecter l'effet de la solution, puisque dans tous les cas la conclusion d'une absence de différence de traitement ou la conclusion de la nécessité de supprimer une différence de traitement afin que l'article 14 de la Convention soit protégé visent l'indifférenciation juridique entre les individus. Dans ces cas de figure (catégories 1 et 2), l'arrêt a été considéré comme « non concerné » par la citation d'une jurisprudence tendant à prendre en compte les différences entre les individus pour appliquer un traitement juridique différent¹¹⁵¹. En revanche, lorsque l'arrêt rendu entre dans une des autres catégories (catégories 3 à 6), nous avons recherché d'une part si l'arrêt *Thlimmenos* était cité au fondement de la décision, et notamment dans le rappel des principes généraux applicables, et d'autre part, après le 12 avril 2006, si l'arrêt *Stec et autres contre Royaume-Uni* était également cité¹¹⁵². En effet, ce second arrêt, bien qu'aboutissant à un constat de non-violation de l'article 14 de la Convention, a renforcé la jurisprudence *Thlimmenos* en ce que la Cour y affirme pour la première fois que « [l'article] 14 n'interdit pas à un État de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des « inégalités factuelles » entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause »¹¹⁵³. La Cour reprecise donc ici la nécessité dans certaines situations de traiter différemment des personnes placées dans une situation différente, notamment lorsque le traitement différencié vise la correction d'une inégalité de fait.

¹¹⁵⁰ 13 arrêts qui correspondent à des cas de figure où la Cour ne donne pas accès à la totalité de la solution, soit pour des problèmes techniques liés à la base de données *Hudoc*, soit pour d'autres raisons, précédemment évoquées.

¹¹⁵¹ Autrement dit, les citations des arrêts *Thlimmenos* ou *Stec* n'ont pas été comptabilisées pour les arrêts classés dans les catégories 1 et 2 puisqu'alors la solution de la Cour est une indifférenciation. Les arrêts des catégories 1 et 2 ont donc été classés en « non-concerné » pour ce qui est du calcul du nombre de citations.

¹¹⁵² À noter que la Cour a rendu 385 arrêts entre le 12 avril 2006 et le 31 décembre 2021.

¹¹⁵³ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §51.

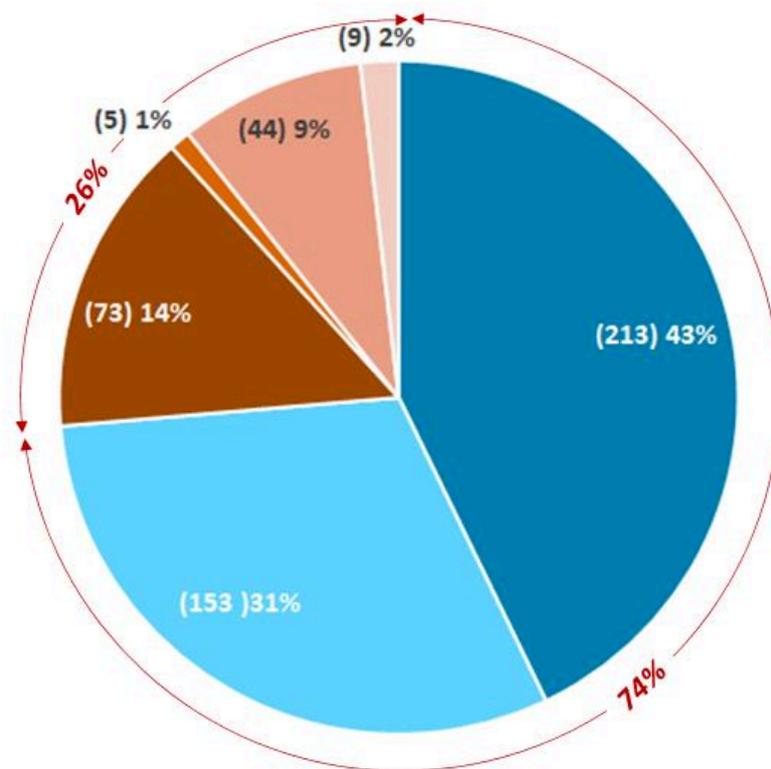
378. À la suite de ce classement, les résultats suivants peuvent être observés :

Catégorie 1	Catégorie 2	Catégorie 3	Catégorie 4	Catégorie 5	Catégorie 6	L'arrêt <i>Thlimmenos</i>	L'arrêt <i>Stec</i>
Suppression d'une différence de traitement	Absence de différence de traitement	Maintien d'une différence de traitement existante à long terme	Maintien d'une différence de traitement existante à court ou moyen terme	Ajout d'une différence de traitement à long terme (sans condition suspensive)	Ajout d'une différence de traitement à court ou moyen terme (avec condition suspensive)	est cité au fondement de l'arrêt rendu (après le 6 avril 2000)	est cité au fondement de l'arrêt rendu (après le 12 avril 2006)
213	153	73	5	44	9	24	27
42%	30 %	14%	1%	9%	2%	5%	7%
366		131					
74%		26%					

379. Les catégories 1 et 2, c'est-à-dire celles pour lesquelles les arrêts aboutissent à une solution d'indifférenciation, représentent depuis la jurisprudence *Thlimmenos* 366 arrêts sur les 497 étudiés, soit 74% des arrêts. Les proportions observées lorsque l'on étudie l'ensemble de la jurisprudence, c'est-à-dire y compris avant la décision *Thlimmenos* semblent donc conservées, ce qui signifie que la Cour n'a pas rendu moins d'arrêts visant l'indifférence aux différences après le 6 avril 2000. Les catégories 3 à 6 représentent quant à elles 26% des arrêts rendus après le 6 avril 2000, ce qui permet de conclure que la jurisprudence *Thlimmenos* n'est pas une application majoritaire du principe de non-discrimination et que cette solution ne représente pas un nombre conséquent d'arrêts rendus sur deux décennies pour conclure à un véritable tournant dans la jurisprudence antidiscriminatoire¹¹⁵⁴. Si cette jurisprudence représente bien une rupture dans l'interprétation de l'article 14, ayant introduit une nouvelle forme de discrimination prohibée¹¹⁵⁵, elle n'a toutefois pas sensiblement modifié la manière dont la Cour interprète majoritairement le principe de non-discrimination.

¹¹⁵⁴ V. Graphique n°9.

¹¹⁵⁵ V. *supra*, §58.



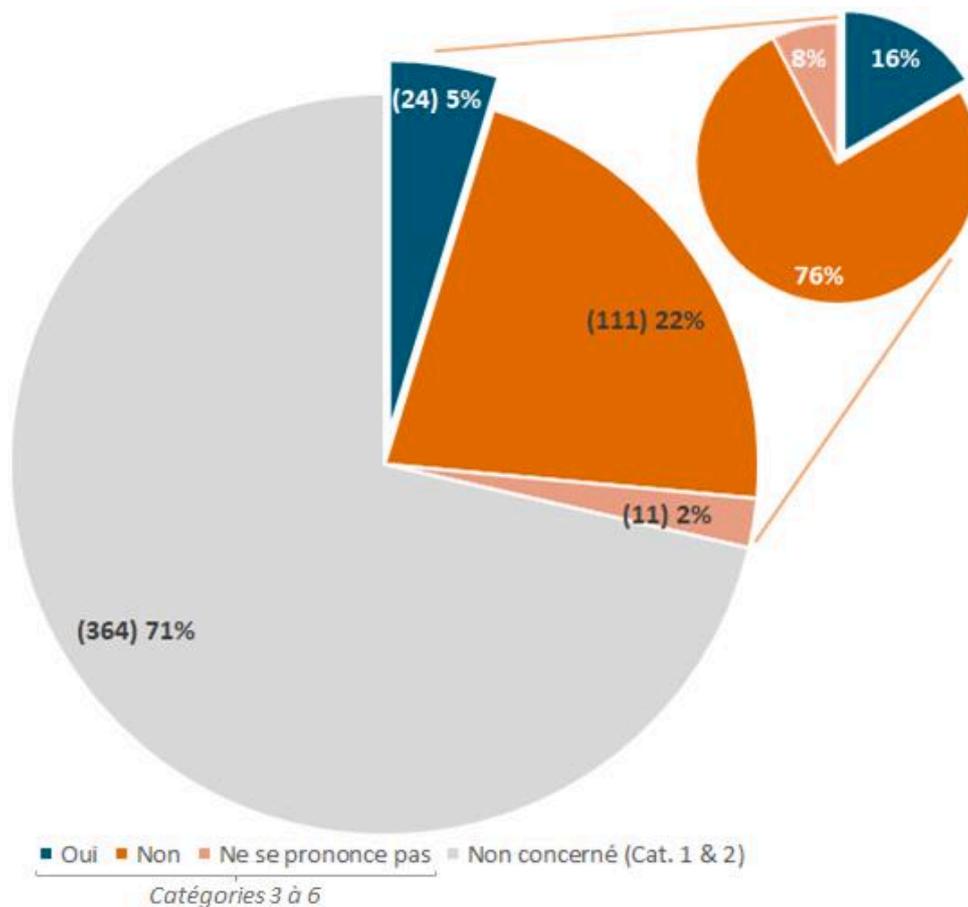
- Catégorie 1 - Suppression d'une différence de traitement
- Catégorie 2 - Absence de différence de traitement
- Catégorie 3 - Maintien d'une différence de traitement existante à long terme
- Catégorie 4 - Maintien d'une différence de traitement existante à court ou moyen terme
- Catégorie 5 - Ajout d'une différence de traitement à long terme (sans condition suspensive)
- Catégorie 6 - Ajout d'une différence de traitement à court ou moyen terme (avec condition suspensive)

Graphique n°9 : Répartition des arrêts par catégorie selon la poursuite d'un objectif d'indifférenciation (cat. 1 et 2) ou de différenciation (cat. 3 à 6) depuis le 6 avril 2000
(Thlimmenos c. Grèce)

380. Par ailleurs lorsqu'on se concentre sur l'utilisation des jurisprudences *Thlimmenos* et *Stec* comme précédents¹¹⁵⁶ permettant de fonder les décisions différencialistes rendues, on se

¹¹⁵⁶ A. PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2019.

rend compte que ces deux jurisprudences sont peu mobilisées. Sont exclus de l'analyse les arrêts, les plus nombreux, dans lesquels la Cour rend une solution poursuivant un objectif d'indifférenciation (ces derniers ont été classés comme « non concerné »)¹¹⁵⁷. En effet, pour ces arrêts, le fait que la Cour cite ou non la jurisprudence *Thlimmenos contre Grèce* n'a donc pas eu d'impact sur la solution donnée par la Cour (indifférenciation). En revanche se pose la question de savoir si la jurisprudence *Thlimmenos* sert bel et bien de fondement à des décisions différentialistes. À l'analyse, on constate que la Cour ne cite cet arrêt que dans 24 arrêts appliquant une solution différentialiste.



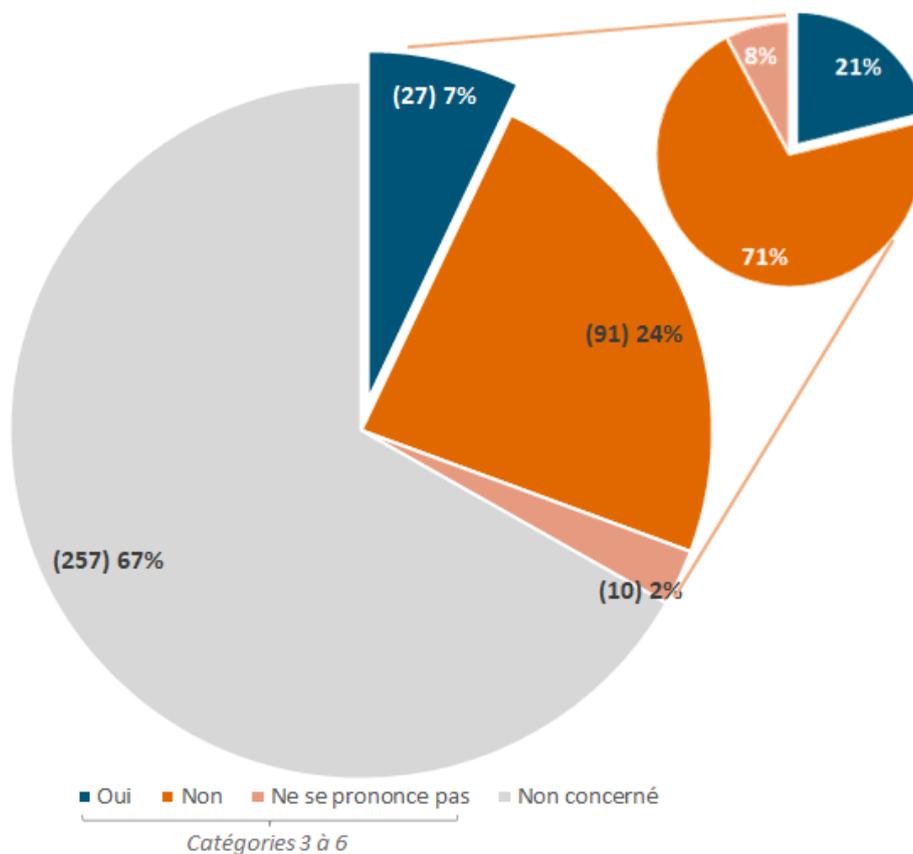
Graphique n°10 : Répartition des arrêts selon qu'ils citent la jurisprudence *Thlimmenos* pour fonder une décision différentialiste

381. En appliquant la même méthode pour la jurisprudence *Stec*, nous observons que celle-ci n'est citée que dans 27 arrêts seulement depuis le 12 avril 2006¹¹⁵⁸. Sur ces 27 citations, certaines ne concernent pas le paragraphe 51 de l'arrêt *Stec et autres contre Royaume-Uni*, celui

¹¹⁵⁷ V. Graphique n°10.

¹¹⁵⁸ V. Graphique n°11.

qui permettrait de fonder une solution différencialiste puisque la Cour y affirme que « [l]’article 14 n’interdit pas à un État membre de traiter des groupes *de manière différenciée pour corriger des "inégalités factuelles" entre eux* ; de fait, dans certaines circonstances, *l’absence d’un traitement différencié pour corriger une inégalité* peut en soi emporter la violation de la disposition en cause »¹¹⁵⁹.



Graphique n°11 : Répartition des arrêts selon qu'ils citent la jurisprudence *Stec* pour fonder une décision différencialiste

382. Toutefois, ces chiffres doivent être relativisés. En effet, parfois, la Cour cite la jurisprudence *Stec* pour son paragraphe 39 dans lequel la Cour affirme qu'« il suffit que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'un ou moins des articles de la Convention »¹¹⁶⁰. Elle peut également citer cette jurisprudence pour son paragraphe 52 qui permet de rappeler soit que la marge d'appréciation des États est ample « lorsqu'il s'agit de prendre des mesures

¹¹⁵⁹ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §51.

¹¹⁶⁰ V. par exemple : Cour EDH (GC), *Burden c. Royaume-Uni*, 29 avril 2008, req. n°13378/05, *Rec. CEDH 2008-III*, §58 ; Cour EDH, 2ème Section, *Biao c. Danemark*, 25 mars 2014, *op. cit.* note 375, §77.

d'ordre général en matière économique ou sociale »¹¹⁶¹, soit que « l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹¹⁶². Enfin, il arrive à la Cour de citer la jurisprudence *Stec* à propos de l'applicabilité de l'article 1^{er} du Protocole n°1 à la Convention aux cas d'espèce relatifs à des prestations sociales¹¹⁶³. Les citations de la jurisprudence *Stec* doivent donc être lissées au regard de ces éléments, comme dans le tableau suivant¹¹⁶⁴ :

Jurisprudence <i>Stec</i> citée pour fonder une solution différencialiste	Jurisprudence <i>Stec</i> citée pour son paragraphe 39	Jurisprudence <i>Stec</i> citée pour rappeler l'ample marge d'appréciation des États	Jurisprudence <i>Stec</i> citée pour rappeler le principe de proportionnalité entre les buts visés et les moyens employés	Jurisprudence <i>Stec</i> citée à propos de l'applicabilité de l'article 1 du Protocole n°1
15	4	5	5	4

383. On constate ainsi que l'arrêt *Thlimmenos contre Grèce*, et le renforcement de sa solution par l'arrêt *Stec et autres contre Royaume-Uni*, a effectivement rendu possible que des individus placés dans des situations différentes fassent l'objet de traitements différents – et donc a rendu possible des solutions ayant des effets de différenciation entre les individus. Toutefois, ces deux décisions restent peu citées par la Cour comme fondement d'un raisonnement privilégiant la différenciation. Cela s'explique à notre sens par la forte part d'arrêts ayant une solution privilégiant la différenciation dans la catégorie 3 (maintien d'une différence de traitement existante à long terme). On y retrouve de nombreux arrêts dans lesquels la Cour considère la différence de traitement existante comme justifiée¹¹⁶⁵. Pour ces arrêts, la Cour fonde

¹¹⁶¹ V. par exemple : Cour EDH (GC), *Burden c. Royaume-Uni*, 29 avril 2008, *op. cit.* note 1159, §60 ; Cour EDH, 5ème Section, *Si Amer c. France*, 29 octobre 2009, req. n°29137/06, §40 ; Cour EDH, 4ème Section, *Bah c. Royaume-Uni*, 27 septembre 2011, req. n°56328/07, *Rec. CEDH 2011-VI*, §47.

¹¹⁶² V. par exemple : Cour EDH, 1ère Section, *Schwizgebel c. Suisse*, 10 juin 2010, req. n° 25762/07, *Rec. CEDH 2010-V*, §77 ; Cour EDH, 2ème Section, *Horváth et Kiss c. Hongrie*, 29 janvier 2013, *op. cit.* note 340, §112.

¹¹⁶³ V. par exemple : Cour EDH, 5ème Section, *Si Amer c. France*, 29 octobre 2009, *op. cit.* note 1160, 26 : « D'après la jurisprudence constante de la Cour, les principes qui s'appliquent généralement aux affaires concernant l'article 1 du Protocole n°1 gardent toute leur pertinence dans le domaine des prestations sociales (*Stec et autres*, précitée, §54) ».

¹¹⁶⁴ Il convient de noter que certains arrêts ont été comptabilisés plusieurs fois pour réaliser ce tableau puisque l'arrêt *Stec et autres c. Royaume-Uni* était cité pour plusieurs de ses passages.

¹¹⁶⁵ Pour une analyse détaillée de cette catégorie, V. *infra* §§437 et s.

relativement peu souvent sa solution sur les jurisprudences *Thlimmenos* ou *Stec*, notamment car elle considère la différence de traitement justifiée par l'existence de catégories juridiques différentes, et non de situations différentes. Par exemple, la Cour peut considérer qu'est justifiée la différence de traitement entre détenus fondée sur le type d'infractions pénales commises¹¹⁶⁶ (catégorie 3) alors qu'une différence de traitement entre détenus fondée sur la situation personnelle des individus, comme leur orientation sexuelle, est injustifiée¹¹⁶⁷ (catégorie 1).

384. Statistiquement, la Cour poursuit donc un objectif d'indifférenciation dans la grande majorité de ses arrêts. L'application du principe de non-discrimination comme prescrivant une indifférence aux différences apparaît ainsi centrale dans la manière dont la Cour interprète l'article 14. La remise en cause du principe d'indifférence aux différences est ainsi à relativiser, d'autant plus que, dans certains cas où elle différencie les individus, la Cour s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel plus vaste au regard des décisions prises par d'autres juridictions et instances internationales.

2. Une remise en cause minoritaire

385. Nous l'avons précédemment évoqué, la Cour est souvent critiquée, non pour l'ensemble de sa jurisprudence, mais pour un petit nombre de décisions, auxquelles les critiques attachent parfois des conséquences qui dépassent leur réelle portée¹¹⁶⁸. Certaines de ces décisions sont critiquées du fait d'une application d'une différenciation juridique trop poussée, laquelle pourrait constituer une remise en cause de l'universalisme du principe de non-discrimination et des droits garantis par la Convention. C'est le cas des décisions concernant les droits des minorités sexuelles, notamment des personnes transgenres, qui ont fait l'objet de vives critiques doctrinales de la part notamment de Bernard EDELMAN¹¹⁶⁹ ou encore de Muriel FABRE-MAGNAN¹¹⁷⁰. C'est aussi le cas des décisions concernant les droits des minorités religieuses, qui ont fait l'objet de critiques de la part d'universitaires comme Bertrand MATHIEU dans des

¹¹⁶⁶ Cour EDH (GC), *Gerger c. Turquie*, 8 juillet 1999, *op. cit.* note 543.

¹¹⁶⁷ Cour EDH, 2^eme Section, *X. c. Turquie*, 9 octobre 2012, req. n°24626/09. En l'espèce, la Cour considère que le placement à l'isolement d'un détenu homosexuel au motif de le protéger des autres détenus viole les articles 3 et 14 de la Convention, du fait d'un défaut de justification suffisante (§§64-65).

¹¹⁶⁸ V. *supra* §324 et s.

¹¹⁶⁹ B. EDELMAN, *Ni chose, ni personne*, *op. cit.* note 1030 ; B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138 ; B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *op. cit.* note 20, pp. 107-134.

¹¹⁷⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *op. cit.* note 23, p. 31 ; M. FABRE-MAGNAN et al., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *op. cit.* note 23, pp. 3-58.

essais et des tribunes¹¹⁷¹, et qui ont également fait l'objet de prises de position politiques de la part de Grégor PUPPINCK¹¹⁷².

386. Ces deux ensembles de décisions sont suspectés de remettre en cause le principe de l'indifférence aux différences. S'agissant des minorités de genre, les critiques voient dans les décisions européennes l'avènement d'un homme « hors nature »¹¹⁷³ qui imposerait au droit de prendre en considération ses désirs égoïstes¹¹⁷⁴, et par suite remettrait en cause le principe universaliste d'indifférence du droit aux différences individuelles. Il s'agirait alors pour les requérants d'opposer aux États leurs identités de genre afin de mettre en œuvre des différences de traitement visant la protection de ces identités. Le droit à l'identité personnelle, que la Cour fait découler de l'article 8 de la Convention depuis l'affaire *Mikulić contre Croatie* du 7 février 2002¹¹⁷⁵, a ainsi trouvé un terrain d'application en matière de droits des personnes transgenres¹¹⁷⁶. La Cour en affirmant que l'article 8 inclut le droit d'établir les détails de son identité¹¹⁷⁷ remettrait en cause l'indifférence du droit aux différences, ici identitaires. S'agissant des minorités religieuses, la logique serait similaire. Les critiques voient dans les décisions de la Cour une remise en cause de l'universalisme des droits en ce que la Cour accorderait aux minorités religieuses des droits différenciés. En liant la liberté de religion de l'article 9 et l'identité des croyants¹¹⁷⁸, la Cour fait de la manifestation de la religion des individus un élément de leurs identités. En cela, la Cour remettrait en cause l'indifférence du droit aux différences identitaires.

387. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme sur ces deux points n'est pas précurseur. Les critiques consistant à voir dans la juridiction strasbourgeoise le fer de lance de la remise en cause de l'universalisme des droits de l'homme doivent donc être relativisées. Au contraire, la Cour semble s'inscrire dans un mouvement jurisprudentiel préexistant. Elle ne

¹¹⁷¹ B. MATHIEU, « S'opposer à la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 12. V. également : B. MATHIEU, *Justice et politique*, *op. cit.* note 127, not., pp. 25 et s pour une critique générale à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹¹⁷² G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14.

¹¹⁷³ B. EDELMAN, « Qu'est devenue la personne humaine ? », *op. cit.* note 13, pp. 129-138, p. 133.

¹¹⁷⁴ V. également : B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *op. cit.* note 20, pp. 107-134.

¹¹⁷⁵ Cour EDH, 1ère Section, *Mikulić c. Croatie*, 7 février 2002, *op. cit.* note 61, not. §53. Pour un rappel des contours du droit à l'identité sous l'angle de l'article 8, V. *supra* §§230 et s.

¹¹⁷⁶ Y. AL TAMIMI, « Human Rights and the Excess of Identity », *op. cit.* note 41, pp. 1-16, p. 6.

¹¹⁷⁷ Cour EDH (GC), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, *op. cit.* note 58, §90.

¹¹⁷⁸ Cour EDH (GC), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, *op. cit.* note 629, § 104 : « [la liberté de conscience, de pensée et de religion] figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie ».

paraît pas s'écarter particulièrement de la manière dont ces affaires sont traitées devant d'autres juridictions nationales ou internationales, ni ne semble opter pour une remise en cause frontale de l'indifférence aux différences. Si effectivement, concernant les droits des personnes transgenres (2.2.), la Cour s'est confrontée à la jurisprudence de la Cour de cassation française et a participé à son évolution, cela n'est pas entièrement le cas pour les droits des minorités religieuses (2.1.).

2.1. Le cas des droits des minorités religieuses

388. S'agissant des droits des minorités religieuses, on ne peut pas considérer que la Cour mette particulièrement en avant des décisions différentialistes ni que ces solutions diffèrent de celles rendues devant d'autres instances internationales. La Cour a eu à plusieurs reprises à se prononcer sur le fait religieux dans l'espace public ou dans le cadre d'une relation de travail.

389. Ainsi, dans l'arrêt *S.A.S. contre France*¹¹⁷⁹, la Cour rejette le grief d'allégation d'une discrimination à l'encontre des femmes musulmanes en ce que la loi de 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public poursuit un but légitime. La solution s'inscrit directement dans le cadre du principe d'indifférence aux différences : la Cour estime que l'État français traite tous les individus indifféremment, sans prendre en considération leur possible spécificité religieuse. Au contraire, le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans la décision *Yaker contre France* était saisi d'une communication individuelle contestant la même loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et avait conclu que la loi française portait une atteinte disproportionnée à la liberté religieuse, garantie par l'article 18 du PIDCP, et constituait une discrimination contraire à l'article 26 du Pacte. L'État français arguait devant le Comité que l'interdiction de dissimulation du visage était générale et impersonnelle, et ne visait donc pas de catégories de personnes telles que les femmes désirant porter le *niqab* ou le *hijab*. Son argument reposait donc *in extenso* sur l'universalité de la règle de droit applicable, emportant *de facto* une application sans différenciation et par suite égalitaire. Pour le Comité au contraire, l'interdiction n'est pas générale puisque la loi prévoit des exceptions pour les tenues portées pour des raisons de santé, pour les tenues portées pour des motifs professionnels, pour les tenues s'inscrivant dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles, et enfin pour les tenues prescrites ou autorisées par des

¹¹⁷⁹ Cour EDH (GC), *S.A.S. c. France*, 1 juillet 2014, *op. cit.* note 421. Pour une explication précise des faits, V. *supra* §301.

dispositions législatives ou réglementaires. Le port du foulard ou du voile entre, pour le Comité, dans la troisième de ces exceptions, en ce qu'il s'agit de tenues relevant « d'une coutume d'une frange de la religion musulmane et qu'il s'agit de l'accomplissement d'un rite et de la pratique d'une religion »¹¹⁸⁰. On constate donc qu'une autre solution que celle donnée par la Cour européenne des droits de l'homme était possible. L'existence d'un autre raisonnement sur les mêmes faits révèle le choix de la Cour en faveur ici de l'indifférenciation¹¹⁸¹.

390. S'agissant du port de signes religieux au travail, les juges strasbourgeois ont validé le licenciement d'une éducatrice de crèche portant le foulard islamique dans la décision d'irrecevabilité *Dahlab contre Suisse*¹¹⁸². De même, dans l'arrêt *Francesco Sessa contre Italie*¹¹⁸³, la Cour était saisie par un avocat de confession juive dont une audience avait été placée au moment de fêtes juives. Les juges ont estimé pourtant que l'État italien n'avait pas violé l'article 9 de la Convention car « cette ingérence était prévue par la loi, qu'elle se justifiait par la protection des droits et libertés d'autrui [...] et qu'elle présentait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹¹⁸⁴. Enfin dans l'affaire *Eweida et autres contre Royaume-Uni*, une employée de British Airways, Mme Eweida, et une infirmière de la fonction publique, Mme Chaplin, avaient décidé de manifester leur foi en portant visiblement une croix catholique à leur cou sur leur lieu de travail, en contradiction avec le code vestimentaire en vigueur. Revenant sur la jurisprudence de la Commission *Konttinen contre Finlande*¹¹⁸⁵, laquelle décidait que l'article 9 n'était pas violé si le salarié se voyait proposer « l'option de se soumettre ou se démettre », c'est-à-dire que l'employé « pouvait démissionner de ses fonctions et trouver un autre travail »¹¹⁸⁶, la Cour considère que le licenciement de Mme Eweida était disproportionné. En revanche, concernant Mme Chaplin, la Cour considère que « la raison pour laquelle elle a été priée d'ôter sa croix, à savoir la protection

¹¹⁸⁰ Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, *Yaker c. France*, 17 juillet 2018, comm. n°CCPR/C/123/D/2747/2016, §8.3.

¹¹⁸¹ On peut noter que ce choix a pu faire l'objet de critiques de la part de juges à la Cour et d'auteurs. V. Opinion en partie dissidente commune aux juges NUBBERGER et JÄDERBLOM, sous Cour EDH (GC), *S.A.S. c. France*, 1 juillet 2014, *op. cit.* note 421. V. également I. RADACIC, « Gender equality jurisprudence of the European Court of Human Rights », *EJIL*, 2008, vol. 19, n° 4, pp. 841-857. Pour l'auteure, l'application du principe de non-discrimination dans les affaires de port du foulard ou du voile est « paternaliste » et « simpliste ».

¹¹⁸² Cour EDH, 2ème Section, *Dahlab c. Suisse (décision)*, 15 février 2001, *op. cit.* note 923.

¹¹⁸³ Cour EDH, 2ème Section, *Francesco Sessa c. Italie*, 3 avril 2012, n° 28790/08, *Rec. CEDH 2012-III*.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, §38.

¹¹⁸⁵ Commission EDH, *Konttinen c. Finlande (décision)*, 3 décembre 1996, n° 24949/94, notamment : « La Commission observe en outre qu'après avoir constaté que ses horaires de travail étaient incompatibles avec ses convictions religieuses, le requérant était libre de quitter son emploi. Pour la Commission, cette possibilité est la garantie fondamentale de son droit à la liberté de religion ».

¹¹⁸⁶ Cour EDH, 4ème Section, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, req. n°48420/10, 36516/10, 51671/10 et 59842/10, §83.

de la santé et de la sécurité dans un service hospitalier, est par nature plus important que celle invoquée dans le cas de Mme Eweida » et conclut à l'absence de violation de l'article 9 au regard du juste équilibre ménagé entre les intérêts de la requérante et du service en l'espèce. Pour reprendre les termes de Gérard GONZALEZ : « la résolution du conflit entre le salarié et l'entreprise est à rechercher dans le cadre du contrôle de proportionnalité qui met en balance, d'un côté la nécessité de préserver le droit fondamental de manifester sa religion avec, de l'autre, l'intérêt de l'entreprise à préserver son image ou sa réputation, le règlement intérieur de l'entreprise, la nature du signe religieux en cause, éventuellement les conditions sanitaires et de sécurité »¹¹⁸⁷. La solution de la Cour est donc casuistique et permet d'interdire les signes religieux sur le lieu de travail si l'interdiction respecte le principe de proportionnalité. Loin de garantir une obligation d'aménagements raisonnables en matière religieuse, la Cour examine donc largement la proportionnalité des demandes¹¹⁸⁸ pour décider ou non de faire droit à une solution différencialiste. Cela semble ainsi *a priori* compatible avec la logique universaliste puisque la Cour n'interdit que les différenciations juridiques disproportionnées.

391. Par ailleurs, ces arrêts et décisions ne diffèrent pas fondamentalement des décisions rendues par la Cour de Justice de l'Union européenne. Les juges luxembourgeois se sont en effet prononcés à plusieurs reprises ces dernières années lors de questions préjudicielles sur la question du port de signes religieux en entreprise. Ainsi, dans l'arrêt *G4S Secure Solutions*¹¹⁸⁹, plus connu comme étant l'affaire *Achbita*, ainsi que dans l'arrêt *Bouagnaoui*¹¹⁹⁰, la Cour était saisie de la question du licenciement de deux travailleuses qui n'avaient pas respecté l'obligation de neutralité de leurs entreprises, notamment pour Mme Achbita en refusant de retirer son voile. Les règlements intérieurs de ces deux entreprises imposaient la neutralité à leurs employés en matière de convictions religieuses et de convictions philosophiques ou politiques. La Cour de justice formule ainsi la solution à ce problème : « [s'agissant] du refus d'une travailleuse telle que Mme Achbita de renoncer au port du foulard islamique dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès de clients de G4S, il appartient à la juridiction

¹¹⁸⁷ G. GONZALEZ, « Vade-mecum pour interdire les signes religieux au travail », *Rev. UE*, 12 juin 2017, n° 609, p. 342.

¹¹⁸⁸ Pour une analyse de la proportionnalité des demandes, hors relations de travail, V. par exemple : Cour EDH, 4ème Section, *Jakóbski c. Pologne*, 7 décembre 2010, req. n° 18429/06, §§53-54. Pour une analyse plus particulière de la mise en œuvre de la liberté de religion en prison, V. G. GONZALEZ, « La protection de la liberté de religion en détention par la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 11 mai 2021, n° 93, pp. 9-15.

¹¹⁸⁹ CJUE, GC, *G4S Secure Solutions*, 14 mars 2017, aff. C-157/15, *ECLI:EU:C:2017:203*, vol. Rec. numérique CJUE mars 2017.

¹¹⁹⁰ CJUE, GC, *Bouagnaoui et ADDH*, 14 mars 2017, aff. C-188/15, *ECLI:EU:C:2017:204*, vol. Rec. numérique CJUE mars 2017.

de renvoi de vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à G4S, face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement ». La Cour de Luxembourg introduit donc directement la question d'un potentiel aménagement raisonnable en lieu et place du licenciement de la plaignante. Pour Aurélia DE TONNAC « [c'est] de nouveau au juge national de le vérifier. La Cour semble dégager, du contrôle de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi, une éventuelle obligation de reclassement du salarié souhaitant exprimer ses croyances religieuses ou ses convictions »¹¹⁹¹. Toutefois, au regard des termes vagues employés et de la décision *WABE* rendue en 2021¹¹⁹², la conclusion d'une solution allant vers une obligation d'aménagement raisonnable doit être relativisée. Premièrement, « la Cour donne des éléments sur l'obligation de reclassement elle-même qui laissent songeurs. Le reclassement doit tenir "compte des contraintes inhérentes à l'entreprise", qui ne doit pas "subir une charge supplémentaire" »¹¹⁹³. Au regard de ce terme, tout aménagement représente nécessairement une « charge supplémentaire ». Ce qui compte en principe en matière d'aménagement raisonnable est davantage que cette charge ne soit pas disproportionnée. Or, ce n'est pas le terme employé ici par la Cour. Pour Sophie ROBIN-OLIVIER, il est de fait possible de jouer sur la définition même de « charge » à la suite de ces décisions. Elle précise « [tout] dépend, évidemment, de la conception que l'on retient de la "charge", qui pourrait éventuellement être, elle aussi, conçue de façon très restrictive (être limitée aux charges de nature financière, par exemple), ce qui laisserait place à certains aménagements impliquant une réorganisation modeste d'un ou de plusieurs services »¹¹⁹⁴. Deuxièmement, au-delà de cette question des aménagements, la Cour de justice estime surtout dans cette affaire qu'il n'y a pas de discrimination directe puisque le règlement intérieur traite toutes les convictions, religieuses, politiques ou philosophiques, de la même manière¹¹⁹⁵. Elle considère ensuite qu'une discrimination indirecte pourrait exister si le désavantage subi concerne une catégorie de croyants d'une religion. Or, comme le démontre Aurélia DE TONNAC, « [on] peut malheureusement imaginer la difficulté d'apporter une telle preuve, étant donné que tous les croyants d'une même religion dans une même entreprise ne souhaitent pas pratiquer ni extérioriser leur croyance de la même manière. Ainsi, une employée

¹¹⁹¹ A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 245, pp. 112-113.

¹¹⁹² CJUE, *WABE eV*, 15 juillet 2021, aff. C-804/18, *ECLI:EU:C:2021:594*.

¹¹⁹³ A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 245, p. 113.

¹¹⁹⁴ S. ROBIN-OLIVIER, « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? », *RTD Eur.*, juillet 2017, n° 2, pp. 229-240.

¹¹⁹⁵ CJUE, GC, *G4S Secure Solutions*, 14 mars 2017, *op. cit.* note 1188, pt. 34.

musulmane ne souhaitant pas porter le voile ne sera pas désavantagée par la mesure neutre, en revanche, Mme Achbita qui souhaitait le porter, en pâtissait »¹¹⁹⁶. Troisièmement enfin, la Cour a pu préciser sa position de l'affaire *G4S* par sa décision *WABE* du 15 juillet 2021, présentée comme « une version allemande de l'affaire française *Baby Loup* »¹¹⁹⁷. En l'espèce, une éducatrice spécialisée employée par une association d'utilité publique gérant des établissements accueillant des enfants, l'association *WABE*, avait décidé de porter le foulard islamique au cours d'un congé parental. Dans le même temps, l'association adoptait des instructions pour le respect du principe de neutralité prévoyant notamment que les employés de *WABE* devraient respecter ce principe. Au retour de son congé parental, l'employée reçoit plusieurs avertissements après s'être présentée sur son lieu de travail vêtue d'un foulard. Dans cette affaire, ainsi que dans l'affaire jointe *MH Müller Handels*¹¹⁹⁸, la Cour de justice vient renforcer le contrôle de proportionnalité de la politique de neutralité, laquelle peut être vue comme une « justification de l'atteinte au principe de non-discrimination »¹¹⁹⁹. Pour être objective, la politique de neutralité doit donc résulter pour la Cour de Luxembourg d'un « besoin véritable de l'employeur » dont il doit apporter la preuve¹²⁰⁰. Est écartée de l'ensemble du raisonnement de la Cour de justice la question du reclassement des salariés, la juridiction recentrant son analyse sur le contrôle de proportionnalité de la politique de neutralité.

392. La solution de la Cour de justice de l'Union ne diverge donc finalement pas de celle proposée par la Cour européenne des droits de l'homme, les deux juridictions concentrant l'analyse sur la proportionnalité. Dans le détail toutefois, il convient de révéler que le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour de justice en 2017 laisse à désirer, plusieurs auteurs relevant qu'il est d'ailleurs « bien en deçà de la "mise en balance" opérée par la Cour européenne des droits de l'Homme »¹²⁰¹. Elle a toutefois pu repréciser ce contrôle dans ses

¹¹⁹⁶ A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 245, p. 114.

¹¹⁹⁷ S. ROBIN-OLIVIER, « Chronique Politique sociale de l'UE - Discriminations au travail », *RTD Eur.*, juillet 2022, n° 2, pp. 296-310.

¹¹⁹⁸ CJUE, *MH Müller Handels GmbH*, 15 juillet 2021, aff. C-341/19, *ECLI:EU:C:2021:594*.

¹¹⁹⁹ S. ROBIN-OLIVIER, « Chronique Politique sociale de l'UE - Discriminations au travail », *op. cit.* note 1196, pp. 296-310.

¹²⁰⁰ CJUE, *WABE eV*, 15 juillet 2021, *op. cit.* note 1191, pt. 64. La Cour précise notamment le sens du « besoin véritable de l'employeur ». Celui-ci doit démontrer que, « compte tenu de la nature de ses activités ou du contexte dans lequel elles s'inscrivent, il subirait des conséquences défavorables » s'il n'appliquait pas une politique de neutralité. V. pt. 67.

¹²⁰¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Nous sommes Achbita », *RTD Eur.*, 29 avril 2019, n° 1, p. 105. V. également : J.H.H. WEILER, « Je suis Achbita ! », *RTD Eur.*, 29 avril 2019, n° 1, p. 85.

décisions de 2021¹²⁰². S'agissant du règlement des conflits par la voie du contrôle de la proportionnalité et de manière casuistique, la Cour de Strasbourg et la Cour de justice de l'Union semblent toutefois proposer une démarche similaire. Gérard GONZALEZ souligne d'ailleurs que « [la] question du voile ou du port de tout signe religieux ostensible ne pourra donc être réglée qu'au cas par cas au sein de l'entreprise ordinaire et la solution équilibrée retenue par la cour de Luxembourg (éventuelle restriction limitée à un contact avec les clients) ne devrait pas choquer la cour de Strasbourg »¹²⁰³.

393. S'agissant des minorités religieuses, la Cour européenne des droits de l'homme ne semble ainsi pas remettre particulièrement en cause le principe d'indifférence aux différences. En effet, elle semble opter pour le maintien de solutions universalistes, comme dans l'affaire *S.A.S. contre France*, quand d'autres organes internationaux plaident pour des solutions différencialistes. Lorsqu'elle invite les États ou les entreprises à prendre en considération la différence religieuse pour mettre en œuvre des aménagements raisonnables, ce qui se rapproche d'une solution différencialiste, elle le fait de manière coordonnée avec d'autres juridictions, comme son homologue de Luxembourg, et n'impose nullement une obligation générale d'aménagements raisonnables en matière de pratique de la religion. La mise en œuvre du principe d'indifférence aux différences est ainsi un fil directeur que la Cour suit par principe, et dont elle dévie peu. Un autre ensemble de décisions a également fait l'objet de critiques relatives à la mise en œuvre de solutions différencialistes : les droits accordés aux personnes transgenres.

2.2. Le cas des droits des personnes transgenres

394. S'agissant des droits des personnes transgenres, et notamment de la possibilité de modifier son état civil pour le faire correspondre au genre auquel les personnes transgenres s'identifient, la Cour européenne a été particulièrement critiquée comme ayant fait droit à une logique d'autodétermination exacerbée¹²⁰⁴. La question qui se pose est de savoir si les décisions des juges strasbourgeois s'inscrivent, dans ce domaine, dans une logique plutôt universaliste ou au contraire différencialiste, et si, ce faisant, elle s'éloigne ou au contraire se rapproche de ce qui est décidé devant d'autres juridictions.

¹²⁰² CJUE, *WABE eV*, 15 juillet 2021, *op. cit.* note 1191 ; CJUE, *MH Müller Handels GmbH*, 15 juillet 2021, *op. cit.* note 1197.

¹²⁰³ G. GONZALEZ, « Vade-mecum pour interdire les signes religieux au travail », *op. cit.* note 1186, p. 342.

¹²⁰⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *op. cit.* note 23, p. 31.

395. La Cour s'est sur ce point opposée de manière assez frontale à la conception pathologisante et médicale de certaines législations nationales, et notamment du droit français¹²⁰⁵. Après une condamnation par la Cour européenne dans l'affaire *B. contre France*¹²⁰⁶, la Cour de cassation avait ainsi aligné en 1992, la Cour de cassation a ainsi aligné sa jurisprudence et autorisé le changement de sexe à l'état civil. Elle avait cependant conditionné la modification du sexe à l'état civil à la reconnaissance du caractère pathologique du transsexualisme *et* à l'existence d'une opération de conversion sexuelle¹²⁰⁷ : « le transsexualisme doit avoir été médicalement reconnu ; cette reconnaissance doit être attestée par le biais d'une expertise judiciaire ; la personne ne doit plus posséder les caractères de son sexe d'origine (c'est-à-dire qu'une opération de réassignation sexuelle doit avoir été réalisée) ; la personne doit avoir l'apparence physique du sexe revendiqué et la personne doit avoir le comportement social du sexe revendiqué »¹²⁰⁸. Ce faisant, la Cour de cassation française abandonne le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes qui prévalait jusqu'alors et s'ajuste sur la jurisprudence strasbourgeoise qui avait imposé à l'État de « [ménager un juste équilibre] entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu »¹²⁰⁹. La confrontation ne s'est toutefois pas arrêtée là puisque la France a fait l'objet d'autres condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Garçon et Nicot contre France* en 2017, la Cour avait ainsi été saisie par trois personnes demandant aux juridictions françaises la rectification de leur acte de naissance afin d'y faire mentionner leur changement de sexe. Les juridictions françaises les avaient déboutées en raison du défaut de preuve attestant d'un traitement médical ou chirurgical justifiant l'irréversibilité de leur changement de sexe. Or, ces traitements étaient assimilables à des opérations de stérilisation puisque la France « [impose] notamment que la personne ne soit plus apte à procréer ; sans cela, la modification de l'état civil

¹²⁰⁵ Laurie MARGUET par exemple dans sa thèse parle d'un « objectif thérapeutique ». V. L. MARGUET, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne : étude sur la normalisation de la vie*, Thèse de doctorat dact., Université Paris Nanterre, 2018, pp. 705 et s. V. également Benjamin MORON-PUECH qui estime que le système établissant un lien entre la binarité des sexes à l'état civil et les opérations subies par les personnes transgenres ou intersexuées pathologise les identités de ces personnes. B. MORON-PUECH, « Regards comparatistes sur la mention du sexe à l'état civil pour les personnes transgenres et intersexuées », in J. COURDURIES, C. DOURLENS, L. HERAULT, *État civil de demain et transidentité*, Presses Universitaires de Provence, 2020. Toutefois, d'autres auteurs estiment que la Cour européenne des droits de l'homme adopte, elle aussi, une approche pathologisante. V. P. CANNOOT, « The pathologisation of trans* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, vol. 37, n° 1, pp. 14-35, not. pp. 18 et s.

¹²⁰⁶ Cour EDH [plén.], *B. c. France*, 25 mars 1992, *op. cit.* note 613.

¹²⁰⁷ Ccass, ass. plén., 11 décembre 1992, n° 9111900 ; Ccass, ass. plén., 11 décembre 1992, n°9112373.

¹²⁰⁸ L. MARGUET, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne : étude sur la normalisation de la vie*, *op. cit.* note 1204, p. 702.

¹²⁰⁹ Cour EDH [plén.], *B. c. France*, 25 mars 1992, *op. cit.* note 613, §63.

ne saurait être envisagée »¹²¹⁰, obligation que la Cour de cassation avait d'ailleurs rappelée dans deux arrêts de 2012¹²¹¹. Pour la Cour de Strasbourg, le fait de conditionner la reconnaissance de l'identité de sexuelle des personnes à la preuve de la réalisation d'une opération ou d'un traitement médical avait pour conséquence d'entraîner la stérilisation des personnes, ce qui « revient, pour la CEDH, à conditionner le plein exercice du droit au respect de la vie privée à la renonciation au plein exercice du droit au respect de l'intégrité physique »¹²¹². Elle analyse donc la condition d'irréversibilité de la transformation comme un manquement à l'obligation des États de garantir le droit au respect de la vie privée.

396. Si l'évolution du droit français a été clairement influencée par la Cour européenne, la question demeure de savoir si une telle évolution consacre une solution d'indifférenciation ou de différenciation. Il convient toutefois de rappeler que les décisions précitées ont été rendues sous l'angle de l'article 8 et non de l'article 14. En revanche, la Cour a été critiquée à leur propos comme faisant droit à une logique individualiste exacerbée dans laquelle les individus peuvent opposer leur identité aux États. Nous l'avons évoqué, cette critique n'est pas très éloignée de celle qui est adressée à la Cour concernant les identités religieuses ou minoritaires qui pourraient être opposées aux États afin de mettre en œuvre des différences de traitement. Pour en revenir à la question de savoir si ces décisions consacrent des solutions universalistes ou différencialistes, il semble que celles-ci s'inscrivent plutôt dans une logique de différenciation. En effet, en mettant en avant l'importance de voir pour chaque individu son identité de genre reconnue par l'État, et de prendre à ces fins en compte le parcours médical et juridique complexe subi par les personnes transgenres, la jurisprudence européenne a mis en avant leur différence et invite les États à prendre en compte cette différence dans l'élaboration du droit applicable. Dit autrement, en concluant à une atteinte au droit à l'identité des personnes transgenres, la Cour incite les États à prendre en compte cette identité subjective, différente de l'identité objective octroyée par l'État à la naissance, afin que le droit applicable en matière d'état civil ne soit pas discriminatoire.

¹²¹⁰ V. notamment sur la question du changement de sexe : L. MARGUET, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne : étude sur la normalisation de la vie*, op. cit. note 1204, p. 703.

¹²¹¹ Ccass, 1ère ch. civile, 7 juin 2012, n°1122490 ; Ccass, 1ère ch. civile, 7 juin 2012, n°1026947 : « Qu'après examiné, sans les dénaturer, les documents produits, et relevé, d'une part, que le certificat faisant état d'une opération chirurgicale effectuée en Thaïlande était lapidaire, se bornant à une énumération d'éléments médicaux sans constater l'effectivité de l'intervention, d'autre part, que M. X... opposait un refus de principe à l'expertise ordonnée par les premiers juges, la cour d'appel a pu rejeter sa demande de rectification de la mention du sexe dans son acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé ».

¹²¹² S. HAMOU, « La condition de stérilité comme préalable au changement de sexe à l'état civil constitue une violation du droit au respect de la vie privée », *Gaz. Pal.*, 4 juillet 2017, n° 25, p. 93.

397. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit ici dans un mouvement plus global à l'échelle internationale. En effet, comme le rappelle Laurie MARGUET : « [à] l'échelle internationale, la suppression de la condition de stérilisation est recommandée aussi bien par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, l'Organisation mondiale de la santé, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, que par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Ces différents acteurs considèrent la stérilisation comme contraire au respect de l'intégrité physique de la personne et appellent les États membres à "cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation" »¹²¹³. Au sein du Conseil de l'Europe, le Comité des Ministres¹²¹⁴ et l'Assemblée parlementaire¹²¹⁵ ont respectivement adopté une recommandation et une résolution en 2010 afin de combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Ces documents rappellent ainsi que « [les] conditions préalables, y compris les modifications d'ordre physique, à la reconnaissance juridique d'un changement de genre devraient être régulièrement réévaluées afin de lever celles qui seraient abusives »¹²¹⁶ et appellent les États « à traiter la discrimination et les violations des droits de l'homme visant les personnes transgenres et, en particulier, à garantir dans la législation et la pratique les droits de ces personnes : [...] à des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, *sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales* comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale »¹²¹⁷. Au-delà du Conseil de l'Europe, l'étude réalisée par Benjamin MORON-PUECH comparant les ordres juridiques français, allemand, néerlandais, maltais, belge, québécois (auquel s'ajoute les normes de l'État fédéral canadien), australien (tant la structure fédérale que les normes des huit territoires et États fédérés) et indien s'agissant de la mention du sexe à l'état civil pour les personnes transgenres et intersexuées révèle un recul de la médicalisation du parcours de changement de la mention du sexe à l'état

¹²¹³ L. MARGUET, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne : étude sur la normalisation de la vie*, *op. cit.* note 1204, p. 712.

¹²¹⁴ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *Recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, 31 mars 2010.

¹²¹⁵ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 1723 (2010) « Discrimination sur la base de l'orientation et de l'identité de genre »*, 29 avril 2010.

¹²¹⁶ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *Recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, *op. cit.* note 1213, pt. 20.

¹²¹⁷ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 1723 (2010) « Discrimination sur la base de l'orientation et de l'identité de genre »*, *op. cit.* note 1214, pt. 16.11. Nous soulignons.

civil en Europe et au Québec¹²¹⁸. Laurie MARGUET, comparant quant à elle l'ordre juridique allemand et l'ordre juridique français, montre que, si les évolutions de ces deux ordres juridiques ont été convergentes, l'Allemagne a fait évoluer sa législation dès 1978, bien avant toute intervention d'une juridiction internationale en ce sens. Ainsi, elle relève que « [en] Allemagne, la Cour constitutionnelle considère en 1978 que "l'article 2 alinéa 1 en relation avec l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale impose de corriger la mention du sexe masculin d'un transsexuel dans les registres d'état civil, s'il s'agit – au regard des connaissances médicales – d'un cas irréversible de transsexualisme et qu'une opération de conversion sexuelle a été réalisée" »¹²¹⁹. Plus encore, en 2011, comme le rappelle Laurie MARGUET, « la Cour constitutionnelle allemande déclare inconstitutionnelle l'exigence de réassignation sexuelle et de stérilisation¹²²⁰. Après avoir rappelé l'importance de permettre aux personnes transsexuelles de pouvoir vivre conformément à leur sexe revendiqué, la Cour énonce qu'"il appartient au législateur d'organiser l'ordre juridique de telle sorte [...] que le rattachement d'une personne au sexe auquel il se sent appartenir ne dépende pas de conditions intolérables"¹²²¹. Elle ajoute ensuite que "la reconnaissance juridique du sexe revendiqué par une personne ne peut pas dépendre d'une condition qui implique de graves atteintes à l'intégrité physique et des risques pour la santé, alors que l'état actuel de la science ne considère pas qu'il s'agisse d'une condition nécessaire au changement durable du sexe"¹²²². Elle estime que "la preuve de la durabilité du changement réside dans des conditions intolérables, contraires aux articles 2 II 1 et 1 I LF". Le législateur ne peut pas exiger que la reconnaissance de "l'appartenance sexuelle d'une personne transsexuelle dépende absolument et sans exception de sa soumission à une opération de changement de sexe, qui va modifier ses caractéristiques sexuelles et la rendre stérile" »¹²²³. Loin d'être entièrement motrice sur ces évolutions, la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit dans un mouvement bien plus général, tant à l'échelle internationale que nationale, de protection du droit des personnes transgenres à voir leur identité de genre reconnue *et* leur intégrité physique protégée.

¹²¹⁸ B. MORON-PUECH, « Regards comparatistes sur la mention du sexe à l'état civil pour les personnes transgenres et intersexuées », *op. cit.* note 1204, pp. 11 et s.

¹²¹⁹ L. MARGUET, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne : étude sur la normalisation de la vie*, *op. cit.* note 1204, p. 702.

¹²²⁰ BVerfG, 11 janvier 2011, n° 109, *BVerfGE*, 128, cons. 1.

¹²²¹ *Ibid.*, §51.

¹²²² *Ibid.*, §56.

¹²²³ *Ibid.*, §63.

398. **Conclusion de la section.** Le principe de non-discrimination tel qu'il est interprété et appliqué par la Cour poursuit ainsi bel et bien l'objectif d'indifférence aux différences. En effet, lorsque l'ensemble du contentieux antidiscriminatoire est analysé, on constate que la Cour poursuit majoritairement un objectif d'indifférence aux différences. Lorsqu'elle est confrontée à des cas dans lesquels les requérants demandent à être traités différemment, la Cour tente de trouver un juste milieu entre respect de cette différence et conception universaliste des droits. Surtout, lorsqu'elle opte pour une solution différentialiste, elle ne semble pas être la seule juridiction protectrice des droits fondamentaux à le faire, contrairement à ce que pourrait laisser penser une critique doctrinale particulièrement prompte à accuser la Cour européenne des droits de l'homme de pousser les États parties à la Convention vers un différentialisme dont ils ne voudraient pas¹²²⁴.

* * *

399. **Conclusion du chapitre.** En faisant droit de manière principale à l'objectif d'indifférence aux différences, la Cour participe à une uniformisation du droit applicable aux individus, et poursuit un objectif universaliste. L'indifférenciation est un principe fortement affirmé dans le droit de la non-discrimination conventionnel. D'ailleurs, le fait que le principe de non-discrimination soit appliqué de manière symétrique va dans ce sens : le principe de non-discrimination est utilisé pour réduire les différences entre les individus, pour uniformiser les traitements applicables quand bien même des différences de situation peuvent exister entre les individus. Les nombreux arrêts rendus à l'encontre du Royaume-Uni à propos des prestations sociales accordées aux veuves et non aux veufs¹²²⁵ en sont une bonne illustration : la Cour condamne le Royaume-Uni qui avait accordé de telles prestations aux seules veuves, au motif qu'il était souhaitable de corriger l'inégalité dans l'accès à l'emploi aux femmes. Ce faisant, les juges strasbourgeois appliquent le principe de non-discrimination de manière symétrique, sans prendre en compte des différences entre groupes de personnes. Si cette conception symétrique a pu être dénoncée¹²²⁶, elle s'ancre toutefois indéniablement dans une logique universaliste de réduction des différences de traitement et d'indifférence aux différences individuelles.

¹²²⁴ V. par exemple : B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *op. cit.* note 11, pp. 1946-1953.

¹²²⁵ V. notamment : Cour EDH, 4ème Section, *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002, *op. cit.* note 943 ; Cour EDH, 4ème Section, *Hobbs, Richard, Walsh et Geen c. Royaume-Uni*, 14 novembre 2006, *op. cit.* note 944 ; ainsi que toutes les applications suivantes de ces deux arrêts de principe.

¹²²⁶ S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the "French Republican Model" and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.* note 259, pp. 56-75. Les auteurs critiquent notamment que le caractère symétrique du droit de la non-discrimination : « *assumes that all individuals are potentially similarly impacted by discrimination and which denies that some groups are more disadvantaged than others* ». V. également T. LOENEN, N. BOLAIN, « L'égalité des sexes ? Un droit fondamental à repenser », *Les Cahiers du GRIFF*, 1994, n° 48, p. 45, not. p. 63 : « d'un point de vue historique,

400. Toutefois, la Cour est parfois amenée à interpréter le principe de non-discrimination de manière différencialiste, soit en validant une différence de traitement prévue par un État partie, soit en invitant un État à mettre en place une différence de traitement. Nous l'avons vu, les solutions différencialistes, bien que moins nombreuses statistiquement, représentent 30%¹²²⁷ des solutions rendues, ce qui est loin d'être négligeable. Il convient dès lors de se pencher maintenant plus spécifiquement sur les différenciations admises par la Cour afin d'examiner la compatibilité de ces solutions différencialistes avec la logique universaliste des droits de l'homme dans laquelle la Cour s'inscrit.

l'interdiction de la discrimination est apparue en réaction à la subordination et à l'assujettissement des femmes et non des hommes. Les différenciations établies sur la base du sexe ont toujours été utilisées au détriment des femmes et ont conduit à leur exclusion, non à celle des hommes. Une approche contextuelle du concept de la discrimination doit avant tout être envisagée comme une approche orientée vers la protection des groupes "vulnérables" : les groupes qui ont été exposés et/ou le sont encore à des traitements désavantageux structurels et complexes, à des formes souvent subtiles de discrimination systémique et non à des traitements désavantageux isolés et fortuits ».

¹²²⁷ V. Graphique n°8.

Chapitre 2. Les différenciations dans le droit

401. L'interprétation de l'article 14 par la Cour européenne des droits de l'homme admet la possibilité de différencier juridiquement entre les individus si ces derniers sont placés dans des situations différentes depuis la jurisprudence *Thlimmenos*¹²²⁸. Toutefois, ce ne sont pas les seules différenciations admises. En effet, en expliquant qu'une « distinction se révèle discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable" c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou si fait défaut un "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" »¹²²⁹ dans l'arrêt *Marckx contre Belgique*, la Cour pose très tôt le principe selon lequel il est possible de justifier des différences de traitement. Les différenciations juridiques peuvent donc être de deux ordres dans la jurisprudence conventionnelle : soit elles sont justifiées par des éléments objectifs et raisonnables en vertu de la jurisprudence *Marckx* ; soit elles sont admises du fait de l'existence d'une différence de situation en vertu de la jurisprudence *Thlimmenos*. De manière similaire, en France, le Conseil constitutionnel estime également ainsi que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le 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 »¹²³⁰.

402. La question demeure de savoir si ces différenciations juridiques, qui représentent au regard de l'analyse statistique menée au chapitre précédent un peu plus de 30% des arrêts rendus par la Cour¹²³¹, sont ou non compatibles avec la conception universaliste, ou si au contraire, la Cour en admettant de telles différenciations renie les valeurs proclamées dès le Préambule de la Convention d'universalisme et d'une « conception commune et un commun respect des droits de l'homme »¹²³².

403. Il importe toutefois à titre liminaire de procéder à une clarification conceptuelle d'importance : l'universalisme n'est pas en soi incompatible avec les différenciations. Dès

¹²²⁸ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77. À propos des discriminations par absence de différenciation, V. *supra* §§58 et s.

¹²²⁹ Cour EDH [plén.], *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *op. cit.* note 128, §33.

¹²³⁰ Conseil constitutionnel, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, 29 juillet 1998, décision n°98-403 DC, cons. 8.

¹²³¹ Précisément, 30,22% des arrêts. V. *infra*, §§371 et 372, notamment Graphique n°8 et tableau correspondant.

¹²³² Préambule, al. 5, Convention EDH, *op. cit.* note 48.

1789, les révolutionnaires ont admis que l'égalité juridique soit compatible avec certaines distinctions, dès lors qu'elles étaient fondées sur « l'utilité commune »¹²³³, ce que l'on peut aisément rapprocher de la notion conventionnelle de « but légitime » ou de l'usage français par exemple des motifs d'intérêt général. Cependant, toutes les différenciations juridiques ne sont pas compatibles avec l'universalisme dans sa conception française du modèle républicain.

404. Certaines différenciations juridiques admises par la Cour européenne des droits de l'homme sont ainsi compatibles avec le paradigme universaliste (Section 1). Quant aux différenciations dont la compatibilité avec l'universalisme paraît plus douteuse ou incertaine, la Cour limite fortement leur usage (Section 2).

Section 1. Les différenciations compatibles avec l'universalisme

405. Les différenciations juridiques sont parfois nécessaires à l'égalisation¹²³⁴, c'est-à-dire au rétablissement de l'égalité juridique entre les individus. Elles participent alors d'une logique universaliste : il faut traiter tous les individus de la même manière, sans distinction aucune fondée sur un critère prohibé, mais parfois un tel objectif nécessite de révéler une différence de départ ou de mettre en lumière une inégalité existante. Prenant l'exemple des différenciations juridiques à l'encontre des femmes, Danièle LOCHAK explique ainsi que « la réintégration des femmes dans les droits civiques [a] requis une méthode inverse de celle qui a prévalu dans le champ du droit privé. Puisqu'elles avaient été exclues sur la base d'un postulat implicite, il a fallu dire explicitement qu'elles auraient à l'avenir les mêmes droits que les hommes : là où la différence de genre était tue, il a fallu au contraire l'exprimer et nommer les femmes »¹²³⁵. Naît une forme de paradoxe : pour atteindre l'objectif fixé par le principe universel d'égalité et réduire les inégalités, il devient nécessaire de prendre en considération les différences de situation entre les individus, ce qui revient à rompre avec le paradigme universaliste¹²³⁶.

¹²³³ Art. 1^{er}, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, *op. cit.* note 1118.

¹²³⁴ J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354. Pour l'auteur, l'égalisation est « le rétablissement d'une égalité mise à mal entre des individus ou des situations juridiques [qui] peut emprunter des chemins multiples ». Le terme n'est pas sans rappeler « l'égalisation des conditions » d'Alexis DE TOCQUEVILLE, principe de transformation des sociétés marqué par l'idée de progression de l'égalité des situations dans les domaines sociaux et économiques. V. A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique. Tome 1*, Paris, Garnier-Flammarion, Collection GF brochée n° 353, 12ème édition (1ère édition : 1835), 1981.

¹²³⁵ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.* note 429, p. 69.

¹²³⁶ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, pp. 29-30. Pour l'auteur : « [aussi] paradoxal que cela puisse paraître, en instaurant des différences de droit, les pouvoirs publics entendent traiter les différences de fait : en segmentant la règle de droit, en réservant des actions à certains individus seulement, leur but est d'insérer dans la société des tranches de la population qui en sont, de fait, écartées.

406. La réduction des inégalités de fait, ou encore la lutte contre certains stéréotypes apparaissent alors comme autant de « buts légitimes » rendant la différenciation juridique mise en place compatible avec l'universalisme car poursuivant un objectif de progression de l'égalité. Les différences de traitement peuvent ainsi être compatibles avec l'universalisme (1). Dans la jurisprudence conventionnelle, de telles différenciations existent. Toutefois, elles recouvrent des situations très diverses et, statistiquement, elles sont bien moins nombreuses que les situations d'indifférenciation (2).

1. Des différences de traitement compatibles avec l'universalisme

407. *A priori* l'universalisme des droits et la mise en œuvre de différences de traitement apparaissent incompatibles. En effet, l'universalisme implique de prime abord la mise en œuvre du principe universel d'égalité, lequel suppose une égalité de droit entre les individus et l'indifférence du droit aux différences individuelles. Comme le relève Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, la « lecture universaliste du principe juridique d'égalité en favorise une conception formelle contre laquelle achoppent les mesures ciblées de certains mécanismes de la lutte contre les discriminations »¹²³⁷. La différenciation juridique, les « mesures ciblées »¹²³⁸, apparaît incompatible avec la conception universaliste du principe d'égalité. Ainsi, « l'universalisme abstrait implique que le droit soit aveugle non seulement aux caractéristiques individuelles des membres de la société, mais aussi à leur appartenance à tel ou tel groupe particulier – religieux, linguistique, ethnique... L'application des mêmes règles à tous au-delà de ces appartenances est d'abord un principe protecteur contre les discriminations. Mais là encore on constate que ce principe, poussé jusqu'à son terme, peut aboutir à placer les membres des groupes minoritaires dans l'impossibilité pratique d'exercer des droits théoriquement reconnus sur une base universelle »¹²³⁹. L'universalisme des droits conduit à l'émergence d'un paradoxe : il protège contre les discriminations jusqu'à un certain point, au-delà duquel garantir l'universalisme signifie nier l'existence de discriminations persistantes. Pour Joan W. SCOTT, « [les] individus et les groupes, l'égalité et la différence ne sont pas des concepts opposés, mais interdépendants

Le différencialisme qui inspire ces nouvelles actions apparaît dès lors comme le prolongement de l'universalisme dont la cécité aux différences de fait n'a pas permis d'atteindre l'homogénéisation escomptée ».

¹²³⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *op. cit.* note 1036.

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.* note 429, pp. 11-12.

et nécessairement en tension »¹²⁴⁰. Retraçant en partie l'histoire du principe d'égalité, elle démontre que l'idéal d'égalité de la Révolution française, proclamé comme principe général et absolu, a sciemment exclu des catégories d'individus (les pauvres, les femmes, les esclaves) : « [les] disparités de naissance, de rang et de statut social entre les hommes étaient alors considérées comme sans importance ; les disparités de fortune, de couleur et de genre, elles, importaient »¹²⁴¹. C'est en réaction à cette exclusion de départ que ces mêmes groupes ont ensuite revendiqué l'égalité, tout en mettant en avant leurs différences et leurs singularités¹²⁴². Prendre en compte les différences individuelles, différencier juridiquement les individus en fonction de leurs caractéristiques individuelles, permet dès lors de garantir plus concrètement la protection universelle des droits.

408. La compatibilité entre l'universalisme et les différenciations juridiques, bien que paradoxale, a été admise d'un point de vue théorique (1.1.). Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme usant de ces différenciations juridiques, elle conditionne leur usage afin de garantir une compatibilité réelle avec l'universalisme (1.2.).

1.1. Une compatibilité théorique

409. D'un point de vue purement théorique, les différenciations juridiques ne sont que relativement incompatibles avec une conception universaliste de l'égalité. Autrement dit, la différenciation juridique n'est pas incompatible de manière *sine qua non* avec l'universalisme.

410. Le principe universel d'égalité fonde la généralité de la règle de droit et implique l'interdiction des distinctions illégitimes¹²⁴³. Cette généralité peut toutefois s'interpréter de deux manières, comme le rappelle Amélie GOGOS-GINTRAND : soit de manière absolue, soit de manière relative¹²⁴⁴. Selon l'interprétation absolue de la généralité de la norme, une règle est générale si elle est la même pour tous. Cela se rapproche d'une certaine conception formelle de l'égalité à la fois dans la loi – le contenu des règles juridiques implique de « bannir certaines catégorisations, jugées illicites »¹²⁴⁵ – et devant la loi – c'est-à-dire « l'obligation d'appliquer

¹²⁴⁰ J.W. SCOTT, « L'énigme de l'égalité », *L'égalité, une utopie ?*, Cahiers du genre, 2002, n° 33, trad. H. MAURY, J. HEINEN, pp. 17-41, p. 21.

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 23.

¹²⁴² *Ibid.*, p. 29.

¹²⁴³ M. BORGETTO, « Égalité, différenciation et discrimination », *op. cit.* note 1089, pp. 8-17, p. 11.

¹²⁴⁴ A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes*, *op. cit.* note 67, pp. 196-197.

¹²⁴⁵ J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354.

les normes juridiques générales »¹²⁴⁶ à tous les individus auxquels le droit a reconnu la qualité de sujet de droit. La généralité de la règle de droit, dans son sens absolu, tend donc à la mise en œuvre de l'égalité formelle et abstraite : la règle de droit est appliquée de manière identique à tous les sujets de droit et son contenu ne catégorise pas les individus sur le fondement de critères illégitimes. Cependant, selon la conception relative de la généralité de la norme, la règle de droit est générale si elle est impersonnelle et indéterminée, c'est-à-dire si elle n'est pas prévue pour, écrite pour, applicable à un cas d'espèce particulier. La règle de droit est alors générale du fait de son abstraction. Or une règle abstraite, impersonnelle, indéterminée peut prévoir une distinction fondée sur un critère objectif – tel qu'un régime juridique – ou justifié. En vertu de l'interprétation relative de la généralité de la norme, les distinctions juridiques sont permises et compatibles avec un universalisme du droit reposant sur la généralité de la norme. C'est ainsi que le droit distingue par exemple les nationaux des étrangers. Le critère de la nationalité est pourtant un critère prohibé de discrimination, tant devant la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁴⁷ qu'en droit de l'Union européenne¹²⁴⁸, ou même en droit français¹²⁴⁹. Le principe d'égalité étant relatif et non absolu, certains droits sont accordés uniquement aux nationaux, et les étrangers sont alors exclus de l'exercice de ces droits. C'est le cas notamment des règles accordant le droit de vote et d'éligibilité aux seuls nationaux par exemple¹²⁵⁰ – bien que ce type

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ L'article 14 interdit en effet les discriminations fondées sur « l'origine nationale ». Pour une application, V. par exemple : Cour EDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, *op. cit.* note 520, not. §40 : « le refus de lui accorder la prestation sociale en question reposait exclusivement sur le constat qu'il ne possédait pas la nationalité autrichienne et ne figurait pas parmi les personnes dispensées de remplir cette condition ».

¹²⁴⁸ Art. 39, §2, Traité instituant la Communauté européenne Journal officiel n° C-325, p. 0051, 24 décembre 2002 (ci-après « TCE ») : « [La libre circulation des travailleurs] implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ». Nous soulignons.

¹²⁴⁹ V. par exemple, art. 1^{er}, §1, Loi n°2008-496, Publiée au JORF n°0123 du 28 mai 2008, Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, 27 mai 2008 : « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ». Nous soulignons.

¹²⁵⁰ Par exemple en France, art. 3 Constitution de la Vème République, 5 octobre 1958 : « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». Dans la plupart des pays du monde, ce type de règles liant l'exercice des droits politiques ou encore celles prévoyant la possession obligatoire de la nationalité pour accéder à la citoyenneté prévaut. Sur l'enchevêtrement de la nationalité et de la citoyenneté, V. J. LEPOUTRE, « Citoyenneté et nationalité, deux types d'appartenance distincts ? », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 2022, n° 22, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/15160#bodyftn5> (consulté le 28 octobre 2022).

de règles soit en recul dans plusieurs États¹²⁵¹ – ou encore du droit à entrer, séjourner et demeurer sur le territoire national.

411. C'est en vertu de cette conception relative de la généralité de la norme que le principe d'égalité ou encore le principe de non-discrimination peut admettre l'existence de différenciations juridiques tout en restant compatible avec l'universalisme des droits : la règle prévoyant ces différenciations juridiques est impersonnelle et indéterminée et la différenciation qu'elle prévoit est justifiée par des motifs d'intérêt général ou par la poursuite d'un but légitime. Pour Michel BORGETTO, « si le respect du principe d'égalité peut passer par la généralité de la règle, il peut aussi passer par une différenciation opérée entre individus ou groupes, en fonction notamment de la diversité des situations dans lesquelles ils se trouvent. Autre façon de dire que la différenciation peut constituer l'une des expressions les plus directes de l'égalité... lorsqu'elle ne constitue pas son instrument de promotion le plus actif et performant »¹²⁵². La différenciation juridique et l'égalité, en ce sens, loin d'être totalement antinomiques, peuvent être complémentaires. Pour Frédéric EDEL la situation peut se résumer ainsi : « le principe d'égalité ou de non-discrimination n'interdit pas, sous certaines conditions, les différenciations : il en rejette certaines (celles qui sont injustifiées), mais en admet d'autres (celles qui sont justifiées [...]). Au final, un traitement différent peut, tout comme le traitement identique, être conforme au principe d'égalité ou de non-discrimination ; traitement identique et traitement différent en découlent l'un et l'autre. Le traitement différent est donc, lui aussi, un traitement égalitaire »¹²⁵³. Surtout, traitement différent et traitement identique, selon cette conception, sont tous deux compatibles avec l'universalisme des droits.

¹²⁵¹ Au Portugal, les résidents brésiliens peuvent voter aux élections législatives. Dans les cantons de Neuchâtel, du Jura, de Vaud et d'Appenzell Rhodes-externes en Suisse, les résidents étrangers ont le droit de vote aux élections municipales. Depuis 1963, en Irlande, les résidents britanniques ont le droit de vote aux élections législatives. Au Royaume-Uni, depuis 1948, les ressortissants du Commonwealth résidant sur le territoire britannique ont le droit de vote pour toutes les élections. Étienne Pataut relève d'ailleurs que « les ressortissants du Commonwealth, dont les résidents de Gibraltar peuvent voter aux élections européennes et dont les résidents sur le territoire britannique ont pu voter lors du scrutin relatif au Brexit, à l'inverse des citoyens européens domiciliés en Grande Bretagne ». V. E. PATAUT, « Nationalité étatique et citoyenneté européenne, entre convergence et autonomie », *La nationalité : enjeux et perspectives*, Éditions Varenne, Colloques & Essais, 2019, pp. 43-55 Pour une liste plus exhaustive, V. F. JULIEN-LAFERRIERE, « Nature des droits attachés à la nationalité », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, février 2008, n° 23, Dossier "La citoyenneté", en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/nature-des-droits-attaches-a-la-nationalite> (consulté le 29 mars 2022).

¹²⁵² M. BORGETTO, « Égalité, différenciation et discrimination », *op. cit.* note 1089, pp. 8-17, p. 15.

¹²⁵³ F. EDEL, « Égalité (théories de l') », in D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, Le Droit aujourd'hui, 2020, pp. 140-143, not. pp. 142-143.

412. Certains auteurs, tels qu'Olivia BUI-XUAN, vont même plus loin en affirmant que la différenciation juridique peut être un outil pour venir « au secours de l'universalisme »¹²⁵⁴. L'auteure analysant l'ensemble du droit public français démontre que le différencialisme est loin d'être catégoriquement incompatible avec la conception de l'universalisme des droits du modèle républicain français. Notamment, le différencialisme peut être un outil de l'universalisme face au constat que « [la] vocation uniformisatrice de l'universalisme ne sera [...] jamais réellement concrétisée »¹²⁵⁵. Autrement dit, la différenciation juridique permet parfois de concrétiser un universalisme des droits, considéré comme trop abstrait. La différenciation juridique apparaît ainsi comme un palliatif d'un universalisme abstrait : « à une société morcelée, doit ainsi correspondre un droit morcelé : l'adoption de règles de droit différenciées tend en effet à remédier aux défaillances de l'universalisme »¹²⁵⁶. D'ailleurs, l'auteure précise que « bien qu'elle procède de la même ambition de colmater les failles de l'universalisme abstrait, la politique de lutte contre les discriminations ne vise pas seulement à compenser des inégalités, en donnant un peu plus à ceux qui ont moins, mais cherche véritablement à éradiquer les discriminations auxquelles sont confrontées certaines parties de la population »¹²⁵⁷. Elle distingue alors deux différencialismes qu'elle juge compatibles avec l'universalisme, voire venant au secours de celui-ci : le différencialisme compensatoire, c'est-à-dire des mesures différenciées qui viennent compenser des situations inégalitaires ou de vulnérabilité, et le différencialisme correcteur, c'est-à-dire des mesures différenciées qui viennent corriger des inégalités passées.

413. À propos du premier, Olivia BUI-XUAN rappelle que « la première manifestation du différencialisme compensatoire apparaît [...] dès 1790, dans l'institution du Comité de mendicité chargé, au sein de l'Assemblée constituante, de formuler les nouveaux principes de prise en charge de l'indigence. [...] Le droit au secours constitue donc le premier droit différencialiste à vocation compensatoire ; il vise à contrebalancer certains désavantages (âge, maladie) en raison desquels les individus ne peuvent gagner leur vie pour se nourrir »¹²⁵⁸. Ainsi, la logique de l'État-providence, inscrite dans le droit constitutionnel français en 1946¹²⁵⁹, prévoit des mesures différencialistes et compensatoires qui sont compatibles avec

¹²⁵⁴ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 27.

¹²⁵⁵ *Ibid.*

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 30.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, p. 53.

¹²⁵⁹ Le Préambule de la Constitution en 1946 notamment, lequel a été intégré par le Conseil constitutionnel au bloc de constitutionnalité.

l'universalisme. L'auteure rappelle d'ailleurs que « les bases de l'État-providence français s'inscrivent dans le cadre de l'universalisme républicain : le corps social est en effet appréhendé dans son unité et les individus qui le composent sont traités à égalité ». L'octroi de droits-créances à l'ensemble de la population en vue de compenser certaines situations de vulnérabilité, telles que l'âge, le chômage ou encore la maladie, relève d'une logique universaliste car la norme qui les garantit est générale, indéterminée et impersonnelle¹²⁶⁰.

414. À propos du différencialisme correcteur, Olivia BUI-XUAN relève que les mesures qui en découlent peuvent être à la fois en rupture avec l'universalisme et sous-tendues par un objectif universaliste. Les mesures correctrices deviennent nécessaires face au constat de la persistance de certaines discriminations malgré la mise en œuvre d'un principe d'égalité formelle ou de mesures universalistes de lutte contre les discriminations. En ce sens, « [pour] enrayer ces discriminations, une rupture avec l'universalisme s'avère nécessaire : corriger les distinctions intolérantes exige que le droit soit réceptif aux différences ; on s'éloigne dès lors de l'abstraction caractérisant le droit public traditionnel en partant des situations concrètes. En empruntant cette voie différencialiste, les autorités publiques reconnaissent implicitement qu'une uniformisation de la société et un véritable droit à l'indifférence passent en effet impérativement par une reconnaissance préalable des différences ». Paradoxalement, « le différencialisme correcteur reste toutefois sous-tendu par un objectif universaliste : les dispositions juridiques qui en relèvent participent en effet d'une justice réparatrice, selon laquelle il est du rôle de l'État de réparer les torts subis par certains »¹²⁶¹. Pour l'auteure, la politique de lutte contre les discriminations et l'inscription de clauses d'interdiction des discriminations dans des textes internationaux – tel que l'article 14 de la Convention – participent de ce différencialisme correcteur, venant corriger les failles de l'universalisme abstrait.

415. Théoriquement ainsi, les différenciations juridiques peuvent être compatibles avec l'universalisme du modèle républicain français, alors même que ce dernier présuppose l'indifférence du droit aux différences. Cette compatibilité entre différenciation juridique et universalisme est dans les faits rendue possible par l'instauration, par l'interprète de la norme, de conditions permettant une mise en œuvre universaliste des normes différencialistes.

¹²⁶⁰ On retrouve alors le sens relatif de la généralité de la norme.

¹²⁶¹ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 170.

1.2. La différenciation, une dérogation universaliste à l'égalité de traitement

416. La différenciation juridique est ainsi théoriquement compatible avec une conception universaliste des droits. Cela s'explique notamment car, du point de vue des juges qui interprètent les normes égalitaires ou antidiscriminatoires et des auteurs qui observent cette application, la différenciation est souvent appréhendée comme une dérogation à la stricte égalité de traitement (a) encadrée par des conditions (b). C'est cette conditionnalité de la dérogation qui assure la compatibilité avec l'universalisme.

a. La différenciation comme dérogation à l'égalité de traitement : une analyse doctrinale classique

417. La notion de dérogation est employée tant en doctrine et que dans le raisonnement des juges français et européens. Dans le langage courant, elle se définit comme l'« action de déroger à une loi, à une convention, à une autorité » et est également « le résultat de cette action »¹²⁶². Elle désigne « l'action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier »¹²⁶³. La difficulté en droit tient à distinguer l'exception de la dérogation. La différenciation juridique est-elle une exception à l'application de l'égalité de traitement, ou bien déroge-t-elle à l'égalité ? La réponse à cette question emporte des conséquences quant au statut de la différenciation juridique par rapport à la règle de l'égalité de traitement.

418. Pour Mathieu CARPENTIER, « en un sens, il semble bien que lorsqu'existe une exception à norme juridique (*sic*), l'application de celle-ci soit « suspendue » pour les cas exceptés ; et de fait, s'il existe une exception à une norme, ce qui, dans le cas « normal », est défini comme une transgression, ne l'est pas dans le cas exceptionnel »¹²⁶⁴. Pour cet auteur, « la défaisabilité (c'est-à-dire la possibilité d'exceptions) correspond à une certaine forme d'indétermination normative, puisqu'elle correspond à une situation où une norme applicable trouve à ne pas s'appliquer (soi qu'il s'agisse d'une obligation *prima facie*, soit qu'elle soit surpassée par une

¹²⁶² « Dérogation », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, 2022, en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/d%C3%A9rogation> (consulté le 27 avril 2022).

¹²⁶³ « Dérogation », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* note 70, p. 298.

¹²⁶⁴ M. CARPENTIER, *Norme et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, Clermont-Ferrand, Paris, Institut universitaire Varenne diff. LGDJ Lextenso éditions, Collection des thèses 99, 2014, p. 5. L'auteur cite notamment la définition du concept d'exception de Carl SCHMITT posée en 1988 : « L'exception, c'est ce qu'on peut subsumer ; elle échappe à toute formulation générale, mais simultanément elle révèle un élément formel spécifique de nature juridique, la décision, dans son absolue pureté ».

norme de poids supérieur) ou (ce qui n'est pas tout à fait la même chose) une situation où la conclusion du raisonnement ne suit pas déductivement des prémisses (soit que le raisonnement effectue un saut, comme dirait PZCZENIK, soit que l'on ait affaire à une forme de logique non-monotone où les règles de *modus ponens* et de renforcement de l'antécédent ne s'appliquent pas). [...] Dans le cas de la défaisabilité [...], on sait qu'il y a une règle applicable et pourtant on a une raison pour ne pas l'appliquer »¹²⁶⁵. Appliquée au principe de non-discrimination ou au principe d'égalité¹²⁶⁶, la notion de défaisabilité de Mathieu CARPENTIER désigne « les situations dans lesquelles une règle juridique – ici l'identité de traitement juridique – trouve à ne pas s'appliquer, soit lorsque l'énoncé normatif détermine lui-même la liste des exceptions – défaisabilité « explicite » –, soit lorsque les cas de non-application de la règle demeurent indéterminés, ce qui conduit à renvoyer à l'interprète de l'énoncé le soin de les définir – défaisabilité « implicite » »¹²⁶⁷.

419. Ariane VIDAL-NAQUET quant à elle distingue l'exception de la dérogation car l'exception est « extraite du champ d'application de la règle de droit entendu comme l'ensemble des situations, des faits, des personnes que la règle de droit, en tant que modèle, a vocation à appréhender et à régir », et en cela l'exception est une soustraction d'une ou de plusieurs situations, personnes, faits, du champ de la règle de droit, tandis que la dérogation « n'entretient pas ce même lien de dépendance avec la règle initiale et on pourrait soutenir qu'elle est indépendante du principe posé pour un groupe »¹²⁶⁸. L'auteure précise : « [elle] résulte simplement d'un conflit de règles applicables à un sous-ensemble donné, sous-ensemble qui est inclus dans le champ d'application d'une règle, mais qui, pour des raisons de conflit de normes, est également régi par une autre règle. Ainsi la loi du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical réserve, s'agissant des exceptions prévues pour les communes et zones touristiques et thermales, les hypothèses de dérogations temporaires accordées, de manière facultative, par le préfet. Il y a bien l'idée que, pour un même sous-groupe, en l'espèce les communes et zones touristiques et thermales, deux règles concurrentes peuvent être appliquées, l'une qui permet aux établissements de donner, de droit, un jour de repos autre que le dimanche,

¹²⁶⁵ M. CARPENTIER, « Normes, interprétation, défaisabilité », *Normes, institutions et régulation publique*, Paris, Hermann, 2015, pp. 259-297, pp. 274-275.

¹²⁶⁶ Pour une analyse de la distinction entre égalité et non-discrimination, V. *infra* §§483 et s.

¹²⁶⁷ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 293.

¹²⁶⁸ A. VIDAL-NAQUET, « De l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Aix-en-Provence, 2012, en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01735368> (consulté le 21 août 2018), pp. 2-3.

l'autre qui permet au préfet d'accorder, sous certaines conditions, cette possibilité »¹²⁶⁹. Élise UNTERMAIER, reprenant la distinction opérée par Françoise LEURQUIN-DE VISSCHER et Aude ROYERE entre exceptions et dérogations (*stricto sensu*), relève que la distinction repose sur la nature du titulaire des pouvoirs d'excepter ou de déroger¹²⁷⁰. Précisément, alors que seule l'autorité qui a adopté la règle peut y faire exception, ou les autorités supérieures à celle-ci, le pouvoir de dérogation ne peut être qu'institué par l'autorité compétente. En ce cas, elle habilite une autorité subordonnée à déroger à la règle générale.

420. À propos du principe de non-discrimination ou du principe d'égalité, les juges semblent préférer la terminologie de la dérogation à celle de l'exception s'agissant de la mise en œuvre de différences de traitement compatibles avec le principe d'égalité¹²⁷¹.

421. En droit français, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel interprètent le principe d'égalité comme imposant de traiter de façon identique les personnes placées dans des situations similaires sauf à déroger à cette égalité de traitement dans des cas particuliers. Le Conseil constitutionnel français affirme ainsi que « [si], en règle générale, le principe d'égalité devant la loi impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, *il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes qui se trouvent dans des situations différentes* »¹²⁷². Comme le précise Elsa FONDIMARE « [une] telle obligation constituerait, selon certains auteurs, une ingérence trop importante des juges dans la marge de manœuvre du législateur, la fonction de ce dernier étant précisément d'instaurer des régimes juridiques applicables à des catégories »¹²⁷³. Le Conseil d'État comme le Conseil constitutionnel reconnaissent toutefois la possibilité pour le législateur ou le pouvoir réglementaire de mettre en œuvre des différences de traitement dans deux cas de figure « qui demeurent somme toute assez indéterminés, car vagues et soumis à des interprétations

¹²⁶⁹ *Ibid.*, pp. 3-4.

¹²⁷⁰ É. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, Bibliothèque de droit public tome 268, 2011, pp. 422-423.

¹²⁷¹ Cette analyse assimilant les différences de traitement à des « dérogations au principe d'égalité » est aussi partagée par certains auteurs. V. notamment : F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 244, p. 190.

¹²⁷² Conseil constitutionnel, 15 janvier 2015, n° 2014-436 QPC, cons. 8. Nous soulignons. Pour une application de ce principe par le Conseil d'État, V. par exemple : CE, 28 mars 1997, *Société Baxter*, n° 179049 : « [considérant] que le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents ».

¹²⁷³ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 294.

variées »¹²⁷⁴. Dans le premier de ces deux cas de figure, le législateur ou le pouvoir réglementaire a la faculté de mettre en place des différences de traitement lorsque celles-ci s'appliquent à des situations différentes. On retrouve ici en partie la logique qui a déterminé, devant la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence *Thlimmenos contre Grèce*¹²⁷⁵. Pour Elsa FONDIMARE, « la formulation retenue résulte logiquement de la prédominance de l'égalité comme indifférenciation : si le principe d'égalité n'impose que de traiter identiquement des individus placés dans des situations similaires, alors les individus placés dans des situations différentes peuvent être traités différemment sans porter atteinte à l'égalité »¹²⁷⁶. Dans le second cas de figure, les pouvoirs législatifs ou réglementaires peuvent procéder à des différences de traitement si une raison d'intérêt général le justifie. La formulation retenue par le Conseil constitutionnel est la suivante : « [le] principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le 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 »¹²⁷⁷. Les raisons d'intérêt général renvoient alors directement à l'idée d'« utilité commune » de la Déclaration de 1789¹²⁷⁸ et servent de justification à l'existence de dérogations au principe d'égalité. Il s'agit bien de dérogations puisqu'« elles s'appliquent à des individus placés dans des situations similaires »¹²⁷⁹. À ce titre, le principe d'égalité devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État est « accommodant » puisqu'« à la fois relatif et contingent »¹²⁸⁰. Par ailleurs, il appartient aux pouvoirs publics de définir ces exigences de l'intérêt général et de différencier

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77.

¹²⁷⁶ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, pp. 294-295.

¹²⁷⁷ Conseil constitutionnel, 20 mars 1988, n° 97-388 DC, cons. 27. Nous soulignons. Cette formulation sera reprise par la suite, par exemple : Conseil constitutionnel, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, 29 juillet 1998, *op. cit.* note 1229, cons. 8.

¹²⁷⁸ Art. 1^{er}, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, *op. cit.* note 1118.

¹²⁷⁹ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 295. V. également B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences dans la formulation prétorienne du principe d'égalité », *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 979-1000 : « Il n'y a désormais plus matière à interprétation : le principe d'égalité ne joue qu'entre les individus placés dans des situations identiques et à la condition qu'aucune considération d'intérêt général n'incite à déroger à l'exigence d'un traitement identique. [L'intérêt général] permet, bien plus brutalement, de faire céder le principe d'égalité pour instituer un traitement différencié à l'égard d'individus que rien ne distingue les uns des autres ».

¹²⁸⁰ C. BARROIS DE SARIGNY, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil État », *Titre VII [en ligne]*, avril 2020, n° 4, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-principe-d-egalite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-et-du-conseil-d-etat> (consulté le 17 mai 2022), p. 18.

juridiquement sur ce fondement¹²⁸¹. Au sein même du modèle universaliste républicain français, les différenciations sont admises, et comprises comme des dérogations admissibles au principe de l'égalité de traitement.

422. De la même manière, devant la Cour européenne des droits de l'homme, la différence de traitement peut s'analyser comme une dérogation du fait de l'application de conditions légitimant le recours à ces dérogations.

b. Une dérogation conditionnée, modalité d'application nécessaire à la compatibilité avec l'universalisme

423. Pour Ariane VIDAL-NAQUET, « [la] règle de droit est caractérisée, si ce n'est définie, par un certain nombre de propriétés ou de qualités auxquelles les exceptions porteraient atteinte. Ainsi dit-on de la règle de droit qu'elle est générale, impersonnelle, abstraite et qu'elle a une certaine prétention à la permanence et à la stabilité. Or, l'existence et la multiplication des exceptions, exemptions, exonérations, dispenses, dérogations, passe-droits, privilèges semblent mettre à mal ces caractères. En visant un certain nombre de destinataires au détriment de la masse, les exceptions altèrent la généralité de la règle, gage de l'égalité entre les citoyens »¹²⁸². Toutefois, Ariane VIDAL-NAQUET use ici d'une conception absolue de la généralité de la norme, comme n'admettant pas les exceptions. Or, selon la conception relative de la généralité de la norme, la règle de droit est générale si elle est impersonnelle et indéterminée, c'est-à-dire si elle n'est pas prévue pour un cas d'espèce particulier strictement identifié. Une façon de ne pas altérer la généralité de la règle reste de conditionner le recours à la dérogation à des cas de figure peu nombreux et définis en fonction de critères objectifs tels que, en ce qui concerne la dérogation au principe d'égalité, l'existence d'une différence de situation (que l'on peut établir objectivement par la comparaison des situations¹²⁸³) ou la justification de la poursuite d'un but

¹²⁸¹ Sur le contrôle juridictionnel de ces exigences en France, V. B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences dans la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op. cit.* note 1278, pp. 979-1000.

¹²⁸² A. VIDAL-NAQUET, « De l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », *op. cit.* note 1267, p. 1.

¹²⁸³ Il convient toutefois de noter que la doctrine met en lumière le caractère en réalité subjectif, arbitraire et construit de la comparabilité des situations. V. sur ce point : P. ARDANT, « L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », *La personne humaine, sujet de droit (quatrième journée René Savatier, Poitiers, 25 et 26 mars 1993)*, Paris, PUF, 1994, p. 135 ; D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.* note 68, pp. 778-790, p. 784 : « la similitude de deux situations ne se laisse pas appréhender de façon purement objective » ; E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 9 : « [il] n'existe en effet pas de similitudes ou de différences de situation objectives qui détermineraient l'application de telle ou telle conception du principe d'égalité ; c'est au contraire le choix du cadre argumentatif opéré par les interprètes de l'égalité – sur le terrain de l'égalité formelle, matérielle ou réelle – qui les conduit à décider s'il y a ou non différence de traitement (...) ».

légitime. Nous l'avons d'ailleurs vu pour le droit français, le Conseil constitutionnel admet deux cas de figure types permettant de recourir à la différence de traitement : d'une part, lorsqu'il s'agit de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes ; et d'autre part, lorsque la différence de traitement est justifiée par l'intérêt général. Par ailleurs, conditionner le recours à la dérogation peut permettre d'assurer que l'universalité de la norme soit peu atteinte et reste généralement garantie. La différenciation reste alors compatible avec l'universalisme.

424. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, deux arguments types sont employés afin de justifier le recours à ces différenciations : d'une part, l'absence de recours à une différenciation juridique entraverait le rattrapage des inégalités factuelles entre les individus, selon la formule de la jurisprudence *Stec* (i) ; et d'autre part, la différenciation juridique ainsi préconisée est par nature temporaire dans le discours de la Cour, prévue jusqu'à ce que ledit rattrapage ait eu lieu (ii).

i. Un objectif légitime : la lutte contre les « inégalités factuelles » persistantes

425. Première condition permettant le recours à une différence de traitement : celle-ci doit poursuivre un objectif légitime, lequel est strictement défini dans le discours jurisprudentiel à savoir la correction des « inégalités factuelles » entre les individus. Cette condition a été posée par la Cour pour la première fois dans l'affaire *Stec et autres c. Royaume-Uni*¹²⁸⁴, avant d'être reprise et confirmée dans les affaires *D.H. et autres contre République tchèque*¹²⁸⁵, *Andrejeva contre Lettonie*¹²⁸⁶, *Muñoz Diaz contre Espagne*¹²⁸⁷ ou encore *Oršuš et autres contre Croatie*¹²⁸⁸. S'agissant de cette première condition, l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque* et les affaires suivantes relatives à la ségrégation scolaire des enfants roms fournissent une bonne illustration.

426. Dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, la Cour ouvre dans un premier temps la porte à la possibilité d'une différenciation juridique entre les personnes appartenant à la minorité rom et celles qui n'en font pas partie. Elle condamne pourtant en l'espèce l'État

¹²⁸⁴ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §51.

¹²⁸⁵ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §175.

¹²⁸⁶ Cour EDH (GC), *Andrejeva c. Lettonie*, 18 février 2009, req. n°55707/00, *Rec. CEDH 2009-II*, §82.

¹²⁸⁷ Cour EDH, 3ème Section, *Muñoz Diaz c. Espagne*, 8 décembre 2009, *op. cit.* note 237, §48.

¹²⁸⁸ Cour EDH (GC), *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 266, §149.

tchèque pour avoir mis en œuvre une différenciation juridique discriminatoire. Elle constate que le système d'écoles spéciales, vers lesquelles les enfants roms étaient automatiquement dirigés à l'issue de tests psychologiques qui risquaient d'être « entachés de préjugés »¹²⁸⁹, était discriminatoire. Mais, si la Cour retoque ce système, elle reste ouverte quant à la méthode qui pourrait être prévue en lieu et place de celle mise en œuvre par l'État tchèque. Ainsi, la Cour conclut que « le processus de scolarisation des enfants roms n'a pas été *entouré de garanties* [...] permettant de s'assurer que, dans l'exercice de sa marge d'appréciation en matière d'éducation, l'État a *tenu compte des besoins spécifiques* de ces enfants découlant de leur position défavorisée [...]. De plus, à l'issue de ce processus, les intéressés ont été placés dans des écoles destinées à des enfants souffrant d'un handicap mental, dont le programme était d'un niveau inférieur à celui des écoles ordinaires, et dans lesquelles ils se trouvaient isolés de la population majoritaire. Ils ont par conséquent reçu une éducation qui a accentué leurs difficultés et compromis leur développement personnel ultérieur, au lieu de s'attaquer à leurs vrais problèmes, de les *aider à intégrer plus tard les écoles ordinaires* et à développer les capacités facilitant leur vie au sein de la population majoritaire »¹²⁹⁰. La Cour ne tranche pas « entre des écoles uniques pour tous, des structures spécialisées ou des structures intégrées avec des sections spécialisées »¹²⁹¹. Elle estime d'ailleurs qu'il est possible de prévoir une structure spécialisée dédiée à ce que les enfants intègrent plus tard les écoles ordinaires.

427. Allant plus loin encore, la Cour se réfère dans l'arrêt *Oršuš et autres contre Croatie*¹²⁹² aux obligations qui pèsent sur les États dans la mise en place d'un système éducatif permettant aux requérants d'acquérir les compétences linguistiques nécessaires à leur insertion dans le système scolaire normal. Dans leur arrêt de chambre, les juges avaient estimé que l'argumentation du gouvernement reposant sur la mauvaise connaissance de la langue croate par les élèves d'origine rom représentait une justification objective et raisonnable de cette séparation des enfants roms et non roms entre classes d'une même école¹²⁹³. Au contraire, pour la Grande Chambre, la question centrale de cette affaire est « celle de savoir si les autorités scolaires ont *pris les mesures voulues pour que les requérants acquièrent rapidement une maîtrise suffisante du croate et, une fois ce résultat obtenu, soient intégrés immédiatement dans*

¹²⁸⁹ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §201.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, §207. Nous soulignons.

¹²⁹¹ *Ibid.*, §205.

¹²⁹² Cour EDH (GC), *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 266.

¹²⁹³ Cour EDH, 1ère Section, *Oršuš et autres c. Croatie*, 17 juillet 2008, req. n°15766/03, §§66-67.

des classes mixtes »¹²⁹⁴ ou si l'État croate pouvait maintenir cette ségrégation scolaire ayant pour conséquence en enseignement dont le volume et la portée sont réduits dans les classes pour les élèves roms. La Cour considère ainsi que l'existence de classes séparées n'est pas en soi discriminatoire, affirmant que : « le placement temporaire d'enfants dans une classe séparée au motif qu'ils n'ont pas une maîtrise suffisante de la langue n'est pas en soi automatiquement contraire à l'article 14 de la Convention »¹²⁹⁵. Mais, constatant que les tests ayant vocation à placer les enfants dans ces classes séparées n'évaluent en réalité pas spécialement le niveau de connaissances en croate chez les enfants¹²⁹⁶, et qu'aucun programme n'a été mis en place pour répondre aux besoins particuliers des enfants roms ayant des connaissances linguistiques insuffisantes¹²⁹⁷, la Grande Chambre conclut à la violation de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 2 du Protocole n°1 à la Convention et protégeant le droit à l'éducation et à l'instruction. Pour Frédéric SUDRE et ses coauteurs, en raisonnant de la sorte, la Cour crée une obligation à la charge de l'État d'aider les requérants à acquérir les compétences linguistiques nécessaires à leur insertion dans des classes mixtes¹²⁹⁸. Or, la mise en place d'une telle aide suppose une différenciation juridique permettant le rattrapage d'une inégalité factuelle de départ entre les enfants roms et les enfants non roms.

428. Conséquence de la nécessité de résorber les inégalités factuelles par l'usage des traitements différents, la Cour ajoute une seconde condition : le traitement favorable doit être graduellement supprimé une fois qu'il a été mis fin à l'inégalité de départ.

ii. Une dérogation temporaire : la nécessité de mettre fin à la différence de traitement une fois l'objectif atteint

429. Deuxième condition permettant de justifier une telle dérogation au principe d'indifférenciation, la différenciation juridique est presque¹²⁹⁹ toujours présentée comme

¹²⁹⁴ Cour EDH (GC), *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 266, §145. Nous soulignons.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, §157.

¹²⁹⁶ *Ibid.*, §159 : « les tests servant à décider de l'affectation ou non des enfants à des classes réservées aux Roms ne sont pas spécialement conçus pour évaluer le niveau de connaissance du croate chez ces enfants. Lorsque les autorités de l'Etat choisissent de placer des enfants dans une classe séparée au motif qu'ils n'ont pas une maîtrise suffisante du croate, les tests auxquels les enfants en question sont soumis doivent être spécifiquement conçus pour permettre d'apprécier leur connaissance de la langue ».

¹²⁹⁷ *Ibid.*, §173 : « il faut noter qu'aucun programme n'a été mis sur pied pour répondre aux besoins particuliers des enfants roms ayant des connaissances linguistiques insuffisantes et prévoyant un calendrier pour les différentes phases d'acquisition des compétences linguistiques nécessaires ».

¹²⁹⁸ F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 86, p. 107.

¹²⁹⁹ Pour une analyse des cas où la Cour ne présente pas une telle différence de traitement comme temporaire, V. §§471 et s.

temporaire. Un tel argument est en réalité relié au premier : une fois le rattrapage de l'inégalité de départ réalisé, la différenciation juridique perd alors de son intérêt et devient à nouveau une distinction discriminatoire. Cette logique n'est d'ailleurs pas propre aux seules différenciations juridiques préconisées par la Cour aux États. Certaines différenciations mises en œuvre par les États et contestées devant la Cour ont également été maintenues ou au contraire considérées comme discriminatoires au regard de cet argument. Il en est ainsi, par exemple, dans les affaires concernant le rattrapage des inégalités entre les hommes et les femmes : les différences de traitement au bénéfice des femmes, lorsqu'elles n'ont plus été considérées comme utiles pour favoriser l'égalité hommes-femmes, sont analysées comme discriminatoires.

430. Dans l'affaire *Petrovic c. Autriche*, le requérant contestait le refus des autorités nationales de lui octroyer l'allocation de congé parental au motif que la loi autrichienne sur l'assurance chômage de 1977 prévoyait que cette allocation ne pouvait être versée qu'aux seules mères. La différence de traitement contestée par le requérant entre la mère et le père quant au versement de l'allocation de congé parental a ensuite été supprimée par le législateur autrichien en 1989 et 1990 (introduction du congé parental puis extension du bénéfice de l'allocation de congé parental aux hommes), mais que pour les enfants nés après le 31 décembre 1989. Le maintien de cette différence de traitement visant « avant tout à protéger la mère et à lui permettre de prendre soin du nourrisson »¹³⁰⁰ pendant neuf ans n'apparaît donc pas excessif à la Cour qui constate que l'inégalité qui frappait les femmes, à savoir l'absence de mesures sociales pour les protéger à l'issue de leur grossesse, ayant été rattrapée, elle ne pouvait ensuite pas « reprocher au législateur autrichien d'avoir introduit de *manière graduelle*, à l'image de l'évolution de la société en la matière, une législation somme toute très progressiste en Europe »¹³⁰¹.

431. Bien plus évidente encore est la référence à la temporalité du maintien de la différence de traitement dans l'affaire *Andrle c. République tchèque*. En effet, la Cour y relève que « *the more favourable treatment of women who raised children was originally designed to compensate for the factual inequality and hardship arising out of the combination of the traditional mothering role of women and the social expectation of their involvement in work on a full-time basis* »¹³⁰². Autrement dit, le traitement favorable des femmes aux dépens des hommes dans l'accès à l'âge de départ à la retraite anticipée se justifiait par la nécessité de

¹³⁰⁰ Cour EDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, *op. cit.* note 937, §40.

¹³⁰¹ *Ibid.*, §41. Nous soulignons.

¹³⁰² Cour EDH, 5ème Section, *Andrle c. République tchèque*, 17 février 2011, *op. cit.* note 940, §53.

protéger les femmes. S'ajoute à cela un contexte social et historique particulier puisque « *the measure at stake is rooted in specific historical circumstances. The means employed in 1964 reflected the realities of the then socialist Czechoslovakia, where women were responsible for childcare and the related care of the household while being under pressure to work full time [...]. The amount of salaries and pensions awarded to women was also generally lower in comparison with those awarded to men* »¹³⁰³. Toutefois, c'est la disparition de ce contexte social et de cette répartition des tâches qui pouvaient rendre la différence de traitement au profit des femmes moins pertinente : « *in today's society the child-bearing and child-rearing roles may no longer overlap to such a great extent* »¹³⁰⁴ ; « *the Czech Government have already made the first concrete move towards equalisation of the retirement age* »¹³⁰⁵ ; « *the demographic shifts and changes in perceptions of the roles of the sexes are by their nature gradual and, after forty-five years of existence of the measure at stake, it is necessary to time the amendment accordingly* »¹³⁰⁶. Le maintien de la différence de traitement en l'espèce se justifie pour la Cour par la marge d'appréciation accordée à l'État dans le choix de la juste temporalité pour rétablir l'égalité. Mais la Cour insiste bien sur l'idée que ce traitement favorable est par nature temporaire et a vocation à disparaître lorsque l'inégalité factuelle de départ sera rattrapée. Elle conclut ainsi que : « *the original aim of the differentiated pensionable ages based on the number of children women raised was to compensate for the factual inequality between men and women. In the light of the specific circumstances of the case, this approach continues to be reasonably and objectively justified on this ground until social and economic changes remove the need for special treatment for women. In view of the time-demanding pension reform which is still ongoing in the Czech Republic, the Court is not convinced that the timing and the extent of the measures undertaken by the Czech authorities to rectify the inequality in question have been so manifestly unreasonable as to exceed the wide margin of appreciation allowed in such a field* »¹³⁰⁷. Un tel raisonnement était d'ailleurs déjà présent dans la jurisprudence *Stec* puisque la Cour y affirmait que « la différence de traitement entre les hommes et les femmes au Royaume-Uni quant à l'âge légal du départ à la retraite visait à l'origine à corriger le désavantage dont souffraient les femmes sur le plan économique. Cette différence a continué à être raisonnablement et objectivement justifiée pour ce motif *jusqu'à une époque où les*

¹³⁰³ *Ibid.*, §55.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, §56.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, §57. Nous soulignons

¹³⁰⁶ *Ibid.*, §58.

¹³⁰⁷ *Ibid.*, §60. Nous soulignons.

changements intervenus aux plans social et économique *avaient fait disparaître la nécessité d'un traitement spécial des femmes* »¹³⁰⁸.

432. En dehors des cas de rattrapage des inégalités hommes-femmes, le caractère temporaire se retrouve également dans d'autres affaires. Ainsi, dans l'arrêt précité *Oršuš et autres contre Croatie*, la Cour exprimait déjà l'idée qu'une mesure temporaire peut ne pas être contraire au principe d'égalité de traitement, affirmant que « le placement temporaire d'enfants dans une classe séparée au motif qu'ils n'ont pas une maîtrise suffisante de la langue n'est pas en soi automatiquement contraire à l'article 14 de la Convention »¹³⁰⁹.

433. Les différences de traitement peuvent ainsi être admises en droit de la non-discrimination, et compatibles avec la conception universaliste des droits de l'homme, en ce qu'elles constituent des dérogations nécessaires et temporaires à l'identité de traitement. À la lecture du contentieux ici analysé, il convient également de relever que les solutions différencialistes sont minoritaires et renvoient en réalité à des cas de figure assez divers.

2. Des situations différencialistes statistiquement minoritaires

434. Partant de l'analyse statistique utilisée précédemment¹³¹⁰, il est possible de mesurer la proportion d'arrêts dans lesquels la Cour admet qu'une différenciation juridique entre les individus est nécessaire, soit parce qu'elle valide une différence de traitement mise en place à l'échelon national, soit parce qu'elle préconise aux États d'en mettre une en œuvre.

435. Pour rappel, les solutions rendues par la Cour ont été classées dans une des six catégories suivantes : la solution conduit à la suppression d'une différence de traitement (indifférenciation) ; la Cour conclut à l'absence de différence de traitement (indifférenciation) ; la Cour maintient une différence de traitement existante (différenciation à long terme) ; la Cour maintient une différence de traitement existante à la condition de sa disparition future (différenciation à court ou moyen terme) ; la Cour préconise l'ajout d'une différence de traitement (différenciation à long terme) ; la Cour préconise l'ajout d'une différence de traitement temporaire (différenciation à court ou moyen terme, mais poursuivant un objectif d'indifférenciation à long terme). Les catégories 3 à 6 rendaient compte de situations dans

¹³⁰⁸ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §66. Nous soulignons.

¹³⁰⁹ Cour EDH (GC), *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 266, §157.

¹³¹⁰ V. *supra* §370.

lesquelles la Cour maintenait une différence de traitement ou préconisait d'en ajouter une. À l'analyse, les résultats obtenus pouvaient être résumés dans le tableau suivant¹³¹¹ :

Catégorie 1 Suppression d'une différence de traitement	Catégorie 2 Absence de différence de traitement	Catégorie 3 Maintien d'une différence de traitement existante à long terme	Catégorie 4 Maintien d'une différence de traitement existante à court ou moyen terme	Catégorie 5 Ajout d'une différence de traitement à long terme (sans condition suspensive)	Catégorie 6 Ajout d'une différence de traitement à court ou moyen terme (avec condition suspensive)
229	159	106	6	47	9
41%	29%	19%	1%	8%	2%
388		168			
70%		30%			

436. Sur les 556 arrêts analysés, la Cour rend une solution différencialiste dans 30% des arrêts. Dans la majorité de ces cas différencialistes (catégories 3 et 4), la Cour valide une différence de traitement voulue par l'État (2.1.) comme ne portant pas atteinte au principe de non-discrimination. Ces dernières renvoient à des situations dans lesquelles les États différencient non pas en fonction de l'appartenance des personnes à des groupes de personnes défavorisées ou discriminées, mais en se fondant sur l'existence de catégories juridiques¹³¹² ou de régimes juridiques distincts. Dans ce cas de figure, la distinction et la catégorisation relèvent de l'activité juridique¹³¹³.

437. Dans les cas où la Cour préconise l'ajout d'une différence de traitement (catégories 5 et 6) la Cour soit conditionne la mise en œuvre de ces différences de traitement, soit analyse en profondeur la justification d'une telle différenciation, les rendant une fois encore compatibles avec l'universalisme (2.2.).

¹³¹¹ Pour une mise en forme graphique, V. Graphique n°8.

¹³¹² Sur l'usage de la catégorie juridique, V. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.* note 471, p. 327 : la catégorie est associée à « l'existence d'un statut ou d'un régime juridique spécifique présentant une unité ».

¹³¹³ M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », *op. cit.* note 67, pp. 53-68, p. 53.

2.1. Les différences de traitement acceptées

438. Dans certains cas, la juridiction strasbourgeoise valide une différence de traitement mise en œuvre à l'échelon national par l'État. Elle est alors défendue par le gouvernement défendeur comme ne portant pas atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention, dont le principe de non-discrimination protégé à l'article 14, et contestée par des requérants qui sont exclus du bénéfice d'un avantage différencié, ou qui subissent cette différence de traitement. Les arrêts correspondant à ces situations ont été classés dans les catégories 3 et 4 dans notre analyse : ils relèvent d'une logique de maintien par la juridiction conventionnelle d'une différence de traitement décidée à l'échelon national.

439. Au sein de ces deux catégories 3 et 4, les arrêts peuvent également être regroupés selon la justification apportée au maintien de la différence de traitement. Dans un premier ensemble de cas, la Cour approuve l'existence d'une différence de traitement car elle estime que celle-ci ne correspond pas à une distinction juridique illégitime fondée sur l'appartenance des individus à un groupe de personnes – ce qui serait prohibé par le principe de non-discrimination – mais fondée sur l'existence d'une catégorisation juridique ou d'un régime juridique particulier. Plusieurs décisions se rapportent ainsi à la jurisprudence déjà évoquée *Gerger contre Turquie*¹³¹⁴ dans laquelle la Cour a affirmé qu'une distinction selon le type d'infractions pénales ne relève pas d'une différence de traitement illégitime au regard du principe de non-discrimination. Dans cet ensemble de cas, force est de constater que la Cour valide une différence de traitement qui n'est pas *fondée sur* un motif illégitime de distinction, mais sur l'existence d'un régime ou d'une catégorie juridique¹³¹⁵.

440. Dans un autre ensemble d'affaires en revanche, la Cour valide une différence de traitement voulue par les États alors même que cette différence de traitement est bel et bien fondée sur un motif *a priori* illégitime. L'examen des justifications apportées par l'État semble alors prendre plus d'importance¹³¹⁶. La Cour valide notamment ces justifications lorsque l'État renvoie à la jurisprudence *Stec et autres contre Royaume-Uni*¹³¹⁷, c'est-à-dire lorsque l'État justifie l'existence d'une différence de traitement par la correction d'inégalités factuelles

¹³¹⁴ Cour EDH (GC), *Gerger c. Turquie*, 8 juillet 1999, *op. cit.* note 543, not. §69.

¹³¹⁵ Pour une autre illustration, V. Cour EDH, 2ème Section, *Ernst et autres c. Belgique*, 15 juillet 2003, req. n° 33400/96, à propos de la différence de traitement entre les victimes de délits imputés à des particuliers et les victimes de délits imputés à des magistrats, lesquels bénéficient du régime du privilège de juridiction.

¹³¹⁶ V. *infra* §§452 et s.

¹³¹⁷ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §51.

persistantes, ce que certains qualifient de différencialisme correcteur¹³¹⁸. C'est ainsi que la Cour a validé que les États traitent différemment les hommes et les femmes en matière de congé parental ou de conditions de départ en retraite anticipée. Dans l'affaire *Petrovic contre Autriche* précitée, la Cour estime que, quand bien même les hommes et les femmes se trouvent dans une situation comparable en matière de congé parental, la différence de traitement prévue par l'État autrichien en la matière n'est pas contraire au principe de non-discrimination¹³¹⁹. En l'espèce, le requérant contestait le refus des autorités nationales de lui octroyer l'allocation de congé parental au motif que la loi autrichienne prévoyait que cette allocation ne pouvait être versée qu'aux seules mères. La Cour, après avoir observé la distinction opérée en droit autrichien entre le congé maternité et les allocations correspondantes et le congé parental et les allocations y afférant, rappelle l'importance de l'objectif de « progression vers l'égalité des sexes » du Conseil de l'Europe. Elle relève toutefois que « l'idée d'une assistance financière accordée par l'État aux deux parents au choix afin de leur permettre de rester au foyer et de s'occuper de leur enfant est relativement récente » en 1998 et que « à l'origine, ces mesures sociales, telle l'instauration du congé parental, visaient avant tout à protéger la mère et à lui permettre de prendre soin de son nourrisson. Ce n'est que progressivement, traduisant en cela l'évolution de la société vers un partage plus égalitaire des tâches entre les hommes et les femmes dans l'éducation des enfants, que les États contractants ont pris des mesures s'étendant aux pères, comme celle de pouvoir bénéficier du congé parental »¹³²⁰. Or, l'État autrichien a suivi une telle évolution en introduisant le congé parental au bénéfice des pères en 1989 et en étendant le bénéfice de l'allocation correspondante en 1990¹³²¹. Les juges conventionnels vont donc jusqu'à défendre l'État autrichien au regard de la grande disparité et diversité des législations en la matière en Europe à l'époque du prononcé de l'arrêt, estimant qu'il « paraît dès lors difficile de reprocher au législateur autrichien d'avoir introduit de manière graduelle, à l'image de l'évolution de la société en la matière, *une législation somme toute très progressiste en Europe* »¹³²², validant par suite le maintien à court ou moyen terme d'une telle différence de traitement.

¹³¹⁸ Pour reprendre la terminologie développée par Olivia BUI-XUAN in O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit. note 118.

¹³¹⁹ Cour EDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, op. cit. note 937, §43.

¹³²⁰ *Ibid.*, §40.

¹³²¹ *Ibid.*, §§15 et 41.

¹³²² *Ibid.*, §41. Nous soulignons.

441. De même dans l'affaire *Andrle contre République tchèque*, la Cour approuve la différence de traitement entre hommes et femmes relative aux conditions de départ en retraite anticipée. Le gouvernement tchèque en l'espèce prévoyait la possibilité pour les mères ayant élevé un ou deux enfants de demander une retraite anticipée, et justifiait cette mesure par l'existence d'inégalités factuelles entre les hommes et les femmes ayant perduré sous le régime communiste¹³²³. Le requérant, ayant élevé deux enfants, contestait l'impossibilité d'obtenir un départ à la retraite anticipée comme les femmes ayant élevé deux enfants, estimant qu'il s'agissait d'une différence de traitement fondée sur le sexe. Les paragraphes 55 à 60 de l'arrêt sont très révélateurs du raisonnement des juges permettant de légitimer une différence de traitement¹³²⁴.

« 55. The Court cannot overlook the fact that the measure at stake is rooted in specific historical circumstances. The means employed in 1964 reflected the realities of the then socialist Czechoslovakia, where women were responsible for childcare and the related care of the household while being under pressure to work full time [...]. The amount of salaries and pensions awarded to women was also generally lower in comparison with those awarded to men.

« 56. Although this family model inevitably shaped recent families, in today's society the child-bearing and child-rearing roles may no longer overlap to such a great extent. Indeed, the efforts by the respondent State to modify the pension scheme, whether successful or not, are intended to react to these and much wider social and demographic developments. Yet it is difficult to pinpoint any particular moment when the unfairness to men begins to outweigh the need to correct the disadvantaged position of women by means of affirmative action. The reluctance of certain political parties and trade unions to support the equalisation of the pension scheme may be indicative in this regard [...]. The Court cannot but reiterate that the national authorities are better placed than an international judge to determine such a complex issue relating to economic and social policies, which depends on manifold domestic variables and direct knowledge of the society concerned, and that they have to enjoy a wide margin of appreciation in this sphere.

« 57. The Court notes that the Czech Government have already made the first concrete move towards equalisation of the retirement age [...] ».

¹³²³ Cour EDH, 5^{ème} Section, *Andrle c. République tchèque*, 17 février 2011, *op. cit.* note 940, §36.

¹³²⁴ *Ibid.*, §55-57.

442. La Cour relève ainsi dans un premier temps le contexte social et historique spécifique à l'État défendeur : issue du bloc soviétique, la République tchèque a hérité d'un modèle familial particulier et des inégalités sociales – et notamment entre les femmes et les hommes – qui perduraient à l'époque. Admettant que ce modèle familial puisse encore avoir cours à l'époque de l'affaire, elle note toutefois les efforts entrepris par l'État défendeur pour mettre fin à ces inégalités, pour égaliser les situations des hommes et des femmes, notamment en ce qui concerne l'âge de départ à la retraite et les possibilités de départs à la retraite anticipée. Cela lui permet de justifier le maintien de la différence de traitement par la nécessaire poursuite de cette égalisation des situations entre les mères et les pères. Elle conclut alors que « *the original aim of the differentiated pensionable ages based on the number of children women raised was to compensate for the factual inequality between men and women. In the light of the specific circumstances of the case, this approach continues to be reasonably and objectively justified on this ground until social and economic changes remove the need for special treatment for women. In view of the time-demanding pension reform which is still ongoing in the Czech Republic, the Court is not convinced that the timing and the extent of the measures undertaken by the Czech authorities to rectify the inequality in question have been so manifestly unreasonable as to exceed the wide margin of appreciation allowed in such a field* »¹³²⁵.

443. Nous avons ici analysé les cas où la Cour valide une différence de traitement voulue par un État défendeur. Mais tout un ensemble du contentieux relatif aux différences de traitement devant la juridiction strasbourgeoise se rapporte à des différences de traitement préconisées par le juge et demandées – dans une logique de revendications égalitaires – par les requérants. Ces situations sont elles aussi minoritaires dans l'ensemble du contentieux antidiscriminatoire et assez diverses.

2.2. Les différences de traitement préconisées

444. Au contraire des cas précédemment évalués, il s'agit ici d'analyser les cas où la Cour préconise aux États de mettre en place une différence de traitement. Dans l'analyse statistique précédemment menée, ces affaires ont été classées dans les catégories 5 et 6 et représentent environ 10% des affaires traitées par la Cour en matière de non-discrimination.

¹³²⁵ *Ibid.*, §60.

Catégorie 1 Suppression d'une différence de traitement	Catégorie 2 Absence de différence de traitement	Catégorie 3 Maintien d'une différence de traitement existante à long terme	Catégorie 4 Maintien d'une différence de traitement existante à court ou moyen terme	Catégorie 5 Ajout d'une différence de traitement à long terme (sans condition suspensive)	Catégorie 6 Ajout d'une différence de traitement à court ou moyen terme (avec condition suspensive)
229	159	106	6	47	9
41%	29%	19%	1%	8%	2%
388		112		56	
		20%		10%	
		168			
70%		30%			

445. Ces décisions différencialistes ont été particulièrement critiquées, car elles peuvent parfois mettre en cause le pouvoir du juge strasbourgeois à imposer aux États de mettre en place des mesures protectrices d'un groupe de personnes. En effet, le cas d'une préconisation par la Cour d'un ajout d'une différenciation juridique dans le droit national renvoie directement à l'hypothèse de la jurisprudence *Thlimmenos*. Il s'agirait alors d'une atteinte au principe d'indifférenciation.

446. Pour revenir justement sur cette jurisprudence, en l'espèce le requérant contestait les règles gouvernant l'accès à la profession d'expert-comptable, notamment celle interdisant l'accès à cette profession aux personnes ayant été condamnées. En effet, si ce dernier ne remettait pas en cause la règle en tant que telle, il contestait l'absence de distinction établie en droit grec entre les personnes condamnées pour des infractions commises en raison de leurs convictions religieuses, et les personnes condamnées pour d'autres infractions¹³²⁶. La Cour concentre alors son analyse sur la recherche du « but légitime » poursuivi par l'État grec en ne mettant pas en œuvre une telle différenciation. Elle souligne qu'« en principe les États ont un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable »¹³²⁷.

¹³²⁶ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77, §42.

¹³²⁷ *Ibid.*, §47.

Cependant, pour la Cour, ce « but légitime » sert un principe moral d'exclusion de la profession des délinquants. Or, elle poursuit son analyse en considérant « par ailleurs que, contrairement à des condamnations pour d'autres infractions majeures, une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession »¹³²⁸. C'est à ce titre qu'elle considère l'exclusion du requérant injustifiée. Elle indique de plus que, si celui-ci devait effectivement recevoir une punition en conséquence de son refus de servir, il avait purgé une peine d'emprisonnement. Cet argument lui permet de conclure qu'« infliger une autre sanction à l'intéressé était disproportionné »¹³²⁹. Injustifiée et disproportionnée, l'absence de différenciation en l'espèce est alors contraire à l'article 14 de la Convention, ce qui permet à la Cour de préconiser qu'une telle différence de traitement soit mise en œuvre en droit grec.

447. Par suite, les applications strictes de cette jurisprudence ont donné lieu à un résultat similaire. Toutefois, restreindre l'analyse des cas où la Cour préconise une telle différenciation serait trompeur. En effet, les catégories 5 et 6 de notre étude renvoient également aux cas où la Cour crée une obligation positive à la charge des États¹³³⁰, notamment en application de la jurisprudence *Natchova et autres contre Bulgarie*¹³³¹. L'affaire concernait l'homicide de deux hommes d'origine rom, pour lequel un membre de la police militaire qui tentait de les arrêter est suspecté. Si la culpabilité du policier n'est pas remise en cause en l'espèce, il s'agissait surtout de déterminer si l'État bulgare avait mené une enquête effective sur ces décès, et notamment si l'hypothèse d'un crime raciste avait été suffisamment étudiée par les enquêteurs. En effet pour les ascendants et descendants des deux personnes décédées, « des préjugés et des attitudes hostiles envers les personnes d'origine rom ont joué un rôle dans les événements »¹³³². L'arrêt de chambre avait conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 de la

¹³²⁸ *Ibid.*

¹³²⁹ *Ibid.*

¹³³⁰ F. EDEL, *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 193, p. 79 : « [une] obligation positive est une obligation née en application d'un droit garanti par la Convention qui a pour objet d'exiger de l'État de prendre une mesure ou un acte complémentaire destiné à rendre ce droit effectif ou plus effectif ». Pour l'auteur, « [cette] importation de la notion d'obligation positive dans le cadre de l'article 14 de la Convention (...) entraîne un changement radical de la nature du champ d'application de la clause d'égalité ainsi que de la teneur de l'obligation qu'il pose. À la traditionnelle dimension "défensive" (ou "négative") commandant le caractère "objectif et raisonnable" des actes émanant de la puissance publique, s'ajoute désormais une dimension "positive" ordonnant à l'État de prendre des mesures (législatives, réglementaires, ou autre) visant à établir une plus grande égalité, une égalité plus effective ».

¹³³¹ Cour EDH (GC), *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, *op. cit.* note 138.

¹³³² *Ibid.*, §124.

Convention dans son aspect matériel, estimant que l'omission des autorités chargées de l'enquête de certains éléments, la force excessive employée par le membre des forces de l'ordre, et le témoignage selon lequel il avait professé des insultes racistes étaient autant d'éléments de preuve convaincants pour aboutir à une telle conclusion¹³³³. Pour la Grande Chambre, deux questions distinctes se posaient en l'espèce : le fait de savoir si l'État pouvait être tenu pour responsable en cas d'homicide commis en raison de l'origine ethnique des victimes, d'une part¹³³⁴ ; et la question de savoir si l'État avait satisfait à son obligation d'enquête sur l'hypothèse d'un mobile raciste, d'autre part¹³³⁵.

448. À propos de la première de ces deux questions, la Grande Chambre, contrairement à l'arrêt de chambre qui avait renversé la charge de la preuve, conclut à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 dans son volet matériel. En effet, elle rappelle que « dans certaines circonstances, lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, comme dans le cas de décès de personnes soumises à leur contrôle pendant une garde à vue, on peut considérer que la charge de la preuve pèse sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante notamment quant aux causes du décès de la personne détenue [...]. *Toutefois, lorsqu'il est allégué – comme en l'espèce – qu'un acte de violence était motivé par des préjugés raciaux, une telle démarche reviendrait à exiger du gouvernement défendeur qu'il prouve que la personne concernée n'a pas adopté une attitude subjective particulière.* Si dans les ordres juridiques de nombreux pays la preuve de l'effet discriminatoire d'une politique ou d'une décision dispense de prouver l'intention s'agissant d'une discrimination qui se serait produite dans les domaines de l'emploi ou de la prestation de services, cette démarche est difficile à transposer dans une affaire où un acte de violence aurait été motivé par des considérations raciales »¹³³⁶.

449. Mais s'agissant de la seconde question posée, à savoir si l'État avait satisfait à son obligation positive d'enquêter sur l'hypothèse d'un mobile raciste, la Grande chambre conclut à la violation des dispositions en l'espèce. Elle précise d'ailleurs l'interprétation des articles 2 et 14 en l'espèce : « le devoir qu'ont les autorités de rechercher s'il existe un lien entre des

¹³³³ Cour EDH, 1^{ère} Section, *Natchova et autres c. Bulgarie*, 26 février 2004, req. n°43577/98 et 43579/98.

¹³³⁴ Cour EDH (GC), *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, *op. cit.* note 138, §144-159.

¹³³⁵ *Ibid.*, §160-168.

¹³³⁶ *Ibid.*, §157. Nous soulignons.

attitudes racistes et un acte de violence constitue un aspect des obligations procédurales découlant pour elles de l'article 2 de la Convention, mais ce devoir peut également passer pour faire implicitement partie de la responsabilité qui incombe aux autorités, en vertu de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2, d'assurer sans discrimination la jouissance du droit à la vie »¹³³⁷. Constatant que les autorités n'ont pas tenu compte du témoignage selon lequel des insultes racistes avaient été proférées avant l'homicide des deux hommes, et que « rien n'a été entrepris pour vérifier [les] antécédents [de l'accusé] et rechercher, par exemple, si par le passé il avait déjà été impliqué dans des incidents analogues ou accusé d'avoir manifesté de l'hostilité envers les Roms »¹³³⁸, la Grande Chambre conclut à la violation des articles 2 et 14 dans leur volet procédural. Par suite, elle instaure une charge supplémentaire pour les États de vérifier les hypothèses et mobiles racistes lors de leurs enquêtes et crée une différence de traitement entre les personnes victimes d'un meurtre ou d'un acte de violence (pour ce qui concerne les allégations de violation des articles 3 et 14) sans mobile raciste et les personnes victimes des mêmes faits, mais pour lesquels un mobile raciste pouvait être recherché. En créant une telle obligation procédurale à la charge des États, la Cour préconise une différenciation juridique utile à la protection des personnes pouvant être victimes de crimes de haine et de crimes racistes. Les applications suivantes de cette jurisprudence tombent donc, elles aussi, dans les catégories 5 et 6 pour lesquels la Cour préconise l'ajout d'une différence de traitement, laquelle est *in fine* compatible avec l'universalisme puisqu'elle vient rétablir une égalité de fait entre les individus.

450. **Conclusion de section.** Les différences de traitement ne sont pas ainsi fondamentalement interdites par le principe de non-discrimination, ni ne sont par nature incompatibles avec une conception universaliste des droits. La compatibilité de la différenciation juridique et de l'universalisme a fait l'objet d'analyses doctrinales, lesquelles ont conclu à cette compatibilité à condition que les mesures qui relèvent d'un tel différencialisme fassent l'objet d'un encadrement et aient pour vocation un but légitime de correction ou de compensation d'une inégalité persistante malgré le principe universaliste d'égalité. Par ailleurs, ces différenciations, moins nombreuses que les situations de pure indifférenciation, sont validées devant la Cour européenne des droits de l'homme à l'issue d'un test de la proportionnalité qui permet de vérifier la nécessité d'une telle différence de traitement, et d'en limiter les effets dans le temps. Si la majorité des affaires analysées dans lesquelles la

¹³³⁷ *Ibid.*, §161.

¹³³⁸ *Ibid.*, §167.

Cour maintient ou préconise une différence de traitement relèvent de cette logique – celle d’un différencialisme rendu compatible avec l’universalisme – il existe toutefois quelques cas spécifiques de mise en place ou de maintien d’une différence de traitement incompatible *a priori* avec l’universalisme. Dans ces cas, la Cour limite toutefois l’usage de ces traitements différenciés.

Section 2. Les différenciations incompatibles avec l’universalisme

451. Certaines différenciations sont incompatibles avec l’exigence universaliste car elles n’ont pas pour objectif final l’uniformité des traitements juridiques entre les individus, ni ne sont conditionnées (hypothèse de la dérogation) ou temporellement restreintes (hypothèse du rattrapage des inégalités persistantes). Dans l’arrêt rendu en décembre 2018 dans l’affaire *Molla Sali contre Grèce*¹³³⁹ par exemple, était en cause l’application possible du droit musulman (en lieu et place du droit civil) dans certains territoires cédés en 1920 par l’Empire ottoman (devenu la Turquie) à la Grèce en vertu du traité de Sèvres. Étaient notamment en cause les matières suivantes : « mariage, de divorce, de pension alimentaire, de tutelle, de curatelle, d’émancipation de mineurs, de testament islamique et de succession *ab intestat* »¹³⁴⁰. Il est ici possible de considérer une telle différenciation comme incompatible avec l’universalisme en ce que le droit s’adapte à une différence, ici l’appartenance à une communauté religieuse et à un territoire particulier, et prévoit des règles différentes. Le droit grec tel qu’il était mis en cause devant la Cour européenne des droits de l’Homme n’ignorait pas ces spécificités. Il admet même, et précisément, que les populations musulmanes de ces territoires cédés puissent opter pour le droit islamique, en contradiction avec une application universaliste du droit civil grec. Toutefois, et contrairement à ce qui est parfois affirmé¹³⁴¹, bien loin de donner un blanc-seing à une telle adaptation du droit aux différences, la Cour européenne des droits de l’homme est au contraire venue, dans cette affaire, l’encadrer et la limiter¹³⁴².

¹³³⁹ Cour EDH (GC), *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, *op. cit.* note 666.

¹³⁴⁰ Art. 5§2, Loi n°1920/1991, portant ratification de l’acte à caractère législatif du 24 décembre 1990 relatif aux ministres du culte musulman.

¹³⁴¹ G. PUPPINCK, « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *op. cit.* note 14.

¹³⁴² Pour une lecture plus nuancée de cet arrêt, V. notamment : K. A. ROKAS, « Molla Sali : l’apport de la CEDH à la problématique des relations entre religion, droit interne et droit international privé », *RDIA*, 2019, n° 2, pp. 448-465 ; Î. TSAVOUSOGLU, « The Curious Case of Molla Sali v. Greece: Legal Pluralism Through the Lens of the ECtHR », *Strasbourg Observers*, 11 janvier 2019, en ligne : <https://strasbourg.weichie.dev/2019/01/11/the-curious-case-of-molla-sali-v-greece-legal-pluralism-through-the-lens-of-the-ecthr/> (consulté le 10 mai 2022).

452. De manière générale, on constate que la Cour examine de telles adaptations du droit aux différences au regard des buts qu'elles poursuivent, usant de son contrôle de proportionnalité pour les limiter au besoin (1). De surcroît, elle use très peu de l'adaptation du droit aux différences dans l'ensemble de son contentieux (2).

1. Le rôle des justifications objectives et raisonnables

453. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, la compatibilité de la différenciation juridique avec l'universalisme est assurée grâce à l'application de conditions. À la lecture du contentieux de la Cour, la différenciation juridique ne sera compatible avec l'universalisme des droits et par suite admise qu'à la condition que celle-ci passe le test de proportionnalité (1.2.). Il est toutefois nécessaire de s'arrêter dans un premier temps sur la justification tirée de la jurisprudence *Stec et autres contre Royaume-Uni*¹³⁴³, c'est-à-dire lorsque la différenciation juridique est mise en œuvre pour corriger des « inégalités factuelles » entre groupes de personnes. En effet, cette justification semble particulière dans la jurisprudence conventionnelle, en ce que la Cour assigne à la différenciation un objectif légitime nécessaire de correction des inégalités. Il ressort de cette jurisprudence que les différences de traitement doivent être nécessaires pour être mises en œuvre. Toutefois, ces mesures présentent des risques que la seule référence à la correction des inégalités factuelles ne saurait estomper (1.1.).

1.1. La contrainte de nécessité pesant sur la différence de traitement

454. Dans le cas de figure de la jurisprudence *Stec et autres contre Royaume-Uni*¹³⁴⁴, à savoir celui de la correction d'« inégalités factuelles », la différence de traitement prévue s'inscrit dans le cadre du différencialisme correcteur mis en évidence par Olivia BUI-XUAN. En rupture avec un universalisme trop abstrait, ce type de mesures vise à lutter contre la persistance de discriminations en fait, et vient rendre plus effectif l'universalisme des droits. Elles sont « soutenues par une logique d'équité : elles rompent en effet avec la généralité de la règle de droit qui ne permettait pas de saisir la particularité de certaines situations ; destinées spécifiquement à un groupe de personnes victimes de discriminations, elles sont donc, en ce sens, une illustration de l'adaptabilité du droit aux situations particulières »¹³⁴⁵. Toutefois, de telles différenciations doivent nécessairement être conditionnées. Sans cela, elles risquent d'être discriminatoires. Yaël ATTAL-GALY rappelle ainsi que lorsque la différenciation s'inscrit dans

¹³⁴³ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §51.

¹³⁴⁴ *Ibid.*

¹³⁴⁵ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 221.

le long terme, elle peut mener à une marginalisation des individus bénéficiaires et à une stigmatisation¹³⁴⁶. De la même manière, Olivia BUI-XUAN relève les « risques de stigmatisation » et de « fragmentation de la société »¹³⁴⁷ qu’entraîneraient des différenciations juridiques. Autrement dit, le public visé par une mesure compensatoire peut donc être davantage stigmatisé à l’issue de la différenciation juridique, laquelle met la lumière sur la différence de départ – situationnelle ou identitaire – plus qu’elle ne l’estompe.

455. La différenciation juridique risquera également d’entraîner une discrimination à rebours¹³⁴⁸, c’est-à-dire que les individus ne bénéficiant pas de la différence de traitement mise en place pour pallier une inégalité de fait persistante pourront être désavantagés par rapport aux bénéficiaires de ladite différenciation juridique et par suite être discriminés.

456. Le conditionnement de l’usage des différenciations juridiques pour pallier des inégalités factuelles persistantes est donc nécessaire à plus d’un titre. D’une part, il permet d’éviter que la différence de traitement mise en œuvre dans le cadre d’un différencialisme compensatoire ou correcteur ne se transforme en une discrimination à l’égard des individus exclus de son bénéfice, ou que cette différence de traitement ne participe à la marginalisation de la population qu’elle était censée soutenir. D’autre part, il permet de sauvegarder la compatibilité de la différence de traitement avec l’universalisme des droits en s’assurant que celle-ci poursuit bel et bien un intérêt général ou un but légitime.

457. Au regard des risques que la différenciation juridique présente, la seule justification de la correction des inégalités factuelles ne saurait ainsi suffire à rendre compatible la différence de traitement avec l’universalisme des droits. Le test de la proportionnalité devient alors d’autant plus important qu’il permet de trier entre les différences de traitement admises au titre de l’article 14 et celles qui ne le sont pas.

¹³⁴⁶ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l’homme et catégories d’individus*, *op. cit.* note 437, pp. 499 et s.

¹³⁴⁷ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, pp. 88 et s.

¹³⁴⁸ Sur la notion V. M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l’épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.* note 217, p. 135 (à vérifier : Chapitre 2 Section 2) ; B. RENAULD, « Les discriminations positives. Plus ou moins d’égalité », *op. cit.* note 253, p. 430, not. p. 430 à propos de la discrimination positive : « si la discrimination positive entend corriger les effets d’une discrimination, elle aura à son tour un effet discriminatoire, non pas à l’égard du groupe, mais à l’égard d’individus qui se verront exclus de son bénéfice » ; Y. ATTAL-GALY, *Droits de l’homme et catégories d’individus*, *op. cit.* note 437, not. p. 281, la discrimination à rebours étant expliquée étant la situation où « habiller Pierre s’effectue en déshabillant Paul » ; sur la prise en compte par le droit de l’Union européenne de cette notion, V. E. CHEVALIER, « Discrimination à rebours », in C. BOYER-CAPELE, D. THARAUD, *Dictionnaire juridique de l’égalité et de la non-discrimination*, Paris, L’Harmattan, Le Droit aujourd’hui, 2021, pp. 109-110.

1.2. La contrainte de la proportionnalité pesant sur la différence de traitement

458. Comme le rappelle Édouard DUBOUT, « irradiant l'ensemble du contentieux des droits fondamentaux, le principe de proportionnalité pénètre inévitablement le contrôle de l'égalité »¹³⁴⁹. Ce contrôle est incontournable et nécessaire à la validité et à la légitimité des distinctions juridiques opérées par les États. Avant de s'intéresser à son rôle, il convient tout d'abord de définir ce qu'est la proportionnalité. Dans son sens générique, la proportionnalité renvoie à un « rapport de proportion »¹³⁵⁰ entre deux grandeurs, objets, valeurs, etc. Le contrôle de la proportionnalité, opéré par les juges, a un caractère déterminant dans les régimes juridiques relatifs aux différenciations juridiques admises.

459. Comme le précise Rémy HERNU, « la jurisprudence relative à l'interdiction de la discrimination a conféré une place essentielle au respect de l'exigence de proportionnalité »¹³⁵¹. À notre sens, le test de la proportionnalité a pour but de vérifier la compatibilité d'un principe d'égalité universaliste qui a vocation à ce que des traitements identiques soient appliqués aux individus, et la dérogation à ce principe, elle aussi universaliste, qui admet que certaines distinctions soient possibles si elles poursuivent un intérêt général ou un but légitime. Avant d'étudier plus en profondeur le test de la proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de la jurisprudence de l'article 14 (b), il convient de rappeler les principes du contrôle de proportionnalité (a).

a. Les principes du contrôle de proportionnalité

460. Rappeler que le contrôle de la proportionnalité s'est largement diffusé en droit et se manifeste dans de nombreux ordres juridiques relève du lieu commun. Toutefois, étudier la manière dont ce contrôle s'opère dans le cadre de l'article 14 de la Convention, clause qui n'est pas autonome et complète les dispositions substantielles de la Convention, nécessite au préalable de s'intéresser aux principes généraux encadrant le contrôle de proportionnalité (i) et aux principes applicables dans le système conventionnel (ii).

¹³⁴⁹ E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p.542.

¹³⁵⁰ « Proportionnalité », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, 2022, en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/proportionnalit%C3%A9> (consulté le 5 avril 2022).

¹³⁵¹ R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.* note 469, p. 431.

i. Les principes généraux

461. Il convient tout d'abord de distinguer le principe de proportionnalité du contrôle de proportionnalité. Le principe de proportionnalité est un « principe de modération du pouvoir »¹³⁵² qui vise « à protéger les droits fondamentaux contre les empiétements de la puissance publique »¹³⁵³. Il a été forgé en Allemagne, d'abord dans la jurisprudence de la Cour administrative suprême de Prusse, puis s'est développé de manière « spectaculaire »¹³⁵⁴ avec la Loi fondamentale de 1949 et sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹³⁵⁵. En Allemagne, le contrôle de proportionnalité quant à lui « est un test structuré et formel visant à estimer si une limitation portée à un ou plusieurs droits fondamentaux est justifiée et donc conforme au texte protégeant ce droit »¹³⁵⁶. Comme le rappelle Guillaume CHETARD, « [transmis] de la jurisprudence administrative au droit constitutionnel de la République fédérale, le principe [de proportionnalité] a connu une diffusion considérable après la Seconde Guerre mondiale, par la succession d'un mouvement d'intégration dans les instruments de droit international et d'un mouvement de transmission aux systèmes constitutionnels de droits nationaux »¹³⁵⁷. D'une « technique juridique de pesée ou de comparaison des intérêts en conflit » créée par la jurisprudence allemande¹³⁵⁸, le contrôle de la proportionnalité s'est peu à peu construit, puis diffusé, selon une structure tripartite employée pour la première fois par la Cour constitutionnelle fédérale allemande en 1958¹³⁵⁹ : l'adéquation de la mesure à son but, la nécessité de la mesure pour permettre la réalisation de ce but, et enfin la proportionnalité *stricto sensu* de la mesure. Une telle structure tripartite sera reprise dans de nombreux ordres juridiques et notamment dans le système de la Convention aux fins du contrôle de la proportionnalité des ingérences aux droits garantis par celle-ci.

¹³⁵² M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, p. 156.

¹³⁵³ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme : De quoi est-il question ? », *La Semaine Juridique Édition Générale*, 13 mars 2017, n° 11, p. 289.

¹³⁵⁴ M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *op. cit.* note 1351, p. 156.

¹³⁵⁵ Pour une analyse spécifique de l'origine allemande du principe de proportionnalité, voir : A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge Studies in Constitutional Law, 2012, pp. 178 et s ; I. PORAT, M. COHEN-ELIYA, « American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins », *International Journal of Constitutional Law*, 2010, vol. 8, p. 263.

¹³⁵⁶ A. RIVIERE, *Le juge européen et les droits sociaux en temps de crise économique*, Thèse de doctorat dact., Université de Strasbourg, 2022, p. 312.

¹³⁵⁷ G. CHETARD, *La proportionnalité de la répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, Bayonne, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, Collection des Thèses n°197, 2020, p. 35.

¹³⁵⁸ BVerfG, *Lüth*, 15 janvier 1958, n° 198, *BVerfGE*, 7.

¹³⁵⁹ BVerfG, *Apotheken-Urteil*, 11 juin 1958, n° 377, *BVerfGE*, 7. Nous nous fondons ici sur l'explication donnée de cette jurisprudence par G. CHETARD, *La proportionnalité de la répression*, *op. cit.* note 1356, p. 36.

ii. *Les principes dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*

462. La Convention européenne des droits de l'homme ne consacre pas le concept de proportionnalité : si certains droits garantis par la Convention sont accompagnés d'une « *limitation clause* », ou clause d'ordre public, le concept de proportionnalité en tant que tel n'apparaît pas dans la Convention¹³⁶⁰. Pourtant, « la proportionnalité est partout dans la Convention européenne »¹³⁶¹. Ceci s'explique tout d'abord par le fait que la Cour européenne des droits de l'homme s'est très tôt prononcée sur ce principe. Ainsi, comme le rappelle Frédéric SUDRE¹³⁶², dès l'*Affaire linguistique belge*, la Cour affirme que « la Convention implique (...) un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers »¹³⁶³. Elle précise par ailleurs à propos de l'article 14 qu'il « n'empêche pas une distinction de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention »¹³⁶⁴. Cela s'explique également par l'interprétation donnée à la nécessité depuis l'arrêt *Handyside contre Royaume-Uni*¹³⁶⁵. La Cour y précise le sens des termes employés dans la « *limitation clause* » de l'article 10, interprétation qui peut s'étendre aux autres clauses d'ordre public contenues dans les articles 8 à 11 de la Convention. Elle compare notamment les termes employés dans ces clauses d'ordre public – et notamment l'adjectif « nécessaire » – avec les adjectifs employés dans d'autres dispositions de la Convention¹³⁶⁶. La nécessité devant la Cour européenne des droits de l'homme a donc un sens plus large que celui donné à ce concept par la Cour fédérale allemande¹³⁶⁷, le juge strasbourgeois précisant que : « toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but

¹³⁶⁰ A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, *op. cit.* note 1354, pp. 183-184.

¹³⁶¹ G. CHETARD, *La proportionnalité de la répression*, *op. cit.* note 1356, p. 40.

¹³⁶² F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme : De quoi est-il question ? », *op. cit.* note 1352, p. 289.

¹³⁶³ Cour EDH [plén.], « *Affaire linguistique belge* », 23 juillet 1968, *op. cit.* note 133, §5.

¹³⁶⁴ *Ibid.*, §7.

¹³⁶⁵ Cour EDH [plén.], *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 1056.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, §48 : « si l'adjectif "nécessaire", au sens de l'article 10 par. 2, n'est pas synonyme d'"indispensable", les mots "absolument nécessaire" et "strictement nécessaire" et, à l'article 15 par. 1, le membre de phrase "dans la stricte mesure où la situation l'exige", il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'"admissible", "normal", "utile", "raisonnable" ou "opportun". Il n'en appartient pas moins aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de "nécessité" ».

¹³⁶⁷ G. CHETARD, *La proportionnalité de la répression*, *op. cit.* note 1356, p. 41.

légitime poursuivi »¹³⁶⁸. Le principe de proportionnalité consacré par la Cour sert à la fois d'instrument de contrôle des restrictions aux droits fondamentaux, d'harmonisation des ordres juridiques nationaux et conventionnels (la Cour insistant largement sur le principe de subsidiarité dans sa jurisprudence *Handyside*¹³⁶⁹) et de répartition des compétences. Allant plus loin, enfin, le Juge PETTITI élève le principe de proportionnalité au rang de « règle d'or de la jurisprudence européenne des droits de l'Homme »¹³⁷⁰.

463. Pour bien comprendre le fonctionnement du principe de proportionnalité dans le système conventionnel, il convient tout d'abord de s'intéresser aux fonctions remplies par ce principe. Sébastien VAN DROOGHENBROECK démontre notamment que la proportionnalité remplit une fonction d'arbitrage entre des intérêts conflictuels juridiquement protégés, intervenant à deux niveaux distincts : afin d'apprécier la validité des limitations étatiques apportées à des droits garantis par la Convention – ce que l'auteur appelle la proportionnalité-appréciation – ; ou afin de statuer sur l'existence et la portée de droits protégés par la Convention ou d'obligations étatiques – ce que l'auteur nomme la proportionnalité-interprétation¹³⁷¹. Les clauses d'ordre public contenues aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention renvoient ainsi à une logique de proportionnalité-appréciation en ce que la Convention vient elle-même réglementer les limitations pouvant être apportées aux droits garantis par ces articles : la restriction étatique doit être « prévue par la loi » et « nécessaire dans une société démocratique » selon les termes de ces clauses. De même pour l'auteur – et bien que cela puisse faire débat en doctrine¹³⁷² – la proportionnalité dans le cadre de l'article 14 relève d'une logique de proportionnalité-appréciation. Prenant appui sur *l'Affaire linguistique belge*, il explique que « [l]'extension du champ d'application de l'article 14 que réalise la Cour se trouve immédiatement tempérée par une interprétation étroite de la portée du principe d'égalité, lequel ne s'oppose pas, selon la Cour, à ce que des distinctions de traitement puissent être justifiées, sous condition, notamment et précisément, de proportionnalité »¹³⁷³. Or,

¹³⁶⁸ Cour EDH [plén.], *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 1056, §49.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, §§48-49.

¹³⁷⁰ L.-E. PETTITI et al., *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Paris, Economica, 2e éd, 1999, p. 33 « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention ».

¹³⁷¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, Droit, 2001, pp. 74 et s.

¹³⁷² V. pour un point de vue différent : J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 7e édition, 2016, pp. 52 et s.

¹³⁷³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.* note 1370, pp. 106-107.

une telle structure de raisonnement, que certains qualifient de « *two-fold test* »¹³⁷⁴, c'est-à-dire dans un premier temps l'observation de l'atteinte matérielle au droit garanti et dans un second temps l'observation des justifications à une telle différence de traitement, renvoie directement à la logique de la proportionnalité-appréciation.

464. L'étape du raisonnement du juge lors de laquelle il examine les justifications apportées par l'État à l'existence d'une apparence de discrimination – c'est-à-dire l'existence d'une différence de traitement dans le cas d'une allégation de discrimination par différenciation, ou l'existence d'une absence de différence de traitement dans le cas d'une allégation de discrimination par absence de différenciation – relève ainsi d'une logique de proportionnalité. Ce test permet notamment de contrôler la légitimité d'une différence de traitement, qu'elle soit mise en œuvre par l'État ou préconisée par la Cour.

b. Le test des justifications objectives et raisonnables dans le cadre du contrôle de la légitimité des différences de traitement

465. Dans le raisonnement juridique de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de non-discrimination, le contrôle de proportionnalité se mue en un contrôle des justifications objectives et raisonnables à l'existence d'une différence de traitement. Ceci s'explique par le fait que l'article 14 n'interdit pas toutes les distinctions, mais seulement celles qui sont injustifiées.

466. Ce test de la proportionnalité se retrouve également devant la Cour de justice de l'Union européenne qui impose une obligation de veiller au caractère « [approprié et nécessaire] à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis »¹³⁷⁵ des différences de traitement fondées sur un motif prohibé de discrimination. Aurélia DE TONNAC examine longuement dans sa thèse l'importance de ce contrôle dans le régime de l'action positive en droit de l'Union

¹³⁷⁴ *Ibid.* V. également l'opinion en partie dissidente du juge MARIDAKIS sous Cour EDH [plén.], « *Affaire linguistique belge* », 23 juillet 1968, *op. cit.* note 133.

¹³⁷⁵ V.CJCE, *Schröder c. Hauptzollamt Gronau*, aff. 265/87, *ECLI:EU:C:1989:303*, pt. 21 : « Le principe de proportionnalité est reconnu par une jurisprudence constante de la Cour comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire. En vertu de ce principe, la légalité de mesures imposant des charges financières aux opérateurs est subordonnée à la condition que ces mesures soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés ».

européenne¹³⁷⁶. Elle y démontre que le contrôle de proportionnalité élaboré par la Cour de justice « reflète clairement la volonté d'éviter que des atteintes excessives ne soient portées à ce droit fondamental, et de maintenir la hiérarchie entre la règle générale et les régimes dérogatoires, malgré leur nombre »¹³⁷⁷. De même, le Conseil constitutionnel français s'est largement inspiré des jurisprudences constitutionnelles allemandes et communautaires pour construire son propre contrôle de proportionnalité¹³⁷⁸ autour des trois exigences classiques : l'adéquation, la nécessité et la stricte proportionnalité. La mesure analysée par le juge constitutionnel français doit donc être adéquate – c'est-à-dire susceptible de permettre la réalisation du but recherché – ; elle doit être nécessaire – c'est-à-dire qu'elle ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi – ; elle doit être strictement proportionnée – c'est-à-dire qu'elle doit ménager une juste proportion entre les moyens utilisés, les charges qu'elle fait peser sur la collectivité et le but poursuivi. En matière d'application du principe d'égalité, un tel contrôle permet de s'assurer que la différence de traitement n'est pas absolument prohibée par la Constitution soit par l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, soit par les alinéas 1 ou 3 du Préambule de la Constitution de 1946, mais ce n'est pas là qu'il joue son rôle le plus essentiel puisqu'il suffit alors de s'intéresser au motif fondant la distinction (l'origine, la race, les croyances ou le sexe). Le contrôle de proportionnalité est surtout utilisé devant le Conseil constitutionnel pour vérifier que la différence de traitement n'est pas relativement prohibée, soit parce qu'elle se fonde sur une différence de situations des administrés¹³⁷⁹, soit parce qu'elle est justifiée par une nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi qui l'institue. Pour le Conseil constitutionnel, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le 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 »¹³⁸⁰.

¹³⁷⁶ A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 245, pp. 466 et s.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, p. 467.

¹³⁷⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel | Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2007, n° 22, Dossier "Le réalisme en droit constitutionnel", en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-de-proportionnalite-exerce-par-le-conseil-constitutionnel> (consulté le 5 avril 2022).

¹³⁷⁹ V. Conseil constitutionnel, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, 12 juillet 1979, n°79-107 DC, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, p. 1691, cons. 4 : « Considérant, d'autre part, 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 ». V. également, par exemple pour les différences de traitement entre les conjoints mariés et les partenaires pacsés : Conseil constitutionnel, *Mme Lejay-Lefebvre*, 29 juillet 2019, n° 2011-155 QPC, *AJDA*, p. 1591.

¹³⁸⁰ Conseil constitutionnel, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, 29 juillet 1998, *op. cit.* note 1229.

467. On retrouve l'idée de « but légitime », présente dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle contrôle la proportionnalité de la mesure différencialiste avec le but poursuivi. À cela s'ajoute que, pour certaines discriminations, la marge d'appréciation des États pour mettre en œuvre une différence de traitement est restreinte. La doctrine de la marge nationale d'appréciation est importante dans le système conventionnel : elle garantit aux États le respect de leurs spécificités nationales et empêche une ingérence de l'organisation européenne dans les choix démocratiques des États. Elle prend sa source dans le principe de subsidiarité, reconnu de longue date par la Cour¹³⁸¹ et consacré dans le Préambule de la Convention depuis l'entrée en vigueur de l'article 1^{er} du Protocole n°15¹³⁸². Par principe, la marge d'appréciation accordée aux États est restreinte en matière de discrimination fondée sur le sexe¹³⁸³, ou encore si un groupe vulnérable est affecté par la mesure litigieuse¹³⁸⁴. Ceci permet de limiter la possibilité que les États mettent en œuvre des différenciations illégitimes ou contraires aux objectifs du Conseil de l'Europe.

¹³⁸¹ Cour EDH [plén.], *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 1056, §48 : « La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme. [...] Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre [...] ». Nous soulignons.

¹³⁸² Protocole n°15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 24 juin 2013, STCE n°213, entré en vigueur le 1^{er} août 2021, art. 1^{er} : « À la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit : "Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention" ».

¹³⁸³ Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, *op. cit.* note 85, §52 : « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe ». Cette affirmation reste à nuancer puisque la Cour a reconnu une large marge d'appréciation aux États en matière de politiques économiques et sociales. Dans ce cas de figure, les principes posés par la Cour entrent en contradiction : d'un côté, la marge d'appréciation devrait être restreinte en matière de discrimination fondée exclusivement sur le sexe ; de l'autre, elle devrait être large en matière économique ou sociale. Dans l'affaire *Stec*, la Cour fait primer la large marge d'appréciation en matière économique et sociale. Cette solution sera confirmée par la suite. V. Cour EDH, 5^{ème} Section, *Andrle c. République tchèque*, 17 février 2011, *op. cit.* note 940, §§48-50 : « *The Contracting State enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify different treatment (...). The scope of this margin will vary according to circumstances, subject matter and background [...]. As a general rule, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention (...). On the other hand, a wide margin is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy. Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are, in principle, better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the State's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation" ».*

¹³⁸⁴ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.* note 217, p. 205.

468. Pour bien comprendre ce test de proportionnalité mis en œuvre par la Cour, l'analyse de l'arrêt *Fretté contre France*, dans lequel la juridiction strasbourgeoise développe largement ce contrôle, est particulièrement intéressante. En l'espèce, le requérant avait fait une demande d'agrément préalable en vue d'adopter un enfant. La Direction des Affaires Sanitaires et Sociales (DASS) ouvre alors une enquête au cours de laquelle le requérant est notamment entendu par un psychologue qui l'invite fermement à ne pas poursuivre la procédure de demande d'agrément. L'agrément est finalement refusé et le requérant forme un recours gracieux contre ce refus, lequel est lui aussi rejeté. Il dépose alors un recours en excès de pouvoir devant le tribunal administratif de Paris pour demander l'annulation des décisions de refus de son agrément. Le tribunal administratif fait droit au requérant, estimant que le premier motif de refus d'agrément était « une périphrase par laquelle l'administration n'a pu qu'entendre se prévaloir du célibat » du requérant¹³⁸⁵. Toutefois, en appel devant le Conseil d'État, le refus d'agrément est confirmé, en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Le requérant allègue alors devant la Cour européenne des droits de l'homme d'une violation des articles 8 et 14, considérant que la décision de refus était en réalité fondée sur son orientation sexuelle, puisque la législation française autorisait l'adoption d'un enfant par un seul parent adoptif célibataire. Pour la Cour, le fait que les décisions rendues par la DASS puis les juridictions françaises ne mentionnent pas l'homosexualité du requérant ne prouve pas que celle-ci n'a pas été prise en considération¹³⁸⁶. Au terme de son analyse de la proportionnalité de la différence de traitement subie, la Cour rappelle qu'« une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » »¹³⁸⁷. La Cour relève alors dans un premier temps l'existence d'un but légitime, à savoir « protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption, pour laquelle l'octroi d'agrément constitue en principe une condition préalable ». Mais elle rappelle que la seule présence d'un but légitime est insuffisante pour justifier du bien-fondé d'une telle différence de traitement puisqu'elle ajoute dans la foulée qu'« il reste à savoir si la deuxième condition, l'existence de la justification d'un traitement différencié, se trouve elle aussi remplie »¹³⁸⁸. L'existence d'un but légitime et la

¹³⁸⁵ Cour EDH, 3ème Section, *Fretté c. France*, 26 février 2002, req. n° 36515/97, *Rec. CEDH 2002-I*, §13.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, §32.

¹³⁸⁷ *Ibid.*, §34. La Cour s'appuie notamment sur la jurisprudence *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*. V. Cour EDH, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, *op. cit.* note 552, §24.

¹³⁸⁸ Cour EDH, 3ème Section, *Fretté c. France*, 26 février 2002, *op. cit.* note 1384, §38.

justification objective et raisonnable sont ainsi les deux conditions cumulatives posées par la Cour permettant un juste rapport de proportionnalité et par suite de valider ou non l'existence d'une différence de traitement. La Cour conclura d'ailleurs en l'espèce à l'existence d'une justification objective et raisonnable de la différence de traitement litigieuse car « l'adoption est "donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille" et l'État doit veiller à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent lui offrir, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables [...]. [Or,] force est de constater que la communauté scientifique – et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues – est divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels, compte tenu notamment du nombre restreint d'études scientifiques réalisées sur la question à ce jour. S'ajoutent à cela les profondes divergences des options publiques nationales et internationales, sans compter le constat de l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes. Dans ces conditions, les autorités nationales [...] ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait selon l'article 343-1 du Code civil trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soient remis en cause ses choix personnels »¹³⁸⁹. Au-delà du cas d'espèce spécifique, et de la pertinence des critiques sur le fond¹³⁹⁰ de cette décision, cet arrêt est éclairant sur la manière dont la Cour considère le test de la proportionnalité. Frédéric SUDRE à ce propos précise que « [la] justification objective et raisonnable » d'une différence de traitement est, de jurisprudence constante, celle qui poursuit un « but légitime » dans une société démocratique et respecte « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹³⁹¹. Pour Hélène SURREL, « [le] juge de Strasbourg distingue [...] deux formes de contrôle qu'il est susceptible d'opérer en affirmant qu'une distinction "manque de justification objective et raisonnable", lorsqu'elle ne poursuit pas un "but légitime" [ou] s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé". Il pratique, en effet, un contrôle de la finalité de la distinction et, en l'absence de but légitime, ne peut que constater l'existence d'une discrimination »¹³⁹². De fait, le test des justifications objectives et raisonnables repose donc sur un contrôle de la finalité de la différence de traitement (le but

¹³⁸⁹ *Ibid.*, §42.

¹³⁹⁰ V. par exemple : J.-P. MARGUENAUD, « Volte-face européenne sur le droit du célibataire homosexuel de pouvoir adopter », *RTD Civ.*, 2008, p. 249.

¹³⁹¹ F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. note 86, p. 110.

¹³⁹² H. SURREL, « La sanction des discriminations par la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre VII [en ligne]*, Le principe d'égalité, avril 2020, n° 4, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-sanction-des-discriminations-par-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme> (consulté le 17 mai 2022).

légitime) et de la proportionnalité (le rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé). Le contrôle de la finalité joue dans deux cas de figure dans la jurisprudence conventionnelle : soit en permettant la contestation du but avancé par l'État défendeur¹³⁹³ ; soit, en l'absence de justification avancée par l'État, en révélant un but illégitime fondé sur un motif discriminatoire¹³⁹⁴.

469. Fondé sur ces deux conditions cumulatives du but légitime et du caractère raisonnable des justifications apportées, le test de la proportionnalité permet par conséquent un tri efficace entre les différenciations juridiques nécessaires ou légitimes et celles qui seraient discriminatoires. Seules les premières peuvent être compatibles avec une conception universaliste des droits de l'homme dans laquelle une différence de traitement peut poursuivre un intérêt légitime.

¹³⁹³ V. par exemple : Cour EDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, *op. cit.* note 520, §45 : « Quant au gouvernement autrichien, il soutient que la disposition légale en question n'est pas discriminatoire. La distinction de traitement reposerait sur l'idée que l'Etat a une responsabilité particulière envers ses propres ressortissants, qu'il doit les prendre en charge et subvenir à leurs besoins essentiels. Par ailleurs, les articles 33 et 34 de la loi sur l'assurance chômage prévoieraient certaines exceptions à la condition de nationalité. Enfin, à l'époque des faits, l'Autriche n'aurait été tenue par aucune obligation contractuelle de verser l'allocation d'urgence à des ressortissants turcs » ; Cour EDH, *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, *op. cit.* note 493, §37 : « Le Gouvernement conteste qu'il y ait eu une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations analogues. Les femmes âgées de quarante-cinq ans et plus différeraient fondamentalement des hommes du même âge en ce que, pour des raisons d'ordre biologique, elles auraient beaucoup moins de chances de pouvoir procréer. Dans la mesure où il faudrait supposer qu'il y a eu distinction de traitement entre des personnes placées dans des situations analogues, la différence biologique évoquée ci-dessus constituerait en soi une justification objective et raisonnable suffisante. De surcroît, lorsque la règle en question avait été adoptée, elle avait été justifiée par les attitudes sociales qui prévalaient à l'époque: on était parti de l'idée que les femmes qui n'avaient pas d'enfants et qui selon toute vraisemblance n'en auraient jamais souffraient de cette situation, et on avait jugé qu'il serait incorrect de leur imposer la charge émotionnelle supplémentaire d'avoir à verser des contributions au titre d'un régime d'allocations familiales ».

¹³⁹⁴ À ce propos, Hélène SURREL estime que la Cour « doit donc en quelque sorte débusquer le but caché comme dans l'affaire *Schuler Zraggen c/ Suisse* dans laquelle était en cause la motivation discriminatoire d'une décision judiciaire ». H. SURREL, « La sanction des discriminations par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 1391. V. également : Cour EDH, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, req. n°14518/89, *Série A n°263*, §64 : « D'après la requérante, le Tribunal fédéral des assurances a fondé son arrêt sur une "hypothèse tirée de l'expérience de la vie courante", à savoir que nombre de femmes mariées interrompent leur activité professionnelle à la naissance de leur premier enfant et ne la reprennent que plus tard (...). Il en a déduit que Mme Schuler-Zraggen aurait renoncé à un emploi même si elle n'avait pas eu de problèmes de santé. Or la requérante estime que si elle appartenait au sexe masculin, jamais la haute juridiction n'aurait formulé pareille supposition, contredite par de multiples études scientifiques » ; et §67 : « Telle qu'elle se trouve formulée dans l'arrêt de la juridiction suprême, l'hypothèse en question ne peut passer, comme l'affirme le Gouvernement, pour une simple remarque accessoire, à la rédaction maladroite mais à l'incidence négligeable. Elle constitue au contraire l'unique base de la motivation adoptée, revêtant ainsi un caractère décisif, et introduit une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe ». Pour d'autres illustrations, V. Cour EDH, 2ème Section, *Timichev c. Russie*, 13 décembre 2005, req. n°55762/00 et 55974/00, *Rec. CEDH 2005-XII*, §§56 et 58 ; Cour EDH, 3ème Section, *Cobzaru c. Roumanie*, 26 juillet 2007, *op. cit.* note 749, §100.

470. C'est le cas par exemple lorsque la différence de traitement qui fait l'objet du litige est fondée sur la nécessité juridique de distinguer des catégories juridiques différentes. La Cour a ainsi pu rappeler par exemple qu'une « distinction litigieuse ne s'applique pas à différents groupes de personnes, mais différents types d'infraction, selon la gravité que leur reconnaît le législateur », selon la jurisprudence constante de la Grande Chambre depuis l'affaire *Gerger contre Turquie*¹³⁹⁵. À la suite de cette affaire, la Cour applique ce principe par exemple dans l'affaire *Tapkan et autres contre Turquie*¹³⁹⁶ en 2007 dans laquelle la différence de traitement ne reposait pas sur l'appartenance du requérant à un groupe de personnes, mais sur l'existence en droit pénal de différents types d'infractions pour lesquels il est admis que l'État prévoit des différences dans la procédure pénale. De même, la différence de traitement sera considérée comme justifiée et raisonnable si le requérant n'est pas apte à apporter un commencement de preuve de la discrimination qu'il allègue, ou de son appartenance à un groupe de personnes caractérisé par un critère de discrimination prohibé. Ainsi, dans l'affaire *Kosteski contre « Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, le requérant désirait obtenir un aménagement raisonnable de son temps de travail pour pouvoir participer à une fête musulmane. La Cour estime que « *the applicant was making claim to a privilege or exemption to which he was not entitled unless he was a member of the faith concerned and in circumstances which arguably gave rise to doubts as his entitlement. As found above under Article 9, it was not unreasonable or disproportionate to require him to show some level of substantiation of his claim* »¹³⁹⁷.

471. Les différences de traitement ne sont ainsi pas fondamentalement incompatibles avec une conception universaliste de l'égalité, laquelle peut admettre sous certaines conditions, dont le test des justifications objectives et raisonnables assure le contrôle, qu'une différenciation juridique entre individus soit utile ou légitime. Le contrôle du but légitime et de la proportionnalité des différences de traitement permet ainsi de limiter les différenciations juridiques inadmissibles, et notamment celles qui le sont au regard de leur incompatibilité avec une conception universaliste des droits. De telles situations, dans lesquelles une différenciation est l'option validée par le juge, sont effectivement présentes dans le contentieux de la Cour européenne des droits de l'homme. Elles sont toutefois moins nombreuses que les situations

¹³⁹⁵ Cour EDH (GC), *Gerger c. Turquie*, 8 juillet 1999, *op. cit.* note 543, §69.

¹³⁹⁶ Cour EDH, 3ème Section, *Tapkan et autres c. Turquie*, 20 septembre 2007, req. n° 66400/01, not. §58.

¹³⁹⁷ Cour EDH, 3ème Section, *Kosteski c. « L'ex-République Yougoslave de Macédoine »*, 13 avril 2006, req. n° 55170/00, §46.

dans lesquelles la Cour applique le principe de non-discrimination comme une nécessaire indifférence aux différences.

2. Une jurisprudence minoritaire

472. Certaines différenciations apparaissent ainsi incompatibles avec l'exigence universaliste d'égalité entre tous les individus, car elles ne visent pas l'uniformité des traitements juridiques (c'est notamment le cas lorsqu'il s'agit de demandes d'exemption) ni ne sont conditionnées ou temporellement restreintes¹³⁹⁸. Les actes qui ont pour effet de mettre en place ces différences de traitement incompatibles avec l'universalisme sont essentiellement des mesures positives.

473. Il convient pour commencer de revenir sur cette terminologie, qui peut renvoyer dans le discours doctrinal à la fois à la discrimination positive, aux actions positives ou encore aux traitements préférentiels. Comme le soulève Aurélia DE TONNAC, « [en] raison de la place essentielle qu'occupe l'égalité dans les systèmes juridiques occidentaux et de la quantité de travaux qui lui ont été consacrés, la discrimination positive "est devenue un passage obligé, une figure imposée de bon nombre de thèses, soit indirectement, soit directement". Le résultat est une profusion de définitions et certainement le règne de la confusion »¹³⁹⁹. Morgan SWEENEY estime que « la philosophie des actions positives est l'égalisation par la différence. Il s'agit de mettre en œuvre des mesures en faveur d'un groupe de personnes discriminées afin de compenser ou de prévenir des discriminations à l'œuvre en pratique. Elles s'inscrivent dans une philosophie d'égalité substantielle qui vise à atteindre une égalité réelle entre les groupes. L'action positive constitue une différence de droit pour lutter contre les inégalités de fait »¹⁴⁰⁰. Elle est la traduction de l'*affirmative action* états-unienne¹⁴⁰¹, laquelle « [précise] plus rigoureusement les catégories bénéficiaires de ces mesures »¹⁴⁰². Pour Daniel SABBAGH, les

¹³⁹⁸ V. l'analyse développée dans C. LANGLAIS-FONTAINE, « Le communautarisme dans le contentieux des droits de l'homme. De la pertinence des critiques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Paris, Éditions A. Pedone, Publications du Centre de Recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire, 2019, pp. 181-197.

¹³⁹⁹ A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 245, p. 7.

¹⁴⁰⁰ M. SWEENEY, « Action positive », *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 19-21.

¹⁴⁰¹ Pour des études de référence, V. G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, Paris, LGDJ, 1998 ; D. SABBAGH, *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003.

¹⁴⁰² A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 245, p. 8.

bénéficiaires de l'*affirmative action* sont les « membres de divers groupes définis suite à un processus d'assignation identitaire – et ayant été soumis dans le passé à un régime juridique discriminatoire d'ampleur variable »¹⁴⁰³. Au titre de ces mesures, on trouve généralement les différenciations admises sous le vocable de « discriminations positives »¹⁴⁰⁴ qui posent problème en ce qu'elles imposent de « dépasser le cadre traditionnel de l'égalité formelle où l'égalité est dépendante d'une même règle de droit applicable à tous. Les discriminations positives, en établissant un traitement différent, viennent mettre en œuvre une égalité différenciatrice où les situations différentes sont traitées de manière différente »¹⁴⁰⁵. Pour Gwénaële CALVES, la discrimination positive « s'inscrit dans une logique de comblement d'un écart de développement économique et social et suppose donc, plus qu'un simple traitement différencié, l'instauration d'un véritable traitement préférentiel »¹⁴⁰⁶. On voit bien en quoi de telles mesures positives viennent bousculer la conception universaliste de l'égalité : si l'égalité concrète¹⁴⁰⁷ est bien l'objectif poursuivi par ces différenciations, cette égalité est assurée non par une même règle de droit applicable à tous, mais par une distinction entre des groupes de personnes, distinction justement fondée sur des critères réputés illégitimes. Objet de débat en doctrine¹⁴⁰⁸, le recours à de telles mesures positives, ou préférentielles, reste très restreint du point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁰⁹. En effet, si la Cour « admet sans conteste la compatibilité avec l'article 14 [de la Convention] d'une législation « positive »

¹⁴⁰³ D. SABBAGH, *L'égalité par le droit*, op. cit. note 1400, pp.2-3. V. également : J. MORRI, « Affirmative action », *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 23-24 : le mécanisme « désigne un ensemble de procédés consistant à accorder un traitement préférentiel à des groupes ou individus sous-représentés et/ou historiquement discriminés, dans le but d'établir ou de rétablir l'égalité. L'*affirmative action* se distingue ainsi de la simple prohibition des discriminations. Elle peut être à finalité explicitement réparatrice (remédier à des discriminations passées) ou être justifiées par un objectif plus large de promotion de la diversité ».

¹⁴⁰⁴ Pour une analyse de l'usage fait par la Cour de cette expression, V. *supra* §§63 à 65.

¹⁴⁰⁵ D. THARAUD, « Discrimination positive », *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 121-123.

¹⁴⁰⁶ G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, Que sais-je ? 3712, 2e édition mise à jour, 2008, p. 8.

¹⁴⁰⁷ Jérôme PORTA dans son article analyse trois approches de l'égalité concrète : l'égalité matérielle, l'égalité substantielle et l'égalité réelle. Il y définit l'égalité matérielle comme celle qui « [consister] à compenser [un] désavantage par l'allocation d'un droit spécifique ». L'égalité substantielle quant à elle « implique de traiter différemment des situations différentes » et « consiste à égaliser les moyens d'accéder à des biens sociaux (emploi, logement, etc...). Il s'agit en quelque sorte d'une égalité d'accès. Enfin, il y définit l'égalité réelle comme celle dont l'objectif est « de conférer effectivement une égale jouissance des biens sociaux et non plus une égale vocation à accéder à ces biens ». V. J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », op. cit. note 148, p. 354. À notre sens, les différenciations contraires à la conception universaliste des droits peuvent ressortir de ces trois modes de concrétisation de l'égalité.

¹⁴⁰⁸ V. par exemple : A.-M. LE POURHIET, « Discriminations positives ou injustice ? », op. cit. note 800, pp. 519-525. L'auteure considère notamment que les discriminations positives mènent à « créer une évidente accoutumance aux aides, préférences, et exonérations, de telle sorte qu'elles développent ce que l'on appelle une mentalité d'assistés ou d'ayants droit ». V. également A.-M. LE POURHIET, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », op. cit. note 87, pp. 166-177. V. également la réponse de Gwénaële CALVES à cet article : G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, 2001, vol. 5, n° 117, pp. 163-174.

¹⁴⁰⁹ V. *supra* §§63 à 65.

accordant un traitement préférentiel à telle ou telle catégorie »¹⁴¹⁰, nous avons vu en quoi le contrôle exercé par la Cour au stade des justifications objectives et raisonnables pouvait sensiblement en restreindre l'usage.

474. Parmi les mesures pouvant passer pour une adaptation différencialiste du droit, les aménagements raisonnables, admis dans une certaine mesure devant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴¹¹, font particulièrement l'objet de critiques. Ces mesures prévoient une adaptation individuelle du droit aux différences. Elles visent à lutter contre une certaine conception des inégalités, comme le rappelle Jérôme PORTA : « pareille conception de l'inégalité comme disparité dans les capacités à jouir de certains biens appelle un régime propre de réalisation de l'égalité. Ni la suppression des discriminations, ni la compensation de l'inégalité de fait par l'allocation de droits ou d'avantages ne suffisant pour satisfaire aux impératifs de l'égalité substantielle. Ce que requiert la concrétisation de l'égalité n'est alors rien moins que l'aménagement de l'environnement social »¹⁴¹². La juridiction strasbourgeoise considère les aménagements raisonnables comme une réponse possible à une discrimination sociétale envers une catégorie de personnes¹⁴¹³ strictement identifiée, discrimination qui perdure dans le temps malgré la mise en place de normes visant l'égalité juridique ou formelle¹⁴¹⁴. Comme le rappellent Emmanuelle BRIBOSIA, Julie RINGELHEIM et Isabelle RORIVE, cette admission des aménagements raisonnables dans le droit conventionnel de la non-discrimination est fortement liée à la jurisprudence *Thlimmenos*, puisqu'en vertu de cette jurisprudence « l'État peut être requis d'aménager une norme générale, le cas échéant en prévoyant des exceptions appropriées »¹⁴¹⁵. Toutefois, la Cour n'a pas pleinement tiré les conséquences de ce principe, certains aménagements raisonnables restant prohibés sur le fondement de l'article 14 comme dans l'arrêt *Kosteski contre « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*¹⁴¹⁶. En l'espèce, le requérant demandait à bénéficier d'un aménagement

¹⁴¹⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.* note 82, p. 433.

¹⁴¹¹ V. *supra* §§313 et s.

¹⁴¹² J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354.

¹⁴¹³ B. RENAULD, « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité », *op. cit.* note 253, p. 430.

¹⁴¹⁴ Pour une définition de ces notions, V. J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354.

¹⁴¹⁵ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, « Aménager la diversité », *op. cit.* note 950, pp. 319-373, p. 355. V. également pour une analyse similaire : O. DE SCHUTTER, « Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights », in A. LAWSON, C. GOODING (dir.), *Disability Rights in Europe : From Theory to Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 35-63, p. 53.

¹⁴¹⁶ Cour EDH, 3ème Section, *Kosteski c. « L'ex-République Yougoslave de Macédoine »*, 13 avril 2006, *op. cit.* note 1396. Sur ce point, Emmanuel BRIBOSIA, Julie RINGELHEIM et Isabelle RORIVE considèrent d'ailleurs que

raisonnable de son temps de travail pour pouvoir participer à une fête musulmane, demande qui est rejetée. Ce refus est validé par la Cour, laquelle considère qu'il n'était pas disproportionné de demander au requérant qu'il prouve son appartenance à la communauté musulmane afin de bénéficier d'un tel traitement préférentiel. À la lecture du contentieux relatif à l'article 14, et bien qu'il soit arrivé à la Cour d'admettre des adaptations sur le fondement seul de l'article 9 garantissant la liberté de religion, la Cour admet aux fins de lutte contre les discriminations essentiellement des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées. En effet, le constat d'une violation de l'article 14 du fait du refus d'un aménagement raisonnable n'aboutit que dans deux cas d'espèce, tous deux relatifs à la situation de handicap¹⁴¹⁷. Cela représente moins de 1% des arrêts rendus par la Cour en matière de discrimination. Cette dernière justifie le recours à de tels traitements préférentiels par la vulnérabilité de la population cible¹⁴¹⁸. Ainsi dans l'arrêt *Çam contre Turquie*, la Cour rappelle qu'il incombe aux États de prendre en compte l'impact des politiques d'accessibilité des locaux, notamment des établissements d'enseignement, « sur des enfants en situation de handicap, dont *la particulière vulnérabilité* ne peut être ignorée. Elle considère en conséquence que la discrimination fondée sur le handicap englobe le refus d'aménagements raisonnables »¹⁴¹⁹. De même dans l'arrêt *Enver Şahin contre Turquie*, la Cour use de termes similaires, estimant que s'« [il] n'appartient certes pas à la Cour de définir les « aménagements raisonnables » [...] à mettre en œuvre dans le domaine de l'enseignement pour répondre aux besoins éducatifs des personnes en situation de handicap ; les autorités nationales se trouvent bien mieux placées qu'elle pour ce faire [...] [il] importe cependant que ces dernières soient particulièrement attentives à leurs choix dans ce domaine, compte tenu de l'impact de ces choix sur les individus en situation de handicap, dont *la particulière vulnérabilité* ne peut être ignorée »¹⁴²⁰.

475. On peut par conséquent difficilement conclure à une conception différencialiste généralisée¹⁴²¹ à la lecture du peu de cas d'espèce dans lesquels la Cour admet la mise en œuvre

la Cour est « en retrait » par rapport à la jurisprudence *Thlimmenos*. V. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, « Aménager la diversité », *op. cit.* note 950, pp. 319-373, p. 355.

¹⁴¹⁷ Cour EDH, 2ème Section, *Çam c. Turquie*, 23 février 2016, *op. cit.* note 924 ; Cour EDH, 2ème Section, *Enver Şahin c. Turquie*, 30 janvier 2018, *op. cit.* note 236.

¹⁴¹⁸ C. RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 449, pp. 317-340. L'auteure rappelle notamment que la Cour met en avant des « spécificités qui doivent être prises en compte dans l'application de la norme ».

¹⁴¹⁹ Cour EDH, 2ème Section, *Çam c. Turquie*, 23 février 2016, *op. cit.* note 924, §67. Nous soulignons.

¹⁴²⁰ Cour EDH, 2ème Section, *Enver Şahin c. Turquie*, 30 janvier 2018, *op. cit.* note 236, §68.

¹⁴²¹ Pour une telle prise de position, V. par exemple l'intervention au colloque du Comité Laïcité République : G. CHEVRIER, « La laïcité en actes », Paris, 17 novembre 2012, publiée le 4 décembre 2012, en ligne : <http://www.laicite-republique.org/guylain-chevrier.html> (consulté le 4 mai 2022). L'auteur y expliquait que :

de mesures incompatibles avec une conception universaliste de l'égalité. Une telle conclusion paraît d'autant moins pertinente au regard du rejet par la Cour des requêtes tendant à faire accepter les différences confessionnelles dans le milieu scolaire et universitaire¹⁴²², ou dans le milieu professionnel¹⁴²³.

476. **Conclusion de section.** Les différences de traitement incompatibles avec la conception universelle de l'égalité juridique sont ainsi limitées à deux titres. D'une part, car le contrôle de la proportionnalité des différences de traitement opéré par la Cour amène à restreindre fortement cette incompatibilité, la Cour s'attachant à ce que les différences de traitement voulues par les États ou préconisées par elle soient justifiées de manière « objective et raisonnable ». D'autre part, car les différences de traitement qui pourraient matériellement se révéler incompatibles avec l'universalisme sont très peu nombreuses dans le contentieux antidiscriminatoire conventionnel, et relèvent davantage d'une logique de lutte contre les discriminations liées au handicap qu'à une logique de différencialisme ou de communautarisme, deux conceptions qui, dans le discours doctrinal, renvoient davantage à des minorités ethniques ou religieuses qu'à la situation de handicap.

* * *

477. **Conclusion de chapitre.** Les différenciations juridiques mesurées dans notre étude – lesquelles représentaient 30% des cas étudiés – ne relèvent ainsi pas véritablement d'une remise en cause de l'universalisme, comme nous avons pu le laisser entendre dans le chapitre précédent. En effet, si l'indifférence du droit aux différences est une interprétation classique de la conception universaliste de l'égalité, certaines différenciations juridiques sont admissibles pour atteindre l'objectif d'égalité et restent compatibles avec une conception de l'universalisme vue comme uniformité des traitements juridiques. Pour ce faire, le contrôle des différences de

« que cette façon de concevoir la place de la diversité permet un dialogue qui façonne les repères communs. Encore faut-il qu'il n'aboutisse pas à créer, par des "accommodements raisonnables" sans fin, des mises à part, un communautarisme qui enferme et auto-exclut ».

¹⁴²² V. *supra* §315. Cour EDH (GC), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, *op. cit.* note 629 ; Cour EDH, 2ème Section, *Dahlab c. Suisse (décision)*, 15 février 2001, *op. cit.* note 923.

¹⁴²³ Commission EDH, *Stedman c. Royaume-Uni (décision)*, 9 avril 1997, req. n°29107/95, D.R. no. 89-B, p. 104 ; Cour EDH, 3ème Section, *Kosteski c. « L'ex-République Yougoslave de Macédoine »*, 13 avril 2006, *op. cit.* note 1396 ; Cour EDH, 2ème Section, *Francesco Sessa c. Italie*, 3 avril 2012, *op. cit.* note 1182. Sur cette dernière décision, V. les observations : L. PERONI, S. OUALD-CHAIB, « Francesco Sessa v. Italy: A Dilemma Majority Religion Members Will Probably Not Face », *Strasbourg Observers*, 5 avril 2012, en ligne : <https://strasbourg.weichie.dev/2012/04/05/francesco-sessa-v-italy-a-dilemma-majority-religion-members-will-probably-not-face/> (consulté le 4 mai 2022) ; N. HERVIEU, « Valse-hésitation de la jurisprudence strasbourgeoise sur la notion d'"accommodement raisonnable" en matière religieuse », *La Revue des droits de l'homme [en ligne] Actualités Droits-Libertés*, 15 avril 2012, <http://revdh.org/2012/04/15/liberte-de-religion-art-9-cedh-valse-hesitation-de-la-jurisprudence-strasbourgeoise-sur-la-notion-daccomodement-raisonnable-en-matiere-religieuse/>.

traitement par les juges, et ici par la Cour européenne des droits de l'homme, apparaît incontournable et nécessaire : il permet de contrôler la limitation des dérogations à l'égalité de traitement, de trier entre les différenciations compatibles avec le principe universaliste de non-discrimination et celles qui ne le seraient pas, et de limiter *in fine* le recours aux traitements préférentiels qui ne seraient pas justifiés. Seuls demeurent un nombre très restreint de cas dans lesquels la conception universaliste des droits est mise de côté – les quelques cas d'aménagements raisonnables admis en vertu de la situation de handicap des requérants – cas qui sont par ailleurs justifiés par la vulnérabilité particulière de cette population cible.

* * *

478. **Conclusion de titre.** Le postulat de départ d'une remise en cause du principe d'indifférence aux différences par la juridiction strasbourgeoise ou par le droit de la non-discrimination ne semble ainsi pas démontré. Loin de donner un blanc-seing à une conception différencialiste du droit de la non-discrimination, la Cour européenne des droits de l'homme interprète l'article 14 principalement comme prescrivant l'indifférenciation entre les individus, ce qu'elle applique par ailleurs dans une large majorité des cas d'espèce qui lui sont présentés. De manière dérogatoire, ou exceptionnelle, elle interprète l'article 14 depuis la jurisprudence *Thlimmenos contre Grèce* comme permettant de différencier entre les individus si ces derniers sont placés dans des situations différentes, mais également dès l'*affaire linguistique belge* si la différence de traitement s'avère être justifiée de manière objective et raisonnable. La Cour contrôle alors l'existence d'un juste rapport de proportionnalité entre la différence de traitement et le but égalitaire visé, assurant la compatibilité entre l'égalité universelle et la différence de traitement. La Cour ne remet ainsi pas plus en cause le principe d'indifférences aux différences qu'elle ne conteste la centralité de l'individu comme titulaire du droit à la non-discrimination¹⁴²⁴.

¹⁴²⁴ Il convient de relever que le modèle républicain de l'universalisme repose tout autant sur le principe de l'indifférence aux différences que sur l'abstraction du sujet de droit. V. S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the "French Republican Model" and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.* note 259, pp. 56-75 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *op. cit.* note 1036.

Titre 2. L'absence de conception collective de l'égalité

479. Nous l'avons vu, certains juristes et acteurs politiques français voient dans le droit de la non-discrimination un modèle qui s'oppose à l'universalisme républicain, lequel reposerait sur une conception formelle du principe d'égalité et une vision individualiste du sujet de droit. Dans la tradition républicaine française, le sujet de droit serait en effet un individu abstrait, seul titulaire possible de droits, et par suite de son abstraction, indifférencié. Pour Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Elsa FONDIMARE, il ne faut pas ignorer la « centralité » du sujet de droit en tant que notion abstraite dans cette tradition républicaine¹⁴²⁵.

480. Héritage révolutionnaire de l'abolition des privilèges et de la société d'ordres, l'abstraction du sujet de droit repose sur la généralité des termes employés pour le qualifier dans les textes juridiques et notamment les déclarations de droits¹⁴²⁶. En effet, et comme le rappelle Elsa FONDIMARE, l'affirmation de l'égalité des citoyens sous la Révolution française est à la fois unificatrice – les individus-citoyens se fondent dans la nation –, et individualiste – « c'est parce que les individus sont équivalents en termes de dignité et sont égaux au regard du consentement qu'ils peuvent former une communauté homogène et égalitaire »¹⁴²⁷. Par suite, cette conception individuelle de l'égalité et abstraite du sujet de droit rejette toute reconnaissance du groupe¹⁴²⁸, comme par exemple celui des minorités religieuses¹⁴²⁹.

481. En cela, certains opposent le droit de la non-discrimination, y compris le droit conventionnel de la non-discrimination, à la conception républicaine et française de l'égalité.

¹⁴²⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the “French Republican Model” and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.* note 259, pp. 56-75, p. 58 : « *The centrality of an abstract notion of the legal subject ('le sujet de droit') in the French legal and political tradition should not be overlooked. The constitutional order does convey and rest upon an abstract and undifferentiated notion of the legal subject: it recognizes individuals as abstract entities and does not take into account the cultural, religious, political, philosophical, and other dimensions of identity* ».

¹⁴²⁶ *Ibid.* V. également : D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.* note 429, p. 117.

¹⁴²⁷ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 36.

¹⁴²⁸ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.* note 437, p. 91.

¹⁴²⁹ Voir par exemple la citation de CLERMONT-TONNERRE devant l'Assemblée nationale constituante, archives parlementaires, tome 10, séance du mercredi 23 décembre 1789, p. 756 : « Il faut refuser aux juifs comme nation dans le sens du corps constitué et accorder tout aux juifs comme individus. Il faut méconnaître leurs juges ; ils ne doivent avoir que les nôtres. Il faut refuser la protection légale au maintien des prétendues lois de leur corporation judaïque. Il faut qu'il ne fasse dans l'État, ni un corps politique, ni un ordre. Il faut qu'ils soient individuellement citoyens ». Cité par E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 37.

L'égalité française, dans sa conception issue de la Révolution de 1789, s'est ensuite développée en droit constitutionnel français sous les IIIème et IVème Républiques jusqu'à l'inclusion de la Déclaration au bloc de constitutionnalité. Elle incarne une uniformisation de la communauté de citoyens par la négation des différences. Au contraire, le droit de la non-discrimination, notamment du fait de son extension par l'interdiction des discriminations indirectes, accepterait le groupe comme sujet de protection. Pourtant, force est de constater que la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'interprétation de l'article 14 de la Convention ne franchit pas le pas : l'individu reste le sujet du droit à la non-discrimination (Chapitre 1). En revanche, elle remet effectivement en cause la conception abstraite du sujet de droit (Chapitre 2).

Chapitre 1. La permanence d'une conception individualiste de l'égalité

482. « Rien n'est à la fois plus fascinant et plus trompeur que l'égalité », ¹⁴³⁰ estimait l'Avocat général LAGRANGE en 1963. Ce constat est toujours d'actualité : l'égalité semble aujourd'hui partout – les revendications égalitaires étant nombreuses dans nos sociétés. Dans le même temps, définir l'égalité, la distinguer de la non-discrimination est loin de relever de l'évidence. Nombre d'auteurs français envisagent d'ailleurs les relations entre l'égalité et la non-discrimination, sinon de manière conflictuelle ¹⁴³¹, à tout le moins de manière complexe ou ambiguë ¹⁴³². La discussion autour de la conception de l'égalité poursuivie par le principe conventionnel de non-discrimination ne peut ainsi être menée qu'après avoir établi les rapports entre égalité et non-discrimination. Il semble que, au moins en droit de la Convention, le principe de non-discrimination entretienne une relation pacifiée avec la notion d'égalité (Section 1).

483. Par ailleurs, l'introduction de certains nouveaux instruments en droit conventionnel a mené des auteurs, tels Édouard DUBOUT, à s'interroger sur la nature de l'égalité protégée par le droit de la non-discrimination ¹⁴³³ : s'agit-il d'une égalité individuelle ou bien d'une égalité « collective », c'est-à-dire non plus entre individus, mais entre groupes d'individus ? Contrairement à ce que peut laisser entendre une partie de la doctrine qui voit dans le droit

¹⁴³⁰ Avocat général LAGRANGE, conclusions prononcées le 28 mai 1963, sous CJCE, *Italie c. Commission de la CEE*, 17 juillet 1963, aff. 13-63, *Rec. 1963 00337*.

¹⁴³¹ B. HAVELKOVA, « The Pre-Eminence of the General Principle of Equality over Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia », in B. HAVELKOVA, M. MÖSCHEL (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, pp. 76-93, p. 3 ; J. MULDER, « Cultural Narratives and the Application of Non-Discrimination Law », in B. HAVELKOVA, M. MÖSCHEL (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, New York, Oxford University Press, 2019, pp. 31-55, p. 31 ; X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.* note 587, p. 407 : « égalité et non-discrimination se séparent car le principe d'égalité, lorsqu'il recherche l'égalité de fait, implique de discriminer, de traiter différemment. [...] Le principe de non-discrimination refuse de différencier selon des critères qui constituent la personnalité de l'individu (obligation d'indifférence). L'égalité de fait implique au contraire de réserver ou de créer des avantages pour certains. Cet aspect "positif" amène ainsi à différencier pour égaliser (différenciation) ».

¹⁴³² S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, p. 629 : « on est volontiers perdu dans le champ du droit de l'égalité et de la non-discrimination, véritable maquis conceptuel dans lequel il est difficile de se repérer » ; F. LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, pp. 301-308, not. p. 301 : « La place et l'autorité de la notion de "non-discrimination" dans le droit français semblent, à la différence du droit communautaire et européen, assez énigmatiques. S'agit-il d'un corollaire du principe d'égalité ou d'un principe différent ? ».

¹⁴³³ E. DUBOUT, « Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ? (en marge de l'arrêt D. H. et autres c. République tchèque du 7 février 2006) », *op. cit.* note 189, pp. 851-883.

conventionnel de la non-discrimination un terrain propice tant au droit à la différence qu'à un droit des minorités¹⁴³⁴ ou des groupes¹⁴³⁵, il apparaît que la Cour adopte majoritairement une conception individualiste de l'égalité (Section 2).

Section 1. La relation complexe entre égalité et non-discrimination

484. Si, à la lecture du contentieux de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de non-discrimination, le principe de non-discrimination apparaît comme un outil, un instrument permettant d'atteindre un objectif d'égalité (2), cette relation entre égalité et non-discrimination n'est pas toujours présentée de manière aussi nette et pacifiée. Dans la doctrine française, l'égalité, principe au cœur du modèle républicain, s'oppose au « transplant »¹⁴³⁶ anglo-saxon qu'est la non-discrimination (1).

1. L'opposition traditionnelle dans la doctrine française de l'égalité et de la non-discrimination

485. Au-delà de la définition de la non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme, la notion se définit généralement comme « la non-admission dans la jouissance de droits de distinctions arbitraires, notamment fondées sur la race, le sexe, les opinions, la naissance, la religion, l'appartenance sociale, etc. »¹⁴³⁷. Régulièrement, toutefois, notamment à partir de la seconde moitié du XX^e siècle en France, égalité et non-discrimination sont présentées comme opposées. Comme le résume Frédéric EDEL :

« [les] tenants d'une telle dichotomie peuvent se laisser regrouper en deux grands types. (I) Pour les premiers, le couple égalité, non-discrimination renvoie aux significations respectives suivantes. (Ia) D'un côté, le principe d'égalité est soit un idéal, un simple objectif politique voire un guide d'interprétation (qui se caractérise donc par son absence de juridicité), soit une obligation d'un traitement universellement identique (uniforme, homogène, isonomique, etc.) de la totalité des individus d'un ordre juridique qui, de ce fait, reste – elle aussi, pour une large part – idéale. (Ib) De l'autre,

¹⁴³⁴ J.-P. MARGUENAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », *op. cit.* note 122, pp. 205-221.

¹⁴³⁵ J. VELU, R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Cork, Bruylant, 2014, p. 72. V. également : E. DUBOUT, « Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ? (en marge de l'arrêt D. H. et autres c. République tchèque du 7 février 2006) », *op. cit.* note 189, pp. 851-883 ; E. DUBOUT, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007) », *op. cit.* note 188, pp. 821-856.

¹⁴³⁶ B. HAVELKOVA, « The Pre-Eminence of the General Principle of Equality over Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia », *op. cit.* note 1430, pp. 76-93.

¹⁴³⁷ « Discrimination », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* note 70.

le principe de non-discrimination signifie l'interdiction générale des distinctions injustifiées ; autrement dit, il rejette certaines distinctions – celles qui sont injustifiées (comme étant arbitraires) –, mais il en admet d'autres – celles qui sont justifiées (comme étant non arbitraires). (2) Pour les seconds, la dyade égalité, non-discrimination renvoie aux significations respectives suivantes. (2a) D'un côté, le principe de non-discrimination signifie l'interdiction spéciale de certaines différenciations, précisément énumérées, fondées sur la religion, la race, *etc.*, et considérées comme injustifiées *a priori* ; en d'autres termes, du point de vue du critère spécifié, les individus doivent être traités de manière rigoureusement identique. (2b) De l'autre, le principe d'égalité signifie le traitement identique des situations semblables et le traitement différent des situations dissemblables ; autrement dit, il n'interdit pas, sous certaines conditions (notamment de correspondre à une dissemblance de situation), les différenciations »¹⁴³⁸.

486. Ce conflit entre non-discrimination et égalité dans la doctrine s'observe même dans l'observation des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Céline HUSSON-ROCHCONGAR estime ainsi que « la non-discrimination demeure manifestement toute autre chose que l'égalité »¹⁴³⁹ au terme de son commentaire de l'arrêt *Ratzenböck et Seydl contre Autriche*¹⁴⁴⁰.

487. À rebours de ces analyses, nous rejoignons davantage Robin MEDARD INGHILTERRA, lequel estime à propos de cette « coexistence complexe entre égalité et non-discrimination »¹⁴⁴¹ que la tension entre ces deux notions participe davantage d'un « récit » qui « [façonne] [...] la substance du principe d'égalité »¹⁴⁴². En effet, cette tension entre égalité et non-discrimination nous apparaît être une construction doctrinale reposant sur plusieurs critères : les origines respectives de l'égalité et de la non-discrimination (1.1.) ; et la difficulté à saisir et définir l'égalité (1.2.).

¹⁴³⁸ F. EDEL, *Égalité (théories de l')*, *op. cit.* note 1252, pp. 140-143.

¹⁴³⁹ C. PICHERAL, C. HUSSON-ROCHCONGAR, M. AFROUKH, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Second semestre 2017 », *RDLF*, 2018, chron. n°11, en ligne : <http://www.revuedlf.com/cedh/evolutions-de-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-second-semester-2017/#return-note-6836-51> (consulté le 14 mai 2022).

¹⁴⁴⁰ Cour EDH, 5ème Section, *Ratzenböck et Seydl c. Autriche*, 26 octobre 2017, req. n°28475/12. En l'espèce, la Cour conclut à la non-violation des articles 8 et 14 de la Convention à propos de la restriction du partenariat civil aux seuls couples homosexuels.

¹⁴⁴¹ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 233.

¹⁴⁴² *Ibid.*, p. 237.

1.1. Les origines de l'égalité et de la non-discrimination au cœur de l'opposition entre les deux notions

488. La non-discrimination est opposée dans certains discours doctrinaux à l'égalité en raison de son origine. Elle est « parfois perçue comme un instrument juridique qui défie le principe d'égalité et contribue à sa dénaturation »¹⁴⁴³.

489. Sophie LATRAVERSE rappelle ainsi que dans un État où l'égalité est très ancrée telle la France¹⁴⁴⁴, l'implantation de la lutte contre les discriminations est plus difficile, d'autant que lutter contre les discriminations ne signifie pas nécessairement la même chose que lutter contre les inégalités¹⁴⁴⁵. De même, Marie-Thérèse LANQUETIN estime que « le droit français est fortement imprégné par le principe d'égalité et ce principe n'est pas un principe de non-discrimination »¹⁴⁴⁶. Alors que l'égalité est conçue depuis la Révolution française, au moins d'un point de vue théorique, par la généralité de la règle de droit et selon une conception formelle et individualiste, le principe de non-discrimination n'oblige pas à traiter tout le monde de manière identique¹⁴⁴⁷ puisque certaines différences de traitement peuvent être justifiées, soit du fait d'une différence de situation, soit à la suite du contrôle de la proportionnalité¹⁴⁴⁸. Puisque « le droit public français fonctionne traditionnellement à partir du principe d'égalité[la] présence de ce principe rend l'analyse de la notion de non-discrimination particulièrement

¹⁴⁴³ *Ibid.*, p. 236. V. également : S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the “French Republican Model” and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.* note 259, pp. 56-75.

¹⁴⁴⁴ Nous envisageons ici l'exemple français du fait de l'opposition entre le modèle républicain – égalitaire – et le droit conventionnel de la non-discrimination. Toutefois, cette opposition entre égalité et non-discrimination n'est pas spécifique à la France. V. par exemple pour la République tchèque : B. HAVELKOVA, « The Pre-Eminence of the General Principle of Equality over Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia », *op. cit.* note 1430, pp. 76-93.

¹⁴⁴⁵ S. LATRAVERSE, « Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, 2005, vol. 5, n° 125, p. 95 : « la France possédant déjà une tradition durablement intériorisée de l'égalité comme valeur républicaine fondamentale, cet engouement soudain pour la question des discriminations laisse le citoyen perplexe. Ne s'agit-il pas d'une façon de donner un nouveau nom à des concepts qui existent déjà, à des initiatives qui ont toujours été menées ? La discrimination est un concept spécifique, distinct de celui d'inégalité »

¹⁴⁴⁶ M.-T. LANQUETIN, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, 2009, vol. 21, n° 1, pp. 91-106, p. 93.

¹⁴⁴⁷ D. LOCHAK, « La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen », *Égalités des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Société de législation comparée, 2006, pp. 39-60 ; M.-T. LANQUETIN, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *op. cit.* note 1445, pp. 91-106, pp. 93-94.

¹⁴⁴⁸ V. *supra* §464 et s. Marie-Thérèse LANQUETIN note notamment qu'alors que le principe d'égalité n'oblige pas à traiter différemment des situations différentes, du fait de la conception de l'égalité formelle et de sa relation avec la généralité de la norme, le principe de non-discrimination implique quant à lui de traiter différemment des situations différentes. V. M.-T. LANQUETIN, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *op. cit.* note 1445, pp. 91-106, not. pp. 93-94.

malaisée »¹⁴⁴⁹. La force du principe d'égalité en droit français rend l'analyse de la non-discrimination et son intégration en droit français complexe. Pour Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, il existe même un « modèle français de l'égalité », modèle au sein duquel « l'interprétation du principe d'égalité retenue par le Conseil constitutionnel s'inscrit [...] dans une tradition républicaine solidement enracinée, celle de l'universalisme »¹⁴⁵⁰.

490. Généralement l'opposition entre égalité et non-discrimination est alors construite autour de leurs origines différentes. Alors que le principe d'égalité serait un héritage révolutionnaire qui s'est ancré dans le droit public français sous la République, le droit de la non-discrimination est volontiers présenté comme un transplant anglo-saxon, appartenant à une tradition juridique différente¹⁴⁵¹ (a). Le principe de non-discrimination serait donc le produit de la tradition juridique nord-américaine, introduit en Europe via le droit de l'Union européenne (b).

a. Le droit de la non-discrimination, issu de la tradition juridique nord-américaine

491. Si la Déclaration d'indépendance des États-Unis en 1776 proclame bel et bien le principe d'égalité¹⁴⁵² (« *the equal protection clause* »), c'est pourtant le paradigme de la non-discrimination qui s'affirme à partir des années 1950-1960 lorsque se développent les questionnements relatifs à la disparition des discriminations, notamment à l'égard des Noirs. Denis LACORNE, revenant dans son ouvrage sur l'histoire des États-Unis, rappelle ainsi que la « stratégie de la NAACP va consister à mettre l'accent sur l'écart injustifiable entre l'universalisme des droits dont la proclamation se trouve en principe au fondement de la nation américaine et l'exclusion des Noirs de leur exercice »¹⁴⁵³. Les associations de lutte pour les droits civiques développent alors un argumentaire qualifié de « *racial colorblindness* ». Ce discours repose sur la réclamation de « la reconnaissance par les autorités juridictionnelles d'un

¹⁴⁴⁹ J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, op. cit. note 78, p. 22.

¹⁴⁵⁰ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit. note 244, p. 323.

¹⁴⁵¹ B. HAVELKOVA, M. MÖSCHEL, « Introduction : Anti-Discrimination Law's Fit into Civil Law Jurisdictions and the Factors Influencing it », in B. HAVELKOVA, M. MÖSCHEL (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, pp. 1-30, not. p. 3. V. également : M.J. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Emile Bruylant, 1976, p. 11 : « Une violation du ^{XIV}^{ème} Amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique (« *the equal protection clause* ») a été régulièrement caractérisée par la Cour suprême des États-Unis comme une « discrimination ». Les auteurs qui se sont penchés sur le problème de discrimination en droit international relèvent généralement que *ce mot trouve son origine dans la jurisprudence de cette cour* ». Nous soulignons.

¹⁴⁵² Déclaration d'indépendance des États-Unis, §2 : « Nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux [...] ».

¹⁴⁵³ D. LACORNE, *Les États-Unis*, Paris, Fayard, CERI, 2006, p. 193.

principe de non-prise en compte du facteur racial par les pouvoirs publics inhérent au 14^e amendement »¹⁴⁵⁴. La non-discrimination se construit comme une manière efficace de lutter contre la doctrine « *separate but equal* »¹⁴⁵⁵ posée par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Plessy v. Ferguson*. Rien ne résume mieux cette doctrine jurisprudentielle que l'opinion de la Cour, rédigée par le juge BROWN :

« *We consider the underlying fallacy of the plaintiff's argument to consist in the assumption that the enforced separation of the two races stamps the colored race with a badge of inferiority. If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it... The argument also assumes that social prejudice may be overcome by legislation, and that equal rights cannot be secured except by an enforced commingling of the two races... If the civil and political rights of both races be equal, one cannot be inferior to the other civilly or politically. If one race be inferior to the other socially, the Constitution of the United States cannot put them upon the same plane* »¹⁴⁵⁶.

492. Aux fins de la contestation de cette doctrine, le mouvement pour les droits civiques se saisit du principe d'égalité aux fins de faire reconnaître l'interdiction des discriminations raciales. Le développement du droit de la non-discrimination s'intensifie lorsque, dans les années 1950 à 1970, la Cour suprême sera saisie d'affaires relatives à la ségrégation raciale, telle *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁴⁵⁷. Cette célèbre décision de la Cour suprême de 1954 marque la première étape de remise en cause de la doctrine « *separate but equal* » en déclarant contraire à la Constitution états-unienne la ségrégation raciale dans les écoles publiques¹⁴⁵⁸. Deuxième étape du processus, l'adoption du *Civil Rights Act* en 1964 et la décision *Regents of the University of California v. Bakke*¹⁴⁵⁹ (première décision sur l'*affirmative*

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵⁵ SCOTUS, *Plessy v. Ferguson*, 18 mai 1896, 163 U.S. 537.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, Opinion du juge Brown.

¹⁴⁵⁷ SCOTUS, *Brown v. Board of Education*, 17 mai 1954, 347 US 483.

¹⁴⁵⁸ La décision *Brown v. Board of Education* n'a pas, en elle-même, mis fin à la ségrégation scolaire, puisque de nombreux États du Sud des États-Unis ont continué à la contester. Par exemple, le gouverneur d'Arkansas fait appel à la garde nationale pour contenir la contre-mobilisation organisée devant un lycée de Little Rock et dans le même temps interdire l'accès aux neuf élèves noirs inscrits dans ce lycée, en application de la jurisprudence *Brown*. V. à ce propos S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé : questions de recherche autour des Réflexions sur Little Rock de Hannah Arendt », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 21 juin 2021, n° 20, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/12575> (consulté le 13 juillet 2021).

Pour une explication approfondie des incidences de la décision *Brown*, V. : R.B. SIEGEL, « Equality Talk : Antisubordination and Anti-classification Values in Constitutional Struggles over *Brown* », *Harv. L. Rev.*, mars 2004, vol. 117, n° 5, pp. 1470-1547.

¹⁴⁵⁹ SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, 28 juin 1978, 438 U.S. 265.

*action*¹⁴⁶⁰) en 1978 ont ancré dans le droit américain l'idée de lutte active contre les discriminations. D'ailleurs, selon David OPPENHEIMER, « entre 1964-1978, les juges [de la Cour suprême] ont surtout reconnu que la question de la discrimination contre les Noirs américains constituait un problème sérieux qui nécessitait réparation. On le voit dans les arrêts *Greene*, *Griggs* et *Weber*. La Cour suprême reconnaît le concept de discrimination indirecte (*disparate impact discrimination*). On voit aussi la nécessité de reconnaître un aménagement de la charge de la preuve de la discrimination qui existe en Europe et qui a essentiellement disparu aux États-Unis. On le voit dans la reconnaissance de l'*affirmative action* vue comme une théorie fondée sur une logique de réparation de la discrimination »¹⁴⁶¹. Toutefois, cette construction de la lutte contre les discriminations dans la jurisprudence constitutionnelle états-unienne n'a pas abouti à une réussite totale de la lutte contre les discriminations, en raison, selon David OPPENHEIMER, de l'attachement de certains juges au principe d'indifférence à la couleur, la *colorblindness*¹⁴⁶². En revanche, le discours et le vocabulaire antidiscriminatoires, tant dans les décisions de la Cour suprême¹⁴⁶³ que dans les législations fédérales¹⁴⁶⁴, se sont bien intégrés en droit états-unien.

493. Au Canada, de nombreuses législations discriminatoires seront adoptées à la fin du XIX^{ème} siècle en matière d'immigration¹⁴⁶⁵, de droit de vote et d'éligibilité¹⁴⁶⁶. Comme le rappelle Walter S. TARNOPOLSKY, la loi constitutionnelle de 1867 – loi établissant le

¹⁴⁶⁰ Il convient de nuancer toutefois cette reconnaissance. Si la Cour suprême admet effectivement la constitutionnalité des mesures d'*affirmative action* fondées sur un critère racial, elle invalide dans le cas d'espèce le quota qui avait été fixé par l'école de médecine qui réservait 16% des places aux étudiants issues d'une minorité raciale.

¹⁴⁶¹ D. OPPENHEIMER, « L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle sur la non-discrimination », in M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, À droit ouvert, 2013, p. 45.

¹⁴⁶² *Ibid.*, pp. 47-48.

¹⁴⁶³ M.J. BOSSUYT, *L'Interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, op. cit. note 1450, pp. 11 et s. Pour l'auteur, le terme « discrimination » comme désignant une distinction injustifiée provient directement de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. V. également : W.A. MCKEAN, « The Meaning of Discrimination in International and Municipal Law », *B.Y.I.L.*, 1970, vol. 44, pp. 177-192, not. pp. 186-187.

¹⁴⁶⁴ Au-delà de la question raciale, on peut notamment citer le *Civil Rights Act* de 1964 qui interdit dans son Titre VII les discriminations directes et indirectes fondées sur la race, la couleur, le sexe, l'origine ou la religion, et crée l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), une agence fédérale chargée de contrôler l'application des lois fédérales relatives à la lutte contre les discriminations. On peut également citer l'*Age Discrimination in Employment Act* de 1967 relatif à l'interdiction des discriminations à l'emploi contre des personnes âgées de 40 ans ou plus, le *Pregnancy Discrimination Act* de 1978 relatif à l'interdiction des discriminations fondées sur la grossesse et les conditions liées à la grossesse, l'*Equal Pay Act* de 1963 relatif à l'interdiction des différences de salaires fondées sur le sexe, et enfin l'*American with Disability Act* de 1990 qui protège les personnes handicapées.

¹⁴⁶⁵ V. par exemple : *Chinese Immigration Act*, 1885, S.C. 1885, chap. 71.

¹⁴⁶⁶ V. par exemple : *Electoral Franchise Act*, 1885, S.C. 1885, chap. 40, sec. 2.

fédéralisme et le système judiciaire canadiens – ne fait aucunement référence à l'égalité¹⁴⁶⁷. Par ailleurs, le *Judicial Committee of the Privy Council*, cour d'appel pour les territoires ultramarins britanniques et dépendants de la Couronne britannique, considère que l'existence d'une discrimination envers une catégorie de la population n'est pas un motif suffisant pour invalider une législation, qu'il s'agisse de discrimination directe à l'emploi sur le fondement de l'origine ou de la nationalité comme dans l'affaire *Union Colliery v. Bryden*¹⁴⁶⁸, ou de discrimination dans l'accès au droit de vote comme dans l'affaire *Cunningham v. Tomey Homma*¹⁴⁶⁹. Probablement en réaction aux horreurs de la Seconde Guerre mondiale, la législation canadienne va évoluer au cours de la seconde moitié du XX^e siècle en abrogeant les normes discriminatoires, notamment à l'encontre des populations immigrées et autochtones. Pour Walter S. TARNOPOLSKY : « *the first half century after Confederation witnessed an increase in the number of statutes which discriminated against certain people. Most of these were still with us until World War II. Only since that time have all these laws been repealed, probably partly as reaction to the horrors of racism exhibited just before and during World War II, partly because of the coming to independence of tens of tens of African and Asian former colonies, and partly because of the lead of the United Nations, both to bring about decolonization and to draft new standards condemning racial discrimination* »¹⁴⁷⁰. La reconnaissance du fait colonial mène ainsi à une prise de conscience à l'égard des législations discriminatoires qui sont peu à peu abolies.

494. En 1944, l'Ontario adopte ainsi le *Racial Discrimination Act*, interdisant la discrimination sur le fondement de la race et de la religion. Cette législation sera incorporée en 1962 dans le Code ontarien des droits de la personne¹⁴⁷¹, qui protège les personnes contre les discriminations, et intègre même une juridiction spécialisée, le *Board of Inquiry*. Cette juridiction est chargée du contentieux de la non-discrimination. Ses pouvoirs sont même renforcés d'abord en 1971 (capacité normative propre), puis à plusieurs reprises jusqu'en 2002, date à laquelle le *Board of Inquiry* devient le Tribunal ontarien des droits de la personne,

¹⁴⁶⁷ W.S. TARNOPOLSKY, « Discrimination in Canada : Our History and our Legacy », in W.S. TARNOPOLSKY et al. (dir.), *Discrimination in the law and the administration of justice*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, pp. 3-20, p. 3.

¹⁴⁶⁸ Judicial Committee of the Privy Council, *Union Colliery v. Bryden*, 27 juillet 1899, [1899] UKPC 58, [1899] AC 580.

¹⁴⁶⁹ Judicial Committee of the Privy Council, *Cunningham v. Tomey Homma*, 17 décembre 1902, [1902] UKPC 60, [1903] 9 AC 151, CCS 45.

¹⁴⁷⁰ W.S. TARNOPOLSKY, « Discrimination in Canada : Our History and our Legacy », *op. cit.* note 1466, pp. 3-20, p. 12.

¹⁴⁷¹ *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, chap. H.19.

siégeant de manière permanente. Analysant l'institutionnalisation de ces tribunaux spécialisés à l'étranger, Robin MEDARD INGHILTERRA note que « la création de [ces] tribunaux spécifiquement chargés du contentieux de la non-discrimination a d'abord été associée à « une plus grande accessibilité à la justice pour l'ensemble des citoyens qui voudront faire respecter leur droit à l'égalité » »¹⁴⁷². En 1947, la Province de Saskatchewan adopte le *Saskatchewan Bill of Rights*¹⁴⁷³, lequel interdit les discriminations sur le fondement de la race, des croyances, de la religion, de la couleur, et de l'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits à l'emploi, à la propriété et à l'éducation. La même année, la Colombie-Britannique se dote de plusieurs législations antidiscriminatoires qui seront fondues en 1973 dans le *Human Rights Code*¹⁴⁷⁴, lequel introduit également une juridiction spécialisée chargée du contentieux de la discrimination¹⁴⁷⁵. Enfin, l'Assemblée du Québec adopte en 1975 la Charte des droits et libertés de la personne¹⁴⁷⁶ énonçant parmi les droits de la personne l'interdiction des discriminations et instituant la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse¹⁴⁷⁷, chargée de « veiller au respect des principes énoncés »¹⁴⁷⁸ dans la Charte, et le tribunal québécois des droits de la personne, premier tribunal permanent spécialisé en droit de la non-discrimination au Canada. Comme le rappelle Walter S. TARNOPOLSKY, les différentes législations et les différents codes adoptés au Canada sur cette période ont permis d'interdire les discriminations sur de nombreux critères, revenant ainsi sur plusieurs décennies de législations discriminatoires : « *All the human rights acts in Canada prohibit discrimination on racial grounds, in the wide sense of "racial" defined in the United Nations Convention on Elimination of all Forms of Racial Discrimination. [...] In addition to the racial grounds, all jurisdictions have legislation prohibiting discrimination on grounds of "sex" and "marital status" or "family status" or "civil status" ; all of them prohibit discrimination of "age" and five – Manitoba, Newfoundland, Prince Edward Island, Quebec and Yukon – prohibit discrimination on the basis of "political opinion", "belief" or "convictions". Discrimination on the ground of "sexual orientation" is prohibited in Manitoba, Ontario, Quebec and Yukon* »¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷² R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 94.

¹⁴⁷³ *The Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, SS 1947, chap. 35.

¹⁴⁷⁴ *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, Chap. 2010.

¹⁴⁷⁵ Ce tribunal sera supprimé en 1984, puis rétabli en 1997 sous le nom de *British Columbia Human Rights Tribunal*. V. à ce propos : R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 95.

¹⁴⁷⁶ Charte des droits et libertés de la personne, vol. C-12, 27 juin 1975.

¹⁴⁷⁷ À l'origine, la Charte prévoyait l'existence de la Commission des droits de la personne et de la Commission de protection des droits de la jeunesse, lesquelles furent fusionnées en 1995.

¹⁴⁷⁸ Art. 57, Charte des droits et libertés de la personne, *op. cit.* note 1475.

¹⁴⁷⁹ W.S. TARNOPOLSKY, « Discrimination in Canada : Our History and our Legacy », *op. cit.* note 1466, pp. 3-20, p. 14

Au Canada, la non-discrimination s'est largement développée dans la seconde moitié du XXème siècle comme un droit de la personne, supplantant toute référence possible à un principe d'égalité, et a même intégré la loi constitutionnelle de 1982 laquelle renferme la Charte canadienne des droits et libertés.

495. Si « [la] référence aux discriminations en Europe ne découle pas forcément des mêmes prémices »¹⁴⁸⁰ qu'aux États-Unis ou au Canada, l'influence nord-américaine ne peut être niée puisque de nombreuses notions apparues en droit français et en droit européen des droits de l'homme ont d'abord été employées par le juge constitutionnel états-unien et mises en œuvre aux États-Unis ou au Canada. Marie MERCAT-BRUNS le rappelle : « le droit américain a inspiré des notions comme la discrimination indirecte, et certains aspects du régime du droit de la non-discrimination sont semblables », notamment en ce qui concerne l'aménagement de la preuve de la discrimination¹⁴⁸¹. Pour Marc BOSSUYT, le terme même de « discrimination » est apparu d'abord dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis avant d'être introduit en droit international « par la pratique internationale et par le langage juridique anglo-américains »¹⁴⁸². Retraçant l'historique de cette pratique depuis 1945, il démontre que dans la Charte des Nations Unies de 1945, le respect des droits de l'homme est prescrit « sans distinction » dans la version française, mais bien « *without discrimination* » dans la version anglaise. À partir de là, l'absence de différence dans le langage juridique international entre distinction et discrimination fut reprise dans les textes internationaux ultérieurs – la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les conventions internationales postérieures à 1950 telles que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) ou la Convention européenne des droits de l'homme – au point que le terme même de discrimination fut progressivement intégré également dans certaines versions françaises¹⁴⁸³.

496. Même si quelques références ont pu être trouvées au principe d'égalité dans les droits nord-américains, celui-ci n'a pas permis de mettre fin à la ségrégation raciale et a par suite été supplanté par l'interdiction des discriminations. En Europe, le droit de la non-discrimination

¹⁴⁸⁰ M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations en droit du travail*, op. cit. note 1460, p. 41.

¹⁴⁸¹ *Ibid.*

¹⁴⁸² M.J. BOSSUYT, *L'Interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, op. cit. note 1450, p. 12.

¹⁴⁸³ C'est le cas de l'article 2 du PIDESC, qui dispose que : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans *discrimination* aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Nous soulignons.

est apparu, à la même époque, dans le droit régional des communautés européennes, sous l'influence du droit international, lui-même influencé par le vocabulaire juridique américain.

b. L'introduction de la non-discrimination en Europe : l'influence de l'Union européenne

497. En Europe, l'apparition progressive de la non-discrimination, en concurrence de l'égalité, est le fait des Communautés européennes, puis de l'Union européenne. Le traité instituant la Communauté économique européenne¹⁴⁸⁴, aussi appelé Traité de Rome, en 1957 consacre ainsi en son article 7 un principe d'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité¹⁴⁸⁵ nécessaire à l'établissement du marché commun. Ce dernier devient l'article 12 du Traité sur la communauté européenne après l'adoption du traité de Maastricht en 1992¹⁴⁸⁶, puis l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁴⁸⁷ après l'adoption du traité de Lisbonne en 2007¹⁴⁸⁸. Mais ces références ont surtout un objectif pragmatique : l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité permet le fonctionnement du marché commun et est nécessaire à la mise en œuvre des libertés de circulation. Les Communautés européennes ne consacrent ainsi que l'interdiction des discriminations sur la seule nationalité au départ.

498. Une première extension du champ de l'interdiction des discriminations s'opère avec l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe. Ainsi, l'article 119 du TCE inscrit dans le droit communautaire le principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Pour Claire AUBIN et Benjamin JOLY, cette disposition trouvera « une traduction juridique contraignante à partir des années 1970 grâce à l'action conjuguée des salariées, de la Cour de justice et des États membres »¹⁴⁸⁹. La Cour de justice européenne, dans les célèbres arrêts

¹⁴⁸⁴ Ci-après TCEE.

¹⁴⁸⁵ Art. 7, TCEE : « Dans le domaine d'application du présent Traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, peut prendre, à la majorité qualifiée, toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations ».

¹⁴⁸⁶ Art. 12, TCE : « Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, peut prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations ».

¹⁴⁸⁷ Ci-après TFUE.

¹⁴⁸⁸ Art. 18, TFUE : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations ».

¹⁴⁸⁹ C. AUBIN, B. JOLY, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Droit Social*, 2007, n° 12, p. 1295.

Defrenne a estimé que l'égalité salariale s'appliquait directement dans l'ensemble des États membres de la communauté, sans transposition dans une directive ou un règlement, et y compris lorsque des dispositions nationales s'y opposaient¹⁴⁹⁰. La Directive 75/117 du 10 février 1975 adoptée par les États membres dans la foulée du premier arrêt *Defrenne* met en œuvre ce principe d'égalité salariale¹⁴⁹¹. Le législateur communautaire a ensuite procédé à un « approfondissement des domaines protégés »¹⁴⁹² par le principe de non-discrimination en matière d'égalité entre les hommes et les femmes. C'est ainsi que sont adoptées les directives 76/207/CEE relative à l'égalité de traitement pour l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail¹⁴⁹³, et 79/7/CEE relative à l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale¹⁴⁹⁴. Depuis 2007, le TFUE consacre à la fois une clause de promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes en son article 8, et une clause de lutte contre les discriminations en son article 10¹⁴⁹⁵, laquelle ne vise pas seulement les discriminations fondées sur la nationalité. Par ailleurs, le traité de Lisbonne marque la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, intégrée au droit primaire, laquelle dispose en son article 21 que « 1. Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. 2. Dans le domaine d'application des traités et sans préjudice de leurs dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite ». L'évolution législative communautaire de la lutte contre les discriminations entre les femmes et les hommes s'est donc faite en parallèle de la proclamation de l'égalité des sexes. Les directives et traités précités utilisent en effet autant les notions de discrimination et d'égalité de traitement.

¹⁴⁹⁰ CJCE, *Defrenne c. État belge*, 25 mai 1971, aff. 80-70, *ECLI:EU:C:1971:55*.

¹⁴⁹¹ CONSEIL DES MINISTRES, Directive 75/117/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, 10 février 1975.

¹⁴⁹² C. AUBIN, B. JOLY, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *op. cit.* note 1488, p. 1295

¹⁴⁹³ CONSEIL DES MINISTRES, Directive 76/207/CEE relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, 9 février 1976.

¹⁴⁹⁴ CONSEIL DES MINISTRES, Directive 79/7/CEE relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, 19 décembre 1978

¹⁴⁹⁵ Art. 10, TFUE : « Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à 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 ».

499. Mais c'est surtout la Cour de justice des communautés européennes qui précisera et étendra le champ d'application de cette interdiction des discriminations. Ainsi, dès 1963, la Cour de justice fait reposer la définition des discriminations prohibées sur une conception concrète¹⁴⁹⁶ de la discrimination – opposée à une conception abstraite et formelle¹⁴⁹⁷ qui ne permettrait de lutter que contre les discriminations en droit – : « le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination ; [...] une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; [...] [cette dernière] aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes »¹⁴⁹⁸. Quelques années plus tard, toujours sous l'influence du juge communautaire, est introduite la notion de la discrimination indirecte¹⁴⁹⁹, et ce, bien avant l'adoption des directives 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique¹⁵⁰⁰, et 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁵⁰¹. Par ailleurs, la Cour de justice a également érigé le principe de non-discrimination en fonction de l'âge en principe général du droit communautaire dans l'affaire *Mangold*¹⁵⁰², ce qu'elle réitère cinq ans plus tard dans l'affaire *Küçükdeveci*¹⁵⁰³. On peut également relever l'importante, et troisième, décision *Defrenne*¹⁵⁰⁴, dans laquelle la Cour consacre un principe général interdisant les discriminations fondées sur le sexe en matière de conditions de travail, en dehors des dispositions du TCE, en se fondant sur la Charte sociale européenne, la Convention n°111 de l'Organisation Internationale du Travail, et le respect des droits fondamentaux de la personne humaine en tant que principes généraux du droit communautaire. Pour Étienne PATAUT, les

¹⁴⁹⁶ Édouard DUBOUT estime notamment que « La Cour de justice, soucieuse de garantir une égalité concrète entre produits et entités économiques, a très rapidement opté pour une *conception pragmatique et substantielle de la discrimination* », in E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348, p. 337. V. également R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204 not. p. 264. L'auteur parle à ce propos de « discrimination matérielle ».

¹⁴⁹⁷ J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354. L'auteur y décrit l'égalité formelle comme une égalité juridique et abstraite, s'incarnant en une égalité de traitement.

¹⁴⁹⁸ CJCE, *Italie c. Commission*, 17 juillet 1963, *op. cit.* note 1429.

¹⁴⁹⁹ CJCE, *Sotgiu*, 12 février 1974, *op. cit.* note 294.

¹⁵⁰⁰ CONSEIL DES MINISTRES, Directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, 29 juin 2000.

¹⁵⁰¹ CONSEIL DES MINISTRES, Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, 27 novembre 2000.

¹⁵⁰² CJCE, GC, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Rec. 2005 I-09981*, §75 : « Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire ».

¹⁵⁰³ CJUE, GC, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG.*, 19 janvier 2010, aff. C-555/07, *Rec. 2010 I-00365*, § 21.

¹⁵⁰⁴ CJCE, *Defrenne c. Sabena*, 15 juin 1978, aff. 149/77, *Rec. 1978 -01365*.

décisions *Defrenne* de la Cour de justice « ont servi de fondement à un dialogue fécond entre le juge et le législateur » et « de ce dialogue [...] est sorti un pan essentiel de droit européen : le droit de la non-discrimination »¹⁵⁰⁵. De ce panorama succinct du droit de l'Union européenne, on peut conclure que les traités successifs portant sur la Communauté européenne puis sur l'Union européenne et l'interprétation audacieuse de la Cour de justice ont amplement participé à la construction et à l'implantation du droit de la non-discrimination en Europe, laissant de côté le droit de l'égalité.

500. Il convient toutefois de nuancer cette opposition en droit de l'Union européenne entre l'égalité et la non-discrimination : l'égalité est un principe général du droit de l'Union et elle peut donc être appliquée sans texte¹⁵⁰⁶ ; le principe d'égalité est aussi « un principe constitutif de l'ordre juridique de l'Union »¹⁵⁰⁷ puisque la Cour de Luxembourg l'a érigé en « principe fondamental » en 1977¹⁵⁰⁸, puis en principe de « droit constitutionnel » en 2001¹⁵⁰⁹. Le principe d'égalité a ainsi une vocation matricielle en droit de l'Union européenne, directement inscrit dans les traités et applicable à l'ensemble du droit dérivé. Au contraire, le droit de la non-discrimination est beaucoup plus spécifique, s'appliquant à certains secteurs et permettant l'effectivité des normes établissant le marché intérieur.

501. La tension entre égalité et non-discrimination est donc construite sur les origines respectives de ces deux notions, la non-discrimination étant effectivement apparue en Amérique du Nord et s'étant implantée via le droit de l'Union européenne en Europe, tandis que l'égalité est présentée comme issue du modèle républicain français¹⁵¹⁰. La distinction entre l'égalité et la non-discrimination relève à notre sens également de la difficulté à définir la notion d'égalité. L'égalité étant une notion « vide » selon Peter WESTEN¹⁵¹¹ en raison notamment de l'« immense

¹⁵⁰⁵ E. PATAUT, « Tours et détours de l'Europe sociale », *RTD Eur.*, 2018, n° 1, pp. 9-24.

¹⁵⁰⁶ V. par exemple : CJCE, *Razzouk e.a. c. Commission*, 20 mars 1984, aff. C-75/82 et C-117/82, *Rec. 1984 01509*.

¹⁵⁰⁷ R. HERNU, « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE », *Titre VII [en ligne]*, avril 2020, n° 4, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-principe-d-egalite-et-le-principe-de-non-discrimination-dans-la-jurisprudence-de-la-cjue> (consulté le 17 mai 2022).

¹⁵⁰⁸ CJCE, *Albert Ruckdeschel et autres c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, 18 octobre 1977, aff. 117/76 et 16/77, *Rec. 1977 01753*.

¹⁵⁰⁹ CJCE, *Commission c. Italie*, aff. C-162/99, *Rec. 2001 I-00541*.

¹⁵¹⁰ L'égalité est même présentée comme un « modèle français ». V. F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 244, p. 323.

¹⁵¹¹ P. WESTEN, « The Empty Idea of Equality », *Harv. L. Rev.*, janvier 1982, vol. 95, n° 3, pp. 537-596. V. également : F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 244, pp. 53-54.

subjectivité »¹⁵¹² que son interprétation implique, la non-discrimination semble plus opératoire, et peut alors apparaître comme un instrument au service de la réalisation de l'objectif égalitaire.

1.2. La difficulté tenant à la définition de l'égalité

502. Les relations entretenues par les notions de non-discrimination et d'égalité sont d'autant plus complexes à saisir que la notion même d'égalité est polysémique¹⁵¹³ et que l'interprétation de l'égalité fait face à un manifeste « chaos »¹⁵¹⁴. Pour Robin MEDARD INGHILTERRA, cette polysémie « laisse transparaître l'évolution progressive [des] modes de réalisation »¹⁵¹⁵ de l'égalité. Surtout, pour Frédéric EDEL, « rarement [...] une règle juridique a donné lieu à des interprétations à ce point hétérogènes ainsi qu'à des explications aussi radicalement opposées et peu agencées entre elles ».

503. Ainsi, Jérôme PORTA tente de définir l'égalité et ses variations, relevant les notions d'égalité formelle – elle-même se subdivisant entre égalité dans la loi et devant la loi pour reprendre la terminologie classique de Hans KELSEN¹⁵¹⁶ – et d'égalité concrète – avec la subdivision selon les objectifs poursuivis par cette concrétisation entre égalité réelle, égalité substantielle et égalité matérielle¹⁵¹⁷. De même, Florence BENOIT-ROHMER distingue au moins trois types d'égalité : l'égalité formelle devant la loi, l'égalité formelle dans la loi et l'égalité concrète¹⁵¹⁸. Jean RIVERO quant à lui distingue entre « l'égalité devant la règle », « l'égalité

¹⁵¹² R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 240.

¹⁵¹³ G. CALVES, « Entretien avec Gwénaële Calvès. Propos recueillis par Frédéric Dupin », *op. cit.* note 79, pp. 11-25, p. 19.

¹⁵¹⁴ F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *Droits*, 2015, n° 61, pp. 117-142.

¹⁵¹⁵ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 253.

¹⁵¹⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, Philosophie du droit, 1962, trad. C. EISENMANN, p. 190. Pour l'auteur : « L'égalité des sujets de l'ordre juridique que garantit la Constitution, ne signifie pas que ceux-ci doivent être traités de façon identique dans les normes posées sur la base de la Constitution, en particulier dans les lois. L'égalité ainsi entendue n'est pas concevable : il serait absurde d'imposer à tous les individus exactement les mêmes obligations ou de leur conférer exactement les mêmes droits sans faire aucune distinction entre eux, et par exemple la distinction entre enfants et adultes, individus sains d'esprit et aliénés, hommes et femmes. Si l'on raisonne sur l'égalité *dans* la loi, elle signifiera que les lois ne doivent pas, – à peine d'annulation pour inconstitutionnalité – fonder une différence de traitement sur certaines distinctions très déterminées, telles que celles qui ont trait à la race, à la religion, à la classe sociale ou à la fortune. Si la Constitution contient une formule qui proclame l'égalité des individus, mais ne précise pas quelles sortes de distinctions ne doivent pas être faites entre ces individus dans les lois, il n'est guère possible que cette égalité constitutionnellement garantie signifie autre chose que l'égalité *devant* la loi. Mais poser l'égalité *devant* la loi, c'est poser simplement que les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de la régularité de l'application du droit en général ».

¹⁵¹⁷ J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354.

¹⁵¹⁸ F. BENOIT-ROHMER, « L'égalité dans la typologie des droits de l'Homme », *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 134-152.

dans l'application de la règle » et « l'égalité en dehors de toute règle »¹⁵¹⁹, première dichotomie semblant se superposer avec la distinction entre égalité juridique et égalité réelle. Rien qu'à la lecture de ces trois auteurs, l'utilisation des notions relatives à l'égalité est quelque peu chaotique. Tandis que pour Florence BENOIT-ROHMER, l'égalité formelle est principalement l'égalité devant la loi, définie comme une application de la loi de la même manière à tous ses destinataires¹⁵²⁰, pour Jérôme PORTA, l'égalité formelle est l'égalité juridique, ou égalité en droit, qui peut prendre la forme soit d'une égalité devant la loi – obligation d'appliquer les normes juridiques générales « de manière égale aux situations et individus qu'elle vise »¹⁵²¹ –, soit d'une égalité dans la loi – obligation de « bannir certaines catégorisations »¹⁵²² du contenu des normes juridiques. De la même manière Jérôme PORTA considère la concrétisation de l'égalité autour d'une subdivision entre l'égalité matérielle – qui « [consiste] à *compenser* ce désavantage par l'allocation d'un droit spécifique »¹⁵²³ –, l'égalité substantielle – qui « implique de traiter différemment des situations différentes »¹⁵²⁴ –, et l'égalité réelle – qui vise à « conférer effectivement une égale jouissance des biens sociaux et non plus une égale vocation à accéder à ces biens »¹⁵²⁵ –, tandis que Florence BENOIT-ROHMER considère de manière simultanée l'égalité réelle, l'égalité concrète ou l'égalité substantielle comme une exigence qui conduit à l'adoption de « mesures prises sous le nom d'actions positives qui instaurent un traitement inégal pour atteindre une égalité substantielle »¹⁵²⁶.

504. Frédéric EDEL, après avoir analysé de manière méthodique les mobilisations doctrinales de l'égalité, relève ainsi l'existence de deux dichotomies, deux grands courants, dans la doctrine en droit public français : une première opposition entre l'égalité dite devant la loi et l'égalité dans la loi, reprenant le « schisme [...] traditionnel »¹⁵²⁷ posé par Hans KELSEN ; une seconde opposition entre égalité et non-discrimination. Sur cette dernière opposition, l'auteur estime même qu'il existe une grande diversité des théories, qu'il classe entre les théories unitaires

¹⁵¹⁹ J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de non-discrimination en droit public français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1962-1961, vol. t. XIV, pp. 343-360, p. 349.

¹⁵²⁰ F. BENOIT-ROHMER, « L'égalité dans la typologie des droits de l'Homme », *op. cit.* note 1517, pp. 134-152, p. 137.

¹⁵²¹ J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354.

¹⁵²² *Ibid.*

¹⁵²³ *Ibid.*

¹⁵²⁴ *Ibid.*

¹⁵²⁵ *Ibid.*

¹⁵²⁶ F. BENOIT-ROHMER, « L'égalité dans la typologie des droits de l'Homme », *op. cit.* note 1517, pp. 134-152.

¹⁵²⁷ F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.* note 1513, pp. 117-142, p. 122.

qui ne reposent pas sur un « schisme » entre égalité et non-discrimination, et les théories dualistes qui reposent sur cette opposition entre les notions¹⁵²⁸. Or, au sein même de ces théories, de ces grands courants, le sens donné à l'égalité varie.

505. Ainsi, s'agissant de l'opposition traditionnelle entre égalité devant et dans la loi telle qu'héritée de Hans KELSEN¹⁵²⁹, Frédéric EDEL démontre que tous les auteurs ne comprennent pas l'égalité « devant la loi » et l'égalité « dans la loi » de la même façon, et que des nuances existent entre les auteurs¹⁵³⁰. Notamment, il estime que l'égalité « devant la loi » requiert pour certains auteurs la généralité de la loi, quand pour d'autres l'égalité « devant la loi » est la conséquence de la généralité de la loi. De même, pour l'égalité « dans la loi », pour certains auteurs cette forme d'égalité n'a qu'une acception possible, quand pour d'autres elle revêt plusieurs acceptions. À ces éléments s'ajoutent encore d'autres typologies comme celle proposée par Jean RIVERO entre égalité juridique par la généralité, égalité concrète par la différenciation et dérogations à l'égalité¹⁵³¹. À la confusion liée à la pluralité de types d'égalité s'ajoute donc une confusion sémantique sur le sens à donner à ces différents types d'égalité. Si certains auteurs, tels Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, tentent de dépasser cette dichotomie, démontrant par exemple que devant le Conseil constitutionnel français, « le principe d'égalité n'est pas scindé en deux entre égalité *dans* la loi et égalité *devant* la loi »¹⁵³², on peut toutefois remarquer qu'une telle position ne réduit pas nécessairement le « chaos » entourant les interprétations des principes d'égalité et de non-discrimination¹⁵³³.

506. S'agissant de l'opposition plus récente¹⁵³⁴ entre égalité et non-discrimination, Frédéric EDEL note des « divergences d'interprétation [...] très importantes »¹⁵³⁵. Il remarque notamment que pour certains auteurs, l'égalité n'est pas une norme, mais un principe, une

¹⁵²⁸ F. EDEL, *Égalité (théories de l')*, *op. cit.* note 1252, pp. 140-143, p. 140.

¹⁵²⁹ Sur ce point, V. notamment l'analyse suivante : O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, thèse, Economica, Collection Droit public positif, 1992, pp. 61-92 ; O. JOUANJAN, « Égalité », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy PUF, Quadriga Dicos poche, 2003, pp. 585-589.

¹⁵³⁰ F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.* note 1513, pp. 117-142, p. 128.

¹⁵³¹ J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de non-discrimination en droit public français », *op. cit.* note 1518, pp. 343-360.

¹⁵³² F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 244, p. 119.

¹⁵³³ F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.* note 1513, pp. 117-142.

¹⁵³⁴ Frédéric EDEL date cette nouvelle dichotomie à partir des années 2000. V. *Ibid.*, p. 130.

¹⁵³⁵ *Ibid.*, p. 135.

valeur, un objectif politique, quand pour d'autres « le principe d'égalité signifie l'interdiction générale de toute différenciation »¹⁵³⁶. Par ailleurs, le principe de non-discrimination n'a pas non plus le même sens selon les auteurs puisqu'il signifie pour certains auteurs l'interdiction générale de différenciations injustifiées, et pour d'autres l'interdiction spéciale de certaines distinctions. Quant à l'articulation entre les deux notions d'égalité et de non-discrimination, là encore l'auteur note une hétérogénéité : certains auteurs présentent les deux notions dans une relation d'opposition, tels que Gwénaëlle CALVES¹⁵³⁷ ou Geneviève KOUBI¹⁵³⁸, quand d'autres analysent le principe de non-discrimination « dans une relation de continuité avec l'égalité »¹⁵³⁹, tels Nicole BELLOUBET-FRIER¹⁵⁴⁰.

507. La complexité de la relation entre les notions d'égalité et de non-discrimination peut ainsi s'analyser comme relevant d'un certain récit¹⁵⁴¹ construit par la doctrine juridique française. En effet, l'opposition traditionnelle entre égalité et non-discrimination est construite autour de leurs origines différentes et d'une potentielle inadéquation entre le sens donné à l'égalité et le sens donné à la non-discrimination. Pourtant, il semble que, d'une part, le droit de la non-discrimination se soit implanté en Europe par le biais du droit de l'Union européenne en parallèle de l'implantation de la notion d'égalité, comme un objet juridique poursuivant des objectifs plus spécifiques. D'autre part, il semble que l'inadéquation sémantique entre égalité et non-discrimination se construit en fonction du sens donné à la notion même d'égalité – lequel, face au chaos des interprétations données à cette notion, est introuvable.

508. À notre sens, le principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme s'interprète davantage dans une relation de continuité avec l'égalité, laquelle est elle-même interprétée selon le « modèle anomique »¹⁵⁴² comme un objectif politique que la norme juridique interdisant les discriminations doit poursuivre.

¹⁵³⁶ *Ibid.*, p. 136. C'est notamment le cas de Félicien LEMAIRE et Geneviève KOUBI. V. F. LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français », *op. cit.* note 1431, pp. 301-308 ; G. KOUBI, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives. Colloque, 11-12 juin 1998, Université de Cergy Pontoise, Paris, Éditions La Découverte, Recherches, 2000*, pp. 69-113.

¹⁵³⁷ V. par exemple : G. CALVES, « Principe d'égalité », *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, p. 377.

¹⁵³⁸ V. par exemple : G. KOUBI, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », *op. cit.* note 1535, pp. 69-113.

¹⁵³⁹ F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.* note 1513, pp. 117-142, p. 137.

¹⁵⁴⁰ N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 20 juillet 1998, n° HS, pp. 152-164.

¹⁵⁴¹ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 237.

¹⁵⁴² F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.* note 1513, pp. 117-142, p. 136.

2. Le principe de non-discrimination, un outil au service de l'égalité

509. Le principe de non-discrimination peut être envisagé, loin de cette opposition traditionnelle avec l'égalité, comme un outil, efficace, au service de la réalisation de l'égalité. Ainsi, Robin MEDARD INGHILTERRA explique que « le droit de la non-discrimination [est un] complément technique du principe d'égalité »¹⁵⁴³. Puisque le principe d'égalité est « vide »¹⁵⁴⁴, « insaisissable »¹⁵⁴⁵, « versatile »¹⁵⁴⁶ ou « profondément polymorphe »¹⁵⁴⁷, le droit de la non-discrimination « contribue à bâtir des voies et structures propres à permettre l'opération intellectuelle »¹⁵⁴⁸ subjective d'interprétation du principe d'égalité pour l'auteur. Une telle analyse se retrouve par exemple vis-à-vis du rapport qu'entretiennent l'égalité et la non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Rémy HERNU rappelle ainsi que s'« il existe un rapport étroit, consubstantiel, entre l'égalité et la non-discrimination », « [l]'égalité et la non-discrimination [...] fonctionnent, à certains égards, de manière autonome »¹⁵⁴⁹. L'égalité y est davantage employée comme valeur et fondement de l'ordre juridique communautaire puis européen, tandis que la non-discrimination « vise la correction du désordre qu'engendrent certaines formes d'inégalités et apparaît comme une formulation négative, mais limitée et opératoire, de l'égalité »¹⁵⁵⁰.

510. Qu'en est-il pour la Cour européenne des droits de l'homme ? Premièrement, dans la Convention elle-même, l'égalité apparaît comme un objectif poursuivi par l'article 14 (2.1.). Deuxièmement, l'application de la clause d'interdiction des discriminations par les juges laisse transparaître la même relation entre l'égalité et la non-discrimination : le principe de non-discrimination est un outil au service de l'égalité. La jurisprudence relative à l'égalité entre les hommes et les femmes est une illustration convaincante de ce point (2.2.).

¹⁵⁴³ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 238.

¹⁵⁴⁴ P. WESTEN, « The Empty Idea of Equality », *op. cit.* note 1510, pp. 537-596. En effet, comme le précise Édouard DUBOUT « Être égal à quoi et selon quels critères ? ». V. E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348, p. 8.

¹⁵⁴⁵ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* note 244, p. 15.

¹⁵⁴⁶ M. BRILLAT, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, *op. cit.* note 217, p. 7 : « l'égalité divise tout autant qu'elle trouble : insaisissable et fuyante, elle se révèle capricieuse, voire franchement caractérielle ; elle captive alors par sa versatilité ». Sur son caractère fuyant, V. également : R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, éd. Félix Alcan, Paris, 1910, p. 7.

¹⁵⁴⁷ E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348, p. 8.

¹⁵⁴⁸ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.* note 204, p. 242.

¹⁵⁴⁹ R. HERNU, « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE », *op. cit.* note 1506.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*

2.1. L'égalité : un objectif poursuivi par l'article 14 de la Convention

511. L'idée selon laquelle le principe de non-discrimination de l'article 14 poursuit un objectif de réalisation de l'égalité se retrouve dès l'origine lors de la rédaction de la Convention.

512. Dans les travaux préparatoires de l'article 14, la filiation entre l'égalité et la non-discrimination est bien apparente. Dès la séance plénière du 19 août 1949, M. TEITGEN, pour la France, propose que l'article 14 affirme l'égalité devant la loi et en fasse découler par suite l'interdiction des discriminations fondées sur « la religion, la race, l'origine nationale, la profession de toute opinion politique ou philosophique... »¹⁵⁵¹. L'idée est soutenue par plusieurs représentants tels M. CINGOLANI pour l'Italie¹⁵⁵² et M. JAQUET pour la France¹⁵⁵³, avant d'être examinée le 22 août 1949 par la Commission des Questions Juridiques et Administratives.

513. Puis, après avoir comparé le projet d'article 14 à l'avant-projet de pacte international relatif aux Droits de l'Homme, adopté par la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies lors de la 6^{ème} session, lequel prévoyait un premier paragraphe affirmant que « tous sont égaux devant la loi et se verront accorder l'égle protection de la loi »¹⁵⁵⁴, une discussion a été entamée au sein du Conseil de l'Europe pour intégrer un tel paragraphe avant la clause d'interdiction des discriminations¹⁵⁵⁵. L'avant-projet puis le projet d'article 14 prévoyaient ainsi deux versions : une première (nommée version A) sans référence à l'égalité devant la loi, et une seconde (intitulée version B) prévoyant cette référence.¹⁵⁵⁶ Ce premier paragraphe a

¹⁵⁵¹ Conseil de l'Europe, *Travaux préparatoires de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Travaux préparatoires, CDH (67) 3, 9 mai 1967, en ligne : <http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART14-CDH%2867%293-BIL1338901.pdf> (consulté le 23 mai 2017), p. 3.

¹⁵⁵² *Ibid.*, p. 4.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, p. 6.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 13. V. également : art. 26, ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 2200 A (XXI)*, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966 : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou toute autre situation ».

¹⁵⁵⁵ V. par exemple les observations du Gouvernement du Royaume-Uni sur le projet : Conseil de l'Europe, *Travaux préparatoires de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.* note 1550, p. 14.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, pp. 18-19. V. le « Texte amendé d'articles du projet britannique, proposé par le Comité de Rédaction », *in Ibid.*, pp. 17-18 : « 1. Tous sont égaux devant la loi. 2. Tout individu se verra accorder tous les droits et libertés définis dans la présente Convention sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

finalement disparu lors de la rédaction finale de l'article 14. On peut émettre l'hypothèse selon laquelle les rédacteurs estimaient que cette affirmation et la clause d'interdiction des discriminations poursuivaient le même objectif. Si cela n'est pas directement apparent dans les travaux préparatoires et les discussions reproduites, la disparition de ce premier paragraphe suggère une certaine redondance : affirmer l'égalité devant la loi et interdire dans un second temps les discriminations, si l'on suppose que le principe de non-discrimination poursuit un objectif égalitaire, est en effet surabondant. Au contraire, si l'égalité et la non-discrimination étaient deux normes séparées ou poursuivaient des objectifs divergents ou *a minima* différents, l'affirmation dans un premier paragraphe de l'égalité de tous devant la loi aurait eu du sens. Enfin, l'affirmation de l'égalité des personnes devant la loi sera reprise dans le Préambule du Protocole n°12 à la Convention, adopté le 4 novembre 2000 : « prenant en compte le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi ». Si le Protocole n°12 n'est pas ratifié par tous les États parties à la Convention et ne fait pas l'objet de notre étude, sa proximité sémantique et normative avec l'article 14 de la Convention permet de suggérer que l'article 14 protège lui aussi l'égalité des personnes devant la loi. Par ailleurs, il convient de relever que la Cour elle-même a considéré que la notion de discrimination devait être interprétée de la même manière dans le cadre de l'article 1^{er} du Protocole n°12 et dans le cadre de l'article 14 de la Convention¹⁵⁵⁷ dans l'arrêt *Sejdic et Finci contre Bosnie-Herzégovine* du 22 décembre 2009. Si l'interdiction des discriminations prévue par le Protocole n°12 se fonde sur l'égalité des personnes devant la loi, cela signifie qu'une telle interprétation de l'interdiction des discriminations se retrouve donc également pour ce qui concerne l'article 14 de la Convention.

514. L'égalité apparaît aussi comme un objectif poursuivi par l'article 14 au regard de l'application qu'en font les juges.

¹⁵⁵⁷ Cour EDH (GC), *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, *op. cit.* note 749, §§55-56 : « Nonobstant la différence de portée qu'il y a entre les deux dispositions, le sens du mot inscrit à l'article 1^{er} du Protocole n°12 est censé être identique à celui du terme figurant à l'article 14 [...] Aussi la Cour n'aperçoit-elle aucune raison de s'écarter, dans le contexte de l'article 1^{er} du Protocole n°12, de l'interprétation bien établie de la notion de "discrimination" mentionnée [sous l'angle de l'article 14] ».

2.2. L'objectif d'égalité dans l'application du principe de non-discrimination : l'exemple de l'égalité entre les sexes

515. Dans le discours de la Cour ensuite, la poursuite par le principe de non-discrimination d'un objectif d'égalité apparaît dans certains pans de sa jurisprudence. Il en est ainsi en matière d'égalité entre les sexes.

516. D'une part, l'égalité des sexes devant le juge conventionnel a été marquée par plusieurs avancées notables : l'extension aux veufs des allocations accordées aux veuves¹⁵⁵⁸, l'octroi de congés parentaux aux pères et non aux seules mères¹⁵⁵⁹, la lutte contre les stéréotypes de genre¹⁵⁶⁰ et la lutte contre les violences faites aux femmes¹⁵⁶¹. Cette extension du champ d'application de l'article 14 est un premier indice de ce que la Cour considère que le principe de non-discrimination poursuit un objectif d'égalité, et *a fortiori* un objectif d'égalité concrète et pas seulement formelle.

517. Au sujet de la lutte contre les violences faites aux femmes par exemple, la Cour fait sien le raisonnement du Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes de l'ONU, lequel associe violences à l'égard des femmes et discriminations fondées sur le sexe¹⁵⁶². Le Comité, dans sa recommandation générale n°19¹⁵⁶³, donne notamment une interprétation de la notion de discrimination contenue dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Il considère que « l'article premier de la Convention définit la discrimination à l'égard des femmes. Cette définition inclut la violence fondée sur le sexe, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme »¹⁵⁶⁴. Au sens du Comité, les violences domestiques sont le reflet des rôles stéréotypés imposés aux femmes et « les attitudes traditionnelles faisant de la femme un objet de soumission ou lui assignant un rôle stéréotypé perpétuent l'usage répandu de la

¹⁵⁵⁸ Cour EDH, 4ème Section, *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002, *op. cit.* note 943 ; Cour EDH, 4ème Section, *Hobbs, Richard, Walsh et Geen c. Royaume-Uni*, 14 novembre 2006, *op. cit.* note 944.

¹⁵⁵⁹ Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, *op. cit.* note 138.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*

¹⁵⁶¹ Cour EDH, 3ème Section, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, *op. cit.* note 140.

¹⁵⁶² Sur le lien entre interdiction des violences faites aux femmes et discriminations, V. également : F. EDEL, *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 193, pp. 79 et s.

¹⁵⁶³ Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, *Recommandation générale n°19*, *op. cit.* note 345.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, §6.

violence ou de la contrainte »¹⁵⁶⁵. Un raisonnement similaire est tenu par la Cour dans l'affaire *Opuz contre Turquie*, dans laquelle une femme et sa mère avaient subi des violences de la part du conjoint de la requérante et se plaignaient de ne pas avoir été protégées par les autorités turques, puisque malgré les nombreuses plaintes déposées et l'aide demandée aux autorités, le conjoint avait toujours été relâché¹⁵⁶⁶. Pour la requérante, le droit turc était discriminatoire car « insuffisamment protecteur pour les femmes, qu'il relègue à un rang inférieur au nom de la sauvegarde de l'unité familiale »¹⁵⁶⁷. La passivité généralisée des autorités turques est mise en cause par la Cour, qui l'interprète comme un soutien, une tolérance des faits de violences répétées. La Cour conclura à une violation des articles 2, 3 et 14 de la Convention. Elle poursuivra dans cette voie avec l'arrêt *Eremia contre Moldavie*¹⁵⁶⁸ en 2013, puis dans l'arrêt *Mudric contre Moldavie*¹⁵⁶⁹ quelques mois plus tard. Le fait de ne pas protéger les femmes contre les violences domestiques est considéré comme étant le résultat de stéréotypes et d'idées préconçues concernant le rôle des femmes dans la famille¹⁵⁷⁰. Toutefois, le lien entre lutte contre les violences sexuelles et objectif égalitaire n'est pas aussi évident que peut le laisser penser la lecture de la recommandation générale n°19 du Comité pour l'élimination des violences à l'égard des femmes ou les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme. Pour lutter contre les violences sexuelles, le droit de la non-discrimination part non pas du point de départ que les hommes et les femmes sont dans une situation similaire, mais au contraire qu'ils sont placés dans une situation différente que les autorités devraient corriger¹⁵⁷¹. Autrement dit, le droit de la non-discrimination vient ici non seulement lutter contre des stéréotypes qui assignent aux femmes des rôles genrés, mais également contre des inégalités de

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, §11.

¹⁵⁶⁶ Cour EDH, 3ème Section, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, *op. cit.* note 140.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, §178.

¹⁵⁶⁸ Cour EDH, 2ème Section, *Eremia c. Moldavie*, 28 mai 2013, *op. cit.* note 140.

¹⁵⁶⁹ Cour EDH, 3ème Section, *Mudric c. Moldavie*, 16 juillet 2013, req. n°74839/10.

¹⁵⁷⁰ Cour EDH, 2ème Section, *Eremia c. Moldavie*, 28 mai 2013, *op. cit.* note 140, §80 : « *the authorities had failed to apply the domestic legislation intended to afford protection from domestic violence, as a result of preconceived ideas concerning the role of women in the family* ». En l'espèce, la Cour interprète encore une fois la passivité des autorités comme attestant le caractère endémique de la violence domestique en Moldavie. V. §63 : « *In the Court's opinion, the combination of the above factors clearly demonstrates that the authorities' actions were not a simple failure or delay in dealing with violence against the applicant, but amounted to repeatedly condoning such violence and reflected a discriminatory attitude towards her as a woman* ».

¹⁵⁷¹ Sur ce point, V. par exemple : E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 23 : « Le rapport d'opposition entre l'égalité et la différence des sexes a dès lors évolué, dans de nombreuses règles juridiques, en *rapport d'admission* : la prise en compte de la différence des sexes – à la fois comme différence de traitement et comme reconnaissance des différences de situation – est nécessaire à la lutte contre les inégalités de fait entre les femmes et les hommes. Le principe d'égalité connaît dès lors une mutation en ce que sa réalisation dans une forme concrète implique de se départir du processus de comparabilité aboutissant à l'indifférenciation des sexes. Il s'agit, en d'autres termes, pour le droit de la non-discrimination d'admettre qu'hommes et femmes ne sont pas dans des situations similaires au regard des inégalités, par exemple au regard des violences sexuelles ».

fait entre hommes et femmes. La part des femmes dans les victimes de violences sexuelles étant importante¹⁵⁷², le droit de la non-discrimination invite les autorités à prendre en compte cette différence de situation aux fins de rétablir une égalité plus concrète entre les hommes et les femmes. Comme le précise Frédéric EDEL « [à] la traditionnelle dimension « défensive » (ou « négative ») commandant le caractère « objectif et raisonnable » des actes émanant de la puissance publique, s'ajoute désormais une dimension « positive » ordonnant à l'État de prendre des mesures (législatives, réglementaires, ou autre) visant à établir une plus grande égalité, une égalité plus effective. À l'obligation qui pèse sur les modalités de l'action publique, s'ajoute désormais une obligation à l'action publique »¹⁵⁷³.

518. D'autre part, la notion même d'égalité revient régulièrement dans le discours du juge conventionnel aux termes de son application de l'article 14. La Cour use ainsi de l'expression « égalité des sexes » dans son contentieux relatif à l'article 14 en matière de discrimination fondée sur le sexe. Elle rappelle à ce propos qu'il s'agit d'un « objectif » du Conseil de l'Europe vers lequel les États parties doivent tendre. Ces éléments apparaissent dès 1985 dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, la Cour y affirmant que « la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe »¹⁵⁷⁴. Cet objectif affiché sera repris ultérieurement¹⁵⁷⁵, la Cour liant encore davantage principe de non-discrimination et objectif de

¹⁵⁷² En France par exemple, en 2017, l'Observatoire national des violences faites aux femmes relève que : « 219 000 femmes majeures déclarent avoir été victimes de violences physiques et/ou sexuelles par leur conjoint ou ex-conjoint sur une année. Moins d'1 victime sur 5 déclare avoir déposé plainte. 88% des violences commises par le partenaire enregistrées par les services de police et de gendarmerie sont des femmes. 96% des personnes condamnées pour des faits de violences entre partenaires sont des hommes. 94 000 femmes majeures déclarent avoir été victimes de viols et/ou de tentatives de viol sur une année. [...] 86% des victimes de violences sexuelles enregistrées par les services de police et de gendarmerie sont des femmes ». MIPROF, *La lettre de l'Observatoire nationale des violences faites aux femmes*, Lettre, n°13, novembre 2018, p. 1. V. également pour l'année 2020 : MIPROF, *La lettre de l'Observatoire nationale des violences faites aux femmes*, Lettre, n°17, novembre 2021.

¹⁵⁷³ F. EDEL, *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 193, p. 79.

¹⁵⁷⁴ Cour EDH [plén.], *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, *op. cit.* note 172, §78.

¹⁵⁷⁵ V. par exemple : Cour EDH, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, *op. cit.* note 614, §27 : « La Cour rappelle que la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe » ; Cour EDH, 1ère Section, *J.D. et A c. Royaume-Uni*, 24 octobre 2019, req. n°32949/17 et 34614/17, §89 : « La Cour considère également que la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe et que seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une telle différence de traitement » ; Cour EDH, 3ème section, *B. c. Suisse*, 20 octobre 2020, req. n°78630/12, §65 : « La Cour rappelle en outre que la progression vers l'égalité des sexes est depuis longtemps un but important des États membres du Conseil de l'Europe et que seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une telle différence de traitement ».

progression vers l'égalité des sexes. Ainsi, dans l'affaire, *Ünal Tekeli contre Turquie*, la Cour estime que : « la *progression vers l'égalité des sexes* dans les États membres du Conseil de l'Europe [...] *et en particulier l'importance attachée au principe de non-discrimination* empêchent aujourd'hui les États d'imposer cette tradition aux femmes mariées »¹⁵⁷⁶. Elle précisera ce lien par exemple dans l'affaire *Konstantin Markin contre Russie*, liant cet objectif à l'interdiction des différences de traitement¹⁵⁷⁷.

519. **Conclusion de la section.** Les notions d'égalité et de non-discrimination entretiennent ainsi des relations complexes : notions voisines, mais non interchangeables, aux origines différentes, l'interprétation et le sens donnés à ces deux notions ont fait l'objet de nombreuses discussions doctrinales, générant un certain « chaos »¹⁵⁷⁸. Cela rend l'analyse des relations entre l'égalité et la non-discrimination devant les juges strasbourgeois d'autant plus complexe. Pourtant, la Cour semble avoir résolu ce problème : l'égalité est affichée comme une valeur, un objectif, que le principe de non-discrimination tend à poursuivre. La norme juridique d'interdiction des discriminations est alors l'outil au service de l'objectif égalitaire. Dans une certaine mesure, le principe révolutionnaire d'égalité, en tant qu'idéal, n'est pas nié. Il est simplement complété par un principe évolutionnaire de non-discrimination, plus pratique et pragmatique. Une fois de plus, l'analyse du droit conventionnel de la non-discrimination amène à relativiser les craintes mises en lumière par certains discours doctrinaux.

520. Toutefois, l'extension du champ d'application du principe de non-discrimination et l'ajout de nouvelles notions essentielles au droit de la non-discrimination conventionnel – telles les obligations positives ou encore l'interdiction des discriminations indirectes – conduisent à une nouvelle interrogation sur la nature de l'égalité protégée par le principe de non-discrimination. Si pour certains auteurs, l'égalité poursuivie est une égalité collective ou catégorielle – c'est-à-dire une égalité entre groupes ou catégories –, il nous semble que la Cour persiste à protéger une égalité individuelle.

¹⁵⁷⁶ Cour EDH, 4ème Section, *Ünal Tekeli c. Turquie*, 16 novembre 2004, *op. cit.* note 614, §63. Nous soulignons.

¹⁵⁷⁷ Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, *op. cit.* note 138, §127 : « La Cour rappelle en outre que la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe et que *seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une telle différence de traitement* ». Nous soulignons.

¹⁵⁷⁸ F. EDEL, « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *op. cit.* note 1513, pp. 117-142.

Section 2. La poursuite d'un objectif d'égalité individuelle

521. Pour reprendre la formule de Bertrand BADIE, « individu et groupes aspirent autant à la distinction qu'à l'universalité »¹⁵⁷⁹. C'est sur ce fondement que la question du droit à la différence, d'abord pour les individus, puis pour les groupes de personnes, s'est posée. En effet, « [ce] n'est pas le moindre des paradoxes de l'égalité que d'avoir initialement fondé un droit à l'*uniformité* avant de se transformer progressivement en un droit à la *différence* »¹⁵⁸⁰. Nombre d'auteurs s'inquiètent ainsi du glissement du droit de l'égalité ou de la non-discrimination vers un « droit au particularisme »¹⁵⁸¹. Par ailleurs, la question de savoir si la Convention peut servir d'instrument juridique pour protéger les minorités ou les groupes de personnes se pose de longue date. Ainsi, Jacques VELU et Rusen ERGEC estiment que « le système de la Convention est susceptible de protéger également certains droits d'une organisation ou d'un groupe, de même que certains droits des individus considérés en tant que membres d'un groupe social déterminé »¹⁵⁸². Notamment, les minorités sont susceptibles d'être protégées selon ces mêmes auteurs en application de l'article 14 de la Convention¹⁵⁸³, la Grande chambre ayant par exemple affirmé le droit des individus appartenant à une minorité à la liberté d'un mode de vie traditionnel avec les arrêts *Chapman, Lee, Coster, Beard* et *Jane Smith contre Royaume-Uni*¹⁵⁸⁴.

522. Ces considérations amènent à s'interroger sur la nature de l'égalité protégée par le principe de non-discrimination : s'agit-il d'une égalité individuelle ou d'une égalité collective, voire catégorielle ? (2) Pour répondre à cette interrogation, il convient tout d'abord de comprendre l'opposition entre égalité individuelle et égalité catégorielle (1).

¹⁵⁷⁹ B. BADIE, « Sens de la différence », *L'État pluriculturel et les droits aux différences : colloque organisé à Nouméa du 3 au 5 juillet 2002*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 9-21, p. 9.

¹⁵⁸⁰ E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348, p. 634.

¹⁵⁸¹ V. par exemple : G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, Recherches politiques, 1989, pp. 97-121, not. p. 120 ; E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348.

¹⁵⁸² J. VELU, R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 1434, p. 72.

¹⁵⁸³ *Ibid.*, p. 74. V. également : J.-P. MARGUENAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », *op. cit.* note 122, pp. 205-221.

¹⁵⁸⁴ Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276 ; Cour EDH (GC), *Lee c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n° 25289/94 ; Cour EDH (GC), *Coster c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 746 ; Cour EDH (GC), *Beard c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 746 ; Cour EDH (GC), *Jane Smith c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n° 25154/94.

1. L'opposition entre conception individuelle, conception collective et conception catégorielle de l'égalité

523. Trois conceptions de l'égalité peuvent être considérées : une conception individuelle, une conception collective et une conception catégorielle.

524. S'agissant de l'opposition entre conceptions individuelles et catégorielles, celle-ci a été décrite par Édouard DUBOUT. Pour ce dernier, « [l']approche catégorielle de l'égalité consiste en la reconnaissance juridique de l'existence de catégories d'individus dont il s'agit de prendre en compte les particularités »¹⁵⁸⁵. Il estime notamment que l'égalité catégorielle « est le fruit d'un processus de concrétisation de l'égalité », processus en deux étapes que l'auteur décrit : d'abord, la catégorisation apparaît nécessaire pour protéger l'égalité concrète, puis cette technique de catégorisation induit un glissement vers la protection des catégories elles-mêmes¹⁵⁸⁶. Ainsi, l'égalité catégorielle renvoie à une égalité concrétisée dans laquelle la protection des catégories d'individus serait l'inévitable conséquence, tandis que l'égalité individuelle ne pourrait renvoyer qu'à une conception formelle et abstraite de l'égalité, nécessairement incomplète pour lutter contre toutes les formes de discrimination. L'usage de la notion d'égalité catégorielle se fait donc par référence à l'égalité concrète. Cela interroge sur le lien entre la conception individuelle de l'égalité et la notion d'égalité formelle : puisque l'égalité catégorielle est pour Édouard DUBOUT une conséquence de la recherche d'une égalité plus concrète, l'égalité individuelle serait-elle par comparaison nécessairement la conséquence d'une égalité abstraite ? L'égalité formelle est une « égalité juridique ou égalité en droit »¹⁵⁸⁷. Le résultat attendu de cette exigence d'égalité formelle est l'égalité des sujets de droit *devant* la loi et l'interdiction de certaines catégorisations juridiques *dans* le contenu des règles juridiques pour ne pas rompre l'égalité entre les individus, pour reprendre la formulation kelsénienne. Ainsi, l'égalité formelle est bel et bien individuelle : elle concerne les sujets de droit. Quant à l'égalité concrète, il peut s'agir d'une égalité matérielle – celle qui vise à compenser un désavantage par l'octroi d'un droit spécifique –, une égalité substantielle – celle qui implique de traiter différemment des situations différentes –, une égalité réelle – celle qui implique de lutter contre les inégalités sociales¹⁵⁸⁸. On peut effectivement convenir avec

¹⁵⁸⁵ E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348, p. 635.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 636.

¹⁵⁸⁷ J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*

Édouard DUBOUT que ces formes d'égalité concrète rompent parfois avec une conception individuelle de l'égalité. En effet, s'agissant de l'égalité matérielle par exemple, Jérôme Porta explique que « peut être considérée comme discriminée, la personne qui n'accède pas à un bien, un droit, un avantage en raison de qualités singularisées – le sexe, l'âge, le handicap, etc. – méconnues par la norme. Son application indifférenciée peut ainsi créer une situation de désavantage »¹⁵⁸⁹. C'est alors la compensation de ce désavantage fondé sur une « qualité singularisée » que vise l'égalité matérielle. Si la logique est bien singularisée ou individualisée en théorie, en pratique la compensation d'un tel désavantage s'inscrit dans le droit par la création de catégories juridiques reprenant ces particularités. Il en est ainsi, par exemple, de dispositions juridiques accordant des droits particuliers aux femmes en situation de grossesse en raison de cette condition spécifique. Le glissement vers l'égalité catégorielle est visible. L'égalité substantielle a également pour conséquence un tel glissement. Pour certains auteurs considérer qu'est également discriminatoire l'absence de différenciation revient à instituer un droit à la différence¹⁵⁹⁰, lequel protège les spécificités des individus. Mais là encore, on peut considérer que « ce n'est pas tant la particularité individuelle qui est prise en compte que la particularité commune aux membres de la catégorie »¹⁵⁹¹. Enfin, s'agissant de l'égalité réelle, Jérôme PORTA estime que « pareille conception de l'effectivité de l'égalité rompt avec les appréciations tout à la fois individuelles et qualitatives de l'égalisation. L'inégalité peut alors être formulée dans les termes collectifs des statistiques »¹⁵⁹² comme ce fut le cas devant la Cour européenne des droits de l'homme par exemple dans les affaires *Zarb Adami contre Malte*¹⁵⁹³ ou *D.H. et autres contre République tchèque*¹⁵⁹⁴.

525. Allant dans le sens de cette opposition entre conceptions individuelles et catégorielles de l'égalité, l'emploi de l'égalité catégorielle renvoie également à l'idée de droits catégoriels, droits pour lesquels Danièle LOCHAK estime que « [parler] de « droits catégoriels », n'est-ce pas postuler l'existence de droits qui ne seraient plus revendiqués par tous ni applicables à tous, mais seulement à des catégories d'individus, sonnait ainsi le glas de l'universalité des droits de

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*

¹⁵⁹⁰ Par exemple : E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348, p. 646.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 648.

¹⁵⁹² J. PORTA, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2ème partie) », *op. cit.* note 148, p. 354.

¹⁵⁹³ Cour EDH, 4ème Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, *op. cit.* note 135.

¹⁵⁹⁴ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136.

l'Homme ? »¹⁵⁹⁵. Les droits catégoriels, revendiqués donc par certaines catégories d'individus, s'opposeraient alors aux droits individuels classiques et universalistes, accordés à l'ensemble des sujets de droit.

526. Il convient de préciser que la spécificité de l'égalité catégorielle par rapport à la notion d'égalité collective repose sur l'usage de la notion de catégorie. En effet, l'égalité collective se construit par opposition avec une égalité individuelle car elle consacrerait une égalité entre groupe d'individus et non plus seulement entre individus. S'agissant de l'égalité catégorielle, elle se consacre une égalité entre catégories et non pas seulement entre groupes d'individus. Comme le rappelle Yaël ATTAL-GALY, la catégorie est différente des concepts voisins de groupes ou de minorités¹⁵⁹⁶. La catégorie est une construction juridique tandis que le groupe ou la minorité sont des constructions sociales. Surtout l'appartenance à un groupe ou une minorité implique « un comportement volontaire et actif de membres qui s'identifient à ce tout »¹⁵⁹⁷, ce qui n'est nullement nécessaire à la construction d'une catégorie juridique. La catégorisation est un outil, un instrument, qui permet de rationaliser la diversité que représente l'espèce humaine. Pour Yaël ATTAL-GALY, la catégorisation est même un instrument au service du droit de l'égalité, puisqu'elle a « pour ambition première de rétablir l'égalité »¹⁵⁹⁸.

527. Toutefois, il apparaît que dans les deux cas – égalité collective ou égalité catégorielle – ce qui pose problème est justement la remise en cause d'une égalité abstraite et individuelle au profit de la protection d'un tout, que ce tout soit le fruit d'une construction juridique et rationnelle – la catégorie – ou d'une construction sociale – le groupe ou la minorité.

528. Sans revenir sur les difficultés tenant à la définition de l'égalité, à sa polysémie et aux différentes formes que cet objectif peut prendre¹⁵⁹⁹, l'opposition entre égalité individuelle et égalité catégorielle ou collective renvoie dos à dos l'abstraction de l'égalité juridique et la concrétisation de la lutte contre les discriminations¹⁶⁰⁰. En effet, l'égalité abstraite signifie tout

¹⁵⁹⁵ D. LOCHAK, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 26 novembre 2013, n° 3, en ligne : <http://revdh.revues.org/187> (consulté le 26 août 2016).

¹⁵⁹⁶ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.* note 437, pp. 10-28. V. *supra*. §118 et s.

¹⁵⁹⁷ E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348, p. 639.

¹⁵⁹⁸ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.* note 437, p. 26.

¹⁵⁹⁹ V. *supra* §§484 et s.

¹⁶⁰⁰ G. CALVES, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in L. POTVIN-SOLIS, *Le principe de non-discrimination face aux inégalités entre les personnes dans l'Union européenne. Actes des Septièmes Journées*

autant son universalité que l'abstraction de l'individu qu'elle protège : son environnement social, ses caractéristiques intrinsèques, son vécu doivent être ignorés. C'est précisément « ce schéma de pensée [qui] conduit à voir dans l'égalité un droit à l'*indifférenciation* et l'*universalisation* »¹⁶⁰¹ puisque les individus sont alors indifféremment identiques, permettant par suite leur pleine égalité. Or, en introduisant certaines notions en droit de la non-discrimination afin de mieux lutter contre les discriminations, cette abstraction serait remise en cause. C'est le cas, selon Édouard DUBOUT, depuis que le droit de la non-discrimination lutte également contre les discriminations indirectes¹⁶⁰². En effet, la preuve d'une discrimination indirecte suppose la preuve d'un « effet de groupe » et la démonstration de l'appartenance du ou des requérants à ce même groupe. Ainsi, puisque la discrimination indirecte « se concentre sur la correction des "effets de groupe"¹⁶⁰³ de mesures qui ne font pourtant aucune distinction interdite[. le] phénomène discriminatoire est d'ores et déjà appréhendé dans une logique catégorielle et non plus individuelle »¹⁶⁰⁴.

529. Ces éléments de distinction étant posés, il convient désormais de s'interroger : la conception individuelle de l'égalité est-elle toujours présente dans le droit conventionnel ?

2. Une conception collective dans la jurisprudence conventionnelle ?

530. Pour certains auteurs, le droit de la non-discrimination communautaire fonctionne déjà de manière catégorielle. C'est notamment le point de vue défendu par Édouard DUBOUT¹⁶⁰⁵,

d'Études du Pôle Européen Jean Monnet, 27, 28 et 29 novembre 2006, Bruxelles, Bruylant, Colloques Jean Monnet, 2010, pp. 47-53, not. pp. 48-49.

¹⁶⁰¹ E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348, p. 638.

¹⁶⁰² E. DUBOUT, « Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ? (en marge de l'arrêt D. H. et autres c. République tchèque du 7 février 2006) », *op. cit.* note 189, pp. 851-883.

¹⁶⁰³ V. *supra*. §§93 et s.

¹⁶⁰⁴ A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 245, pp. 16-17.

¹⁶⁰⁵ E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348, par exemple p. 634 : « Fondées sur une *approche catégorielle en fonction du motif de discrimination* en cause, les directives communautaires entérinent *de jure non seulement des différences au profit des groupes visés à l'article 13 TCE, mais également des différenciations de statuts entre ces groupes* ». Nous soulignons.

Emmanuel DECAUX¹⁶⁰⁶, Aurélia DE TONNAC¹⁶⁰⁷ ou encore Gwénaële CALVES¹⁶⁰⁸. Or, l'approche catégorielle permet d'entériner une protection des groupes auxquels certaines catégories juridiques renvoient. Approche catégorielle et approche collective ne sont ainsi pas si éloignées.

531. S'agissant de la Convention, l'approche choisie par la Cour pendant longtemps était individuelle. Mais à partir des années 2000, certains auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si l'égalité protégée n'était pas, dans ce système juridique européen également, de plus en plus collective. L'ouverture à la protection des modes de vie traditionnels par les arrêts de Grande chambre de 2001, ou encore l'introduction de la notion de discrimination indirecte à partir de l'arrêt *D.H. et autres contre République tchèque* seraient alors les indices du passage à la protection d'une égalité collective. Si certains éléments dans la jurisprudence conventionnelle vont effectivement dans ce sens (2.1.), la Cour n'a pas franchi le pas et le droit de la non-discrimination conventionnel reste individuel (2.2.).

2.1. Indices d'une conception collective

532. À la lecture de la Convention et d'une certaine partie de la jurisprudence de la Cour, on ne peut dénier qu'une conception quelque peu collective de l'égalité puisse être protégée par le droit conventionnel de la non-discrimination.

533. Tout d'abord, la Convention elle-même a été amendée dans ce sens, les protocoles additionnels ayant ajouté une conception plus collective à l'égalité protégée par le principe de

¹⁶⁰⁶ E. DECAUX, « Article II-81-§1, non-discrimination », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article. Tome 2 Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 289-297, not. p. 291 puisque l'approche de la Cour de justice y est qualifiée d'« empirique, catégorielle, soucieuse des situations concrètes et des garanties effectives plus que des grands principes ». Nous soulignons.

¹⁶⁰⁷ A. DE TONNAC, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, *op. cit.* note 245, p. 202 : la lutte contre les discriminations est fondée sur des « Traités généraux [qui] sont en plus complétés par des Conventions d'application catégorielle, au sens où elles ne concernent qu'un seul motif de discrimination ». Nous soulignons.

¹⁶⁰⁸ G. CALVES, « « De manière générale... » : le Conseil d'État face au droit communautaire de la non-discrimination », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 9, pp. 553-556 : « le droit communautaire de la non-discrimination fonctionne de manière strictement catégorielle, ce qui explique les enjeux associés à une interprétation généreuse de son champ d'application *ratione personae*, clé de son développement ». Nous soulignons. Il convient de relever toutefois que l'auteure cantonne cette analyse au droit communautaire de la non-discrimination. En effet, elle estime que, de manière générale, « le droit de la non-discrimination ne fonctionne pas de manière catégorielle : si le principe (objectif) de non-discrimination se double d'un droit (subjectif) à ne pas être victime de discrimination, ce droit est reconnu à tous ». V. G. CALVES, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », *op. cit.* note 1599, pp. 47-53, p. 53.

non-discrimination. Le Préambule du Protocole n°12 dispose ainsi que les États membres du Conseil de l'Europe sont « [résolus] à prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité par la *garantie collective d'une interdiction générale de discrimination* par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales », ce qui « met fin au caractère inutilement limité de l'interdiction de la discrimination dans la Convention » selon Jean-Manuel LARRALDE¹⁶⁰⁹. Nous l'avons dit, si le Protocole n°12 ne fait pas l'objet de notre étude, la Cour elle-même a considéré que la notion de discrimination devait être interprétée de la même manière dans le cadre de l'article 1^{er} du Protocole n°12 et de l'article 14 de la Convention¹⁶¹⁰.

534. Par ailleurs, on ne peut ignorer la référence à certains groupes dans le corps même de la Convention et de ses protocoles. Ainsi, le Protocole n°4 du 16 septembre 1963 fait directement référence aux « étrangers », lesquels ne peuvent faire l'objet « d'expulsions collectives »¹⁶¹¹. Par ailleurs, dès les travaux préparatoires de l'article 14 de la Convention, la référence à « l'appartenance à une minorité nationale » a fait l'objet de discussions. Ainsi, lors de la séance plénière de la première session de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe du 19 août 1949, M. EVERETT, le représentant de l'Irlande, suggérait que « les représentants ici réunis s'engagent à assurer à tous les citoyens, *et en particulier à toute minorité existant dans leur pays*, des garanties contre l'arrestation arbitraire, l'emprisonnement ou l'exil ; la liberté de parole, et, en général, d'expression des opinions ; la liberté d'association et de rassemblement ; enfin, des garanties contre toute discrimination de nature religieuse ou politique »¹⁶¹². De même, la Commission juridique à l'Assemblée Consultative dans son rapport du 5 septembre 1949 exposait que « [la] résolution adoptée par la Commission spécifie que le régime des libertés garanties devra exclure toute [...] discrimination tirée de l'appartenance à une minorité nationale. Après avoir entendu un exposé de M. LANNUNG sur le problème d'une protection

¹⁶⁰⁹ J.-M. LARRALDE, « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », *RTDH*, 2003, n° 56, pp. 1247-1274, not. pp. 1250-1251.

¹⁶¹⁰ Cour EDH (GC), *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, *op. cit.* note 749, §§55-56 : « Nonobstant la différence de portée qu'il y a entre les deux dispositions, le sens du mot inscrit à l'article 1^{er} du Protocole n°12 est censé être identique à celui du terme figurant à l'article 14 [...] Aussi la Cour n'aperçoit-elle aucune raison de s'écarter, dans le contexte de l'article 1^{er} du Protocole n°12, de l'interprétation bien établie de la notion de "discrimination" mentionnée [sous l'angle de l'article 14] ».

¹⁶¹¹ CONSEIL DE L'EUROPE, 16.IX.1963 STE n°46, vol. Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, 16 septembre 1963, art. 4 : « Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites ».

¹⁶¹² Conseil de l'Europe, *Travaux préparatoires de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.* note 1550, pp. 5-6. Nous soulignons.

plus étendue des droits des minorités nationales, la Commission a unanimement reconnu l'importance de ce problème ». Elle précise à « l'attention du Comité des Ministres [du Conseil de l'Europe] [...] la nécessité d'un examen ultérieur du problème, en vue d'une définition précise des droits des minorités nationales »¹⁶¹³, renvoyant la précision de ces droits à des protocoles additionnels. L'article 14, dès l'origine, protège ainsi les membres des minorités nationales, religieuses ou ethniques contre les discriminations, comme le prévoit le libellé de cette disposition, la garantie de droits plus précis étant prévue dans la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales adoptée le 10 novembre 1994 par le Comité des Ministres et entrée en vigueur le 1^{er} février 1998¹⁶¹⁴.

535. Outre les références aux groupes, le système conventionnel accepte que des groupes de requérants déposent des requêtes¹⁶¹⁵ au titre de l'article 34 de la Convention. Le premier arrêt rendu en matière d'interdiction des discriminations – l'*Affaire linguistique belge* – est ainsi issu d'une requête formée par un groupe de particuliers à propos d'une revendication d'un groupe linguistique minoritaire¹⁶¹⁶. Pour Jean-Manuel LARRALDE, « [les] groupes sont donc concernés par le système de protection de la Convention, puisque tant les « organisations gouvernementales » que les « groupes de particuliers » peuvent être des requérants »¹⁶¹⁷. Il ajoute que « en ce qui concerne la Convention européenne, la protection pourrait parfaitement passer par le biais d'une requête inter-étatique, la Cour ayant eu l'occasion d'indiquer que, contrairement aux individus, les États peuvent mettre en cause la législation et les pratiques administratives d'un autre État »¹⁶¹⁸ comme dans l'affaire *Chypre contre Turquie*¹⁶¹⁹. Toutefois, dans ce cas d'espèce, la mise en cause de la législation et des pratiques administratives de l'État turc depuis les opérations militaires dans le nord de Chypre n'a pas abouti à un constat de violation de l'article 14.

536. En l'espèce, le gouvernement chypriote reprochait à la Turquie des atteintes à la Convention au titre des articles 1 à 11, 13, 14, 17 et 18 de la Convention ainsi que des articles 1, 2 et 3 du Protocole n°1 depuis que la Turquie a déclenché des opérations militaires dans le

¹⁶¹³ *Ibid.*, pp. 8-9.

¹⁶¹⁴ Convention-Cadre pour la protection des minorités nationales STE n°157, 1 février 1998.

¹⁶¹⁵ V. *supra* §§106 et s.

¹⁶¹⁶ Cour EDH [plén.], « *Affaire linguistique belge* », 23 juillet 1968, *op. cit.* note 133. Pour une analyse plus précise, V. *supra* §107.

¹⁶¹⁷ J.-M. LARRALDE, « La Conv. EDH et la protection de groupes particuliers », *op. cit.* note 1608, pp. 1247-1274, p. 1252.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 1254.

¹⁶¹⁹ Cour EDH [GC], *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, req. n°25781/94, *Rec. CEDH 2001-IV*.

nord de l'île de Chypre en juillet 1974. Notamment, les griefs soulevés par le gouvernement chypriote concernaient des Chypriotes grecs portés disparus, la disparition des domiciles et biens des Chypriotes déplacés, le droit des Chypriotes grecs déplacés à tenir des élections libres, les conditions de vie des Chypriotes grecs dans le nord de l'île et la situation des Chypriotes turcs et de la communauté tzigane installés dans cette même partie de l'île. La Grande chambre examine dans un premier temps les griefs relatifs aux Chypriotes grecs portés disparus. Elle conclut à la violation continue de l'article 2 relatif au droit à la vie, considérant que les autorités turques n'ont pas mené d'enquête effective sur le sort des Chypriotes grecs disparus¹⁶²⁰, ainsi qu'à la violation continue de l'article 5 en ce que les autorités turques n'ont pas mené d'enquête effective sur le sort des Chypriotes grecs disparus pour lesquels il est allégué qu'ils étaient détenus au moment de leur disparition¹⁶²¹. En revanche, elle rejette le grief relatif à la violation de l'article 4 protégeant contre le travail forcé et l'esclavage, estimant qu'elle n'a pas à « spéculer sur le sort des disparus ou le lieu où ils pourraient se trouver »¹⁶²². Elle refuse également d'examiner les griefs sur le terrain des articles 3, 6, 8, 13, 14 et 17 de la Convention s'agissant des Chypriotes grecs portés disparus. S'agissant des familles des Chypriotes grecs portés disparus, la Grande chambre considère que les autorités turques n'ayant mené aucune enquête sur les circonstances ayant entouré les disparitions, celles-ci ont violé de manière continue l'article 3 de la Convention¹⁶²³. Enfin s'agissant du droit des personnes déplacées au respect de leur domicile et de leurs biens, la Cour conclut à la violation de l'article 8 en ce que les Chypriotes grecs déplacés ne pouvaient regagner leur domicile dans le nord de l'île¹⁶²⁴ ni avoir accès à leurs biens¹⁶²⁵. Enfin, la Cour examine plusieurs griefs relatifs à la violation de l'article 14 : premièrement s'agissant des domiciles et biens des Chypriotes grecs déplacés – grief pour lequel la Cour estime qu'elle n'a pas à examiner cette question ayant déjà conclu à la violation des articles 8 de la Convention et 1 du Protocole n°1 –, deuxièmement s'agissant des mesures visant exclusivement les Chypriotes grecs vivant dans le nord de Chypre, et troisièmement s'agissant des pratiques discriminatoires à l'encontre de la communauté tzigane dans le Nord de l'île. Le gouvernement chypriote considère que « les Chypriotes grecs enclavés [sont] victimes de différences de traitement abusives et injustifiées fondées sur la race et la religion [...] notamment par les restrictions et contraintes systématiques composant la politique

¹⁶²⁰ *Ibid.*, §136.

¹⁶²¹ *Ibid.*, §150.

¹⁶²² *Ibid.*, §140.

¹⁶²³ *Ibid.*, §§ 157-158.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, §175.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, §189.

de nettoyage ethnique dans le Karpas, la politique d'homogénéité démographique menée par [l'État turc], les violations continues des droits de propriété des Chypriotes grecs par suite de l'implantation systématique de colons, les restrictions à la liberté de circulation des Chypriotes grecs déplacés en tant qu'aspect de l'exclusivité ethnique, le transfert aux colons turcs de la possession des biens des Chypriotes grecs déplacés contraints de quitter la région du Karpas, et le fait que les Chypriotes grecs installés dans la zone occupée par la Turquie subissent une privation continue de leurs biens »¹⁶²⁶. Sur ce point, la Cour conclut également qu'il n'y a pas lieu de recherche s'il y a eu violation de l'article 14 compte tenu de son constat de violation sur le terrain de l'article 3 de la Convention. S'agissant de l'allégation de discrimination à l'encontre de la communauté tzigane chypriote turque, la Cour considère « qu'il n'est pas établi que, pendant la période à l'étude, il existait une pratique administrative de violation des droits des membres »¹⁶²⁷ de cette communauté. Ainsi, si la Cour en l'espèce ne conclut pas à l'existence d'une violation on peut constater qu'elle examine les griefs, y compris ceux n'étant pas relatifs à une allégation de discrimination, de manière collective : elle traite des violations subies par des groupes de personnes tels que les « Chypriotes grecs disparus », les « familles de Chypriotes grecs disparus », les « Chypriotes grecs déplacés », « la communauté tzigane chypriote turque ». L'ensemble de l'analyse, bien que n'aboutissant pas nécessairement à la conclusion d'une violation des dispositions de la Convention, repose effectivement sur une conception collective des personnes subissant les violations alléguées.

537. La protection par la Cour des « groupes vulnérables » contre les discriminations va également dans le sens d'un glissement vers une conception collective, si ce n'est catégorielle, de l'égalité. En effet, au même titre que « la reconnaissance catégorielle s'opère à partir du constat que des catégories entières d'individus sont privées de l'exercice des droits et d'une participation active dans la société »¹⁶²⁸, la protection des groupes vulnérables est une réponse juridique apportée au constat de la persistance de certaines discriminations ou de leurs conséquences dans le temps. Par exemple, dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, la minorité rom est qualifiée par la Cour de groupe vulnérable en raison de son histoire et des discriminations passées qu'elle a subies¹⁶²⁹. Or pour certains auteurs, tels Yaël ATTAL-GALY, la protection de groupes vulnérables relève également d'une conception catégorielle de

¹⁶²⁶ *Ibid.*, §312.

¹⁶²⁷ *Ibid.*, §353.

¹⁶²⁸ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, op. cit. note 437, p. 25.

¹⁶²⁹ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, op. cit. note 136, not. §13.

l'égalité puisqu'alors les textes précisent « l'étendue du principe d'égalité en désignant clairement les catégories d'individus qui nécessitent *en raison de leur vulnérabilité*, un traitement particulier »¹⁶³⁰. Allant plus loin encore, Édouard DUBOUT considère que « [la] formulation de la protection de l'égalité en termes de lutte contre les discriminations fondées sur certains motifs entraîne l'aveu que l'appartenance aux catégories explicitement visées doit faire l'objet d'une attention accrue »¹⁶³¹. Pour lui, il n'y a qu'un pas entre le constat d'une vulnérabilité d'un individu en raison de ses appartenances et le constat de la vulnérabilité de la catégorie elle-même. Il poursuit en estimant que « [catégoriser] au sein d'un ensemble de personnes, souffrant ou risquant de souffrir d'une discrimination, revient à reconnaître que cette catégorie de personnes est en soi plus vulnérable. Ce faisant, la protection individualiste de l'égalité des personnes les plus menacées donne naissance à une logique catégorielle de l'égalité [puisqu'il] ne s'agit plus de protéger une égalité entre des personnes, mais une égalité entre catégories de personnes »¹⁶³². Ainsi, la seule reconnaissance des groupes vulnérables et leur protection au titre notamment de l'article 14, comme c'est le cas pour les Roms¹⁶³³ ou Tsiganes¹⁶³⁴ en Europe ou encore les personnes séropositives¹⁶³⁵ ou les personnes souffrant d'un handicap¹⁶³⁶, suffit à considérer que l'égalité poursuivie par la clause antidiscriminatoire est une égalité catégorielle, puisqu'alors on rétablit l'égalité entre un groupe vulnérable et un groupe majoritaire et non plus entre individus.

538. Enfin, l'introduction en droit conventionnel par l'arrêt *Hugh Jordan contre Royaume-Uni*¹⁶³⁷ de la possibilité pour une discrimination de résulter des effets produits par une mesure alors même que le contenu de cette mesure n'est pas discriminatoire, puis la consécration par l'arrêt de Grande chambre *D.H. et autres contre République tchèque*¹⁶³⁸ de la notion de discrimination indirecte, participent au glissement vers une conception plus collective de l'égalité¹⁶³⁹. En effet, est une discrimination indirecte aux yeux de la juridiction strasbourgeoise tout critère ou pratique apparemment neutre affectant de manière défavorable un groupe de personnes défini par une caractéristique protégée. Ce sont donc les effets disproportionnés sur

¹⁶³⁰ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.* note 437, p. 25.

¹⁶³¹ E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348, p. 644.

¹⁶³² *Ibid.*, p. 645.

¹⁶³³ V. notamment : Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136.

¹⁶³⁴ Par exemple : Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276.

¹⁶³⁵ Par exemple : Cour EDH, 1ère Section, *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, *op. cit.* note 446.

¹⁶³⁶ Par exemple : Cour EDH, 1ère Section, *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, *op. cit.* note 514.

¹⁶³⁷ Cour EDH, 3ème Section, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, *op. cit.* note 299

¹⁶³⁸ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136

¹⁶³⁹ Pour plus de détails sur cet historique, V. *supra* §§81 et s.

le groupe auquel le ou les requérants appartiennent qui sont au cœur de la démonstration de l'existence d'une discrimination indirecte. Ainsi, dans l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, la Cour n'établit pas l'existence d'effets disproportionnés de la législation sur les requérants, des enfants d'origine rom et leurs familles estimant que le placement des enfants dans des écoles spéciales était discriminatoire. Elle établit l'existence d'effets disproportionnés de la législation sur le groupe auquel les requérants appartiennent, à savoir la communauté rom, notamment par l'observation des statistiques fournies pour l'ensemble des enfants roms placés dans des écoles spéciales en République tchèque¹⁶⁴⁰. Plus qu'une conception collective de l'égalité, prouvée par la centralité des « effets de groupe » dans la conception de la discrimination indirecte, pour Édouard DUBOUT « l'approche catégorielle sous-tend l'interdiction des discriminations indirectes »¹⁶⁴¹. En effet, la logique même de la discrimination indirecte suppose « d'identifier au sein d'une distinction opérée de manière apparemment neutre entre deux catégories de personnes [...], si l'une des deux catégories ne comprend pas en réalité davantage de personnes d'une autre catégorie qui serait protégée »¹⁶⁴² juridiquement. En effet, et pour reprendre l'exemple de l'affaire *D.H. et autres contre République tchèque*, considérer que la politique de placement des enfants dans des écoles spéciales à la suite du test psychologique constitue une discrimination indirecte, cela revient à identifier, au sein de la distinction neutre opérée par le test entre les enfants ayant réussi ce test et poursuivant leur cursus dans le système scolaire normal et les enfants n'ayant pas réussi ce test et poursuivant leur cursus dans des écoles spéciales, une catégorie d'appartenance à la communauté rom surreprésentée parmi les enfants ne réussissant pas le test psychologique. La logique n'est ainsi plus seulement collective, mais bien catégorielle.

539. Malgré ces éléments, on ne peut totalement considérer que la Cour adopte une conception collective ou catégorielle de l'égalité. Certes, la Cour adopte un langage collectif dans certains arrêts ; la Convention accepte le dépôt de requêtes par des groupes de particuliers et a été amendée par l'ajout de Protocoles acceptant une conception collective de l'égalité ; et la protection des groupes vulnérables ou l'interdiction des discriminations indirectes vont dans le sens d'une protection catégorielle de l'égalité. Toutefois, de nombreux éléments vont également dans le sens du rejet d'une telle conception de l'égalité aux yeux de la Cour.

¹⁶⁴⁰ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §§ 190-193.

¹⁶⁴¹ E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348, p. 652.

¹⁶⁴² *Ibid.*, p. 653.

2.2. Rejet d'une conception collective de l'égalité

540. Malgré les éléments allant dans le sens d'une conception collective de l'égalité, on ne peut conclure à l'adoption par la Cour elle-même d'une telle conception de l'égalité comme objectif visé par l'article 14.

541. Premièrement, la Commission EDH, dès 1983, a affirmé que « la Convention ne garantit pas de droits spécifiques aux minorités »¹⁶⁴³, dans une décision d'irrecevabilité rendue à la suite d'une requête déposée par deux Lapons de Norvège. En l'espèce, les deux requérants appartenant à la minorité lapone protestaient contre le projet de construction d'une centrale hydroélectrique, et pour ce faire avaient installé une tente lapone face au Parlement norvégien, laquelle fut enlevée de force après quelques jours. Les requérants et d'autres membres du groupe furent condamnés à une amende contre laquelle ils formèrent un appel. Les requérants soutenaient devant la Commission que leur arrestation violait leur droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention, que la décision de construction des travaux de la centrale hydroélectrique, dans la mesure où il était impossible aux Lapons d'engager une procédure judiciaire pour se prétendre possesseurs légaux de cette partie de la Norvège, violait leur droit à un recours effectif protégé par l'article 13, et enfin qu'en les forçant à s'intégrer à la société norvégienne la minorité lapone subissait des discriminations contraires à l'article 14. Par une formule quelque peu rapide, la Commission décide que le grief devrait être examiné sous l'angle du droit au respect de la vie privée et familiale¹⁶⁴⁴, et que, bien que la construction de la centrale hydroélectrique ait pour conséquence d'inonder les terres sur lesquelles les Lapons élèvent leurs troupeaux, chassent et pêchent, « [les requérants] n'allèguent pas être incapables de poursuivre leur existence » et « par comparaison avec les vastes régions du nord de la Norvège qui servent à l'élevage des rennes et à la pêche, [...] c'est une zone relativement petite que le projet de la rivière Alta fera perdre aux requérants »¹⁶⁴⁵. La Commission rejette ainsi la requête sur le fondement de l'article 8¹⁶⁴⁶. Elle réitère son affirmation selon laquelle « [la] Convention ne garantit aucun droit spécifique aux minorités », tout en nuancant en estimant que « méconnaître un mode de vie particulier des minorités peut poser problème sous

¹⁶⁴³ Commission EDH [plén.], *G. et E. c. Norvège*, 3 octobre 1983, req. n°9278/81 et 9415/81, §1, p. 35.

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*, pp. 42-43, §2.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.* p. 43, §2.

¹⁶⁴⁶ Elle ajoute par ailleurs que le grief tiré de l'article 1^{er} du Protocole n°1 (droit à la propriété) est mal fondé puisque les requérants ne sont pas propriétaires des terres en question, et ne peuvent donc se prévaloir du droit de propriété ou d'une protection contre l'expropriation. *Ibid.*, pp. 43-44, §3.

l'angle de l'article 8 »¹⁶⁴⁷. Mais pour la Commission « rien n'indique que les requérants aient été traités d'une manière pouvant être qualifiée de discriminatoire et contraire à l'article 14, ni qu'ils aient été obligés de renoncer à leur mode de vie »¹⁶⁴⁸. Ainsi, alors que les requérants argumentaient sur le caractère collectif des atteintes à l'égalité subies – l'ensemble de la minorité lapone étant susceptible d'être discriminée à raison de cette origine – la Commission EDH fonde son argumentation sur les discriminations réellement subies par les requérants eux-mêmes.

542. S'agissant de la Cour, elle a adopté le même type de raisonnement face à des minorités religieuses alléguant avoir subi des discriminations. Par exemple, dans l'affaire *Cha'are Shalom Ve Tsedek contre France*, l'association requérante, minoritaire dans la communauté juive de France, contestait le refus d'agrément en matière de délivrance de la certification cachère¹⁶⁴⁹. L'association requérante estimait que le refus d'agrément, lequel était nécessaire à l'habilitation des sacrificateurs de l'association pour pratiquer l'abattage rituel, portait une atteinte discriminatoire à son droit de manifester sa religion, protégé par l'article 9 combiné avec l'article 14. Pour l'association *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, le fait que les autorités françaises n'aient délivré un tel agrément qu'à une seule autre association, l'Association consistoriale israélite de Paris dite ACIP, participe de cette discrimination à l'encontre de la communauté juive ultra-orthodoxe, minoritaire en France. Alors que l'association requérante formule son argumentation autour de l'idée d'un collectif, d'un groupe minoritaire, que l'association représente, la Cour se place quant à elle vis-à-vis des individus, les fidèles membres de l'association¹⁶⁵⁰. Notamment, pour la Cour, « il n'y aurait ingérence dans la liberté de manifester sa religion que si l'interdiction de pratiquer légalement cet abattage conduisait à l'impossibilité pour les croyants ultra-orthodoxes de manger de la viande provenant d'animaux abattus selon les prescriptions religieuses qui leur paraissent applicables en la matière »¹⁶⁵¹. Or, les fidèles de l'association requérante peuvent s'approvisionner auprès de bouchers contrôlés par l'ACIP qui proposent à la vente de la viande correspondant aux prescriptions des ultra-

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 45, §7.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*

¹⁶⁴⁹ Cour EDH (GC), *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, req. n° 27417/95, *Rec. CEDH 2000-VII*

¹⁶⁵⁰ Nous souscrivons ici à l'analyse posée par Jean-Manuel LARRALDE. V. J.-M. LARRALDE, « La Conv. EDH et la protection de groupes particuliers », *op. cit.* note 1608, pp. 1247-1274, not. p. 1258 : « Dans cette espèce, qui concernait un refus d'agrément opposé, en matière de délivrance de la certification cachère, à une association minoritaire au sein de la communauté juive de France, la Cour retient assez clairement l'intégration de l'abattage rituel au sein de la liberté de religion. Mais, elle n'entend visiblement pas faire de la Convention un instrument protecteur du droit à la différence. Si les juges dissidents consacrent leurs propos à l'association requérante, en tant que groupe minoritaire, la Cour se place vis-à-vis des « fidèles » de l'association ». Nous soulignons.

¹⁶⁵¹ Cour EDH (GC), *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, *op. cit.* note 1648, §80.

orthodoxes, et l'association Cha'are Shalom Ve Tsedek pouvait s'approvisionner elle-même en Belgique¹⁶⁵². S'agissant de l'allégation de discrimination, par ailleurs centrale dans le raisonnement tenu au préalable par la Commission en l'espèce, mais bien plus secondaire dans l'argumentation tenue par la Cour¹⁶⁵³, cette dernière conclut à une différence de traitement « de faible portée » et justifiée de manière objective et raisonnable¹⁶⁵⁴ au regard du fait d'une part que le rejet de l'agrément a eu un effet limité dans le droit de l'association Cha'are Shalom Ve Tsedek de manifester sa religion, et que d'autre part cette mesure poursuivait un but légitime – celui de la protection de la santé et de l'ordre publics – et que les moyens employés pour parvenir à ce but étaient proportionnés.

543. La Cour rendra par la suite cinq arrêts relatifs à la minorité tsigane, les arrêts *Chapman, Beard, Coster, Lee et Jane Smith contre Royaume-Uni*¹⁶⁵⁵ du 18 janvier 2001, arrêts dans lesquels les requérants soutenaient que « le système juridique britannique ne [tenait] pas compte du mode de vie traditionnel [des Tsiganes] puisqu'il les traite de la même manière que la majorité de la population, voire les désavantage par rapport à la population en général »¹⁶⁵⁶. Les requérants demandaient ainsi spécifiquement à être traités différemment, en application de la jurisprudence *Thlimmenos contre Grèce*¹⁶⁵⁷ en tant que membre d'une minorité nationale. Alors que les requérants formulent leurs griefs en mettant en avant le caractère collectif de la discrimination alléguée, là encore la Cour s'attache à répondre par rapport à la situation non de la communauté tsigane, mais bien par rapport à celle des requérants. Elle estime ainsi que les mesures prises en l'espèce, à savoir le refus de permis d'aménagement foncier, sont justifiées de manière objective et raisonnable et poursuivaient l'objectif de protection de l'environnement¹⁶⁵⁸. Pour Jean-Manuel LARRALDE, ces arrêts « montrent également la volonté

¹⁶⁵² *Ibid.*, §81.

¹⁶⁵³ La Cour règle la question de l'atteinte discriminatoire à l'article 9 en deux paragraphes, quand la Commission dans sa décision de recevabilité examine longuement les arguments des parties avant de conclure à la nécessité d'examiner ces observations au fond. V. Commission EDH [plén.], *L'association culturelle israélite Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 7 avril 1997, req. n°27417/95.

¹⁶⁵⁴ Cour EDH (GC), *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, *op. cit.* note 1648, §87.

¹⁶⁵⁵ Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276 ; Cour EDH (GC), *Beard c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 746 ; Cour EDH (GC), *Coster c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 746 ; Cour EDH (GC), *Lee c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 1583 ; Cour EDH (GC), *Jane Smith c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 1583.

¹⁶⁵⁶ Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276, §127.

¹⁶⁵⁷ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77.

¹⁶⁵⁸ À noter que la Cour estimait, sous l'angle de l'article 8, que « l'appartenance à une minorité dont le mode de vie traditionnel diffère de celui de la majorité de la société ne dispense pas de respecter les lois destinées à protéger le bien commun, tel l'environnement », qu'« il importe de se rendre compte qu'en principe, les Tsiganes sont libres de s'installer sur tout site caravanier bénéficiant d'un permis d'aménagement ; nul n'a laissé entendre que les permis excluent les Tsiganes en tant que groupe. Ils ne sont pas traités plus mal que tout non-Tsigane qui souhaite vivre dans une caravane et n'apprécie pas d'habiter dans une maison » et enfin qu'« [il existe d'autres solutions]

jurisprudentielle de ne pas faire de la Convention un instrument dédié à la protection des minorités »¹⁶⁵⁹ alors même qu'ils ont été présentés par plusieurs auteurs comme point de départ de la protection du « mode de vie traditionnel » des minorités¹⁶⁶⁰.

544. La seule présence d'un groupe ne déclenche par ailleurs pas l'application de l'article 14, suggérant que l'égalité protégée n'est pas collective. D'une part, les critères de recevabilité des requêtes sont strictement identifiés dans la Convention et dans le règlement de la Cour. Pour qu'une requête soit déclarée recevable aux termes de l'article 47 du règlement de la Cour, celle-ci doit contenir toutes les informations relatives à l'identification du ou des requérants ainsi que de son représentant, les documents à l'appui de la requête, le détail des faits permettant à la Cour de déterminer la nature et l'objet de la requête. Aux termes de l'article 35 de la Convention, les conditions de recevabilité des requêtes sont l'épuisement des voies de recours internes, l'introduction de la requête dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive, l'absence d'anonymat de la requête, la non-redondance de la requête, la compatibilité de la requête avec les dispositions de la Convention ou de ses protocoles. L'appartenance à un groupe n'est donc pas un critère de recevabilité d'une requête. D'autre part, il n'est pas non plus un critère de déclenchement de l'article 14 puisqu'il arrive à la Cour de constater l'absence de violation du principe de non-discrimination alors même qu'un groupe minoritaire est à l'origine de la requête. C'est le cas par exemple des nombreuses affaires relatives aux ressortissants turcs d'origine kurde qui ont déposé des requêtes devant la juridiction strasbourgeoise pour usage excessif de la force ou violation de leur droit à la liberté d'expression¹⁶⁶¹. Si les recours des membres de la minorité kurde se sont multipliés ces

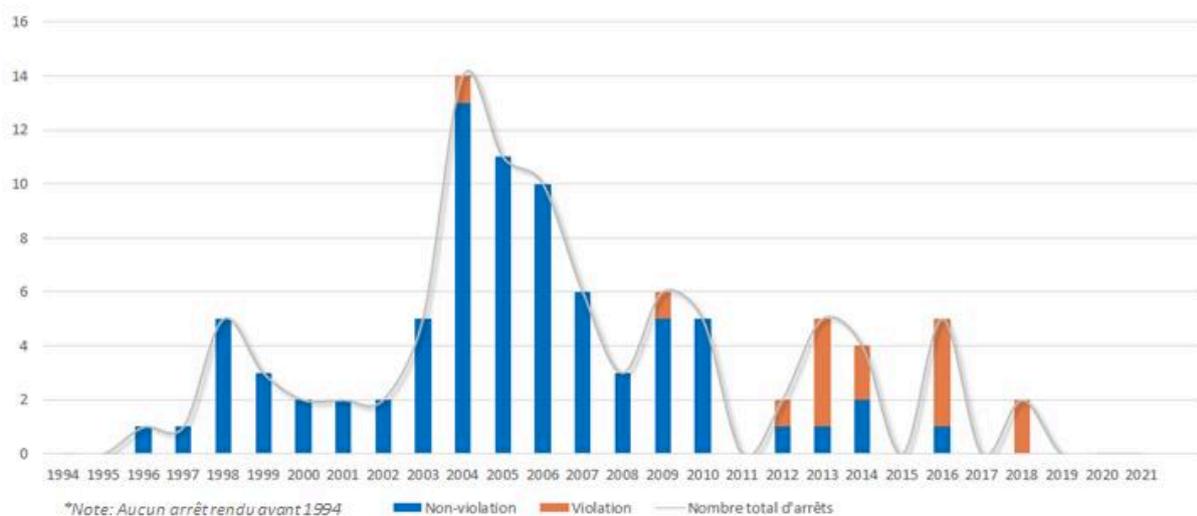
pour la requérante que de continuer d'occuper un terrain sans permis d'aménagement dans la ceinture verte ». V. Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276, respectivement §§96, 97 et 113.

¹⁶⁵⁹ J.-M. LARRALDE, « La Conv. EDH et la protection de groupes particuliers », *op. cit.* note 1608, pp. 1247-1274, p. 1259.

¹⁶⁶⁰ V. par exemple : F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 86, p. 107.

¹⁶⁶¹ V. par exemple : Cour EDH (GC), *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, req. n° 21893/93, *Rec. CEDH 1996-IV* ; Cour EDH (GC), *Menteş et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, req. n° 23186/94, *Rec. CEDH 1997-VIII* ; Cour EDH, *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, req. n° 22729/93, *Rec. CEDH 1998-I* ; Cour EDH, *Selçuk et Asker c. Turquie*, 24 avril 1998, req. n° 23184/94 et 23185/94, *Rec. CEDH 1998-II* ; Cour EDH, *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, req. n° 24276/94, *Rec. CEDH 1998-III* ; Cour EDH, *Tekin c. Turquie*, 9 juin 1998, req. n° 22496/93, *Rec. CEDH 1998-IV* ; Cour EDH, *Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998, req. n° 23818/94, *Rec. CEDH 1998-IV* ; Cour EDH (GC), *Tanrikulu c. Turquie*, 8 juillet 1999, req. n° 23763/94, *Rec. CEDH 1999-IV* ; Cour EDH (GC), *Çakıcı c. Turquie*, 8 juillet 1999, req. n° 23657/94, *Rec. CEDH 1999-IV* ; Cour EDH, 2ème Section, *Bilgin c. Turquie*, 16 novembre 2000, req. n° 23819/94 ; Cour EDH, 3ème Section, *Tanlı c. Turquie*, 10 avril 2001, *op. cit.* note 924 ; Cour EDH, 1ère Section, *Avşar c. Turquie*, 10 juillet 2001, req. n° 25657/94, *Rec. CEDH 2001-VII* ; Cour EDH, 2ème Section, *Şemsi Önen c. Turquie*, 14 mai 2002, req. n° 22876/93 ; Cour EDH, 2ème Section, *Tepe c. Turquie*, 9 mai 2003, req. n° 27244/95 ; Cour EDH, 2ème Section, *Tekdağ c. Turquie*, 15 janvier 2004, req. n° 27699/95 ; Cour EDH, 2ème Section, *Ipek c. Turquie*, 17 février 2004, req. n° 25760/94, *Rec. CEDH 2004-II*.

dernières années¹⁶⁶², et que le nombre d'arrêts rendus par la Cour contre la Turquie a augmenté depuis la fin des années 1990¹⁶⁶³, il faut cependant signaler que la Cour constate plus souvent l'absence de violation de l'article 14 de la Convention¹⁶⁶⁴. La Cour apparaît d'ailleurs « prudente ou frileuse lorsqu'il s'agit des affaires Kurdes »¹⁶⁶⁵. En tout état de cause, la présence d'un groupe minoritaire dans ces cas d'espèce n'a pas pour conséquence un déclenchement de l'article 14 de la Convention. L'appartenance à un groupe sert ainsi davantage à qualifier la situation du ou des requérants.



Graphique n°12 : Nombre d'arrêts rendus contre la Turquie depuis 1994¹⁶⁶⁶, et répartition selon la solution rendue par la Cour

545. À tout le moins, les « groupes vulnérables » font l'objet d'une protection plus poussée dans le système conventionnel, mais l'usage de la notion de vulnérabilité est plus complexe qu'il n'y paraît dans la jurisprudence. Comme le rappelle Céline RUET, « la vulnérabilité est appréhendée le plus souvent par le terme de situation, parfois de qualité, de statut, ou est rapportée à une ou des personnes »¹⁶⁶⁷. Ainsi, la notion de « groupes vulnérables » si elle

¹⁶⁶² M.S. HELALI, « La question Kurde devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Civitas Europa*, 2015, vol. 34, n° 1, pp. 55-69, p. 58.

¹⁶⁶³ V. Graphique n°12. V. également les statistiques de la Cour : CONSEIL DE L'EUROPE, *Violations par article et par État 1959-2021*, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 1 janvier 2022, en ligne : https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2021_FRA.pdf (consulté le 24 juin 2022).

¹⁶⁶⁴ V. Graphique n°12.

¹⁶⁶⁵ M.S. HELALI, « La question Kurde devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.* note 1661, pp. 55-69, p. 66.

¹⁶⁶⁶ Aucun arrêt n'a été rendu entre 1968 et 1994 concernant la Turquie.

¹⁶⁶⁷ C. RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 449, pp. 317-340, p. 318.

emporte des conséquences juridiques indéniables¹⁶⁶⁸, relève surtout d'une qualification de la *situation* du groupe de personnes : ils sont aux yeux de la Cour dans une *situation* de vulnérabilité, qu'elle prend en compte. Tel est le cas de la minorité rom en raison de son histoire, de l'absence de territoire propre pour cette minorité « défavorisée et vulnérable »¹⁶⁶⁹. Il en est de même des personnes déplacées, qualifiées de « groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable »¹⁶⁷⁰ ; des demandeurs d'asile en raison de la situation « particulièrement précaire et vulnérable »¹⁶⁷¹ dans laquelle les « parcours migratoires et [...] expériences traumatiques qu'ils peuvent avoir vécues »¹⁶⁷² les ont placés ; ou encore des détenus dont les conditions de détention peuvent faire l'objet d'un contrôle de la Cour sous l'angle notamment de l'article 3 de la Convention interdisant les traitements inhumains ou dégradants¹⁶⁷³. Toutefois, s'arrêter à l'analyse des seuls groupes vulnérables serait réducteur, la vulnérabilité pouvant servir à qualifier la situation d'individus plutôt que de groupes¹⁶⁷⁴. Paul MARTENS va jusqu'à estimer « qu'apparaît dans la jurisprudence la silhouette d'un nouvel homme : l'*homo vulnerabilis* »¹⁶⁷⁵. Par ailleurs, l'usage de la notion de vulnérabilité reste fluctuant et hétérogène¹⁶⁷⁶ devant la Cour européenne des droits de l'homme, « la compassion juridictionnelle [ayant] ses limites »¹⁶⁷⁷. Ainsi, les prostituées, souvent présentées comme des personnes particulièrement vulnérables, ne bénéficient pas de ce statut devant la juridiction strasbourgeoise¹⁶⁷⁸. Certains requérants peuvent même rejeter la référence à la vulnérabilité de

¹⁶⁶⁸ V. *supra* §§125 et s.

¹⁶⁶⁹ Cour EDH (GC), *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 266, §47.

¹⁶⁷⁰ Cour EDH (GC), *Chiragov et autres c. Arménie (décision)*, 14 décembre 2011, req. n°13216/05, §146. Toutefois la formulation ne sera pas reprise dans l'analyse sur le fond : Cour EDH (GC), *Chiragov c. Arménie*, 16 juin 2015, req. n°13216/05, *Rec. CEDH 2015-III*.

¹⁶⁷¹ J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme : des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, Les sens du droit essai, 2e édition, augmentée, 2017, p. 122.

¹⁶⁷² Cour EDH (GC), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, *op. cit.* note 447, §§ 232 et 251.

¹⁶⁷³ Pour une synthèse, V. J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 1670, p. 125. L'auteur rappelle ainsi qu'« une cellule surpeuplée, trop petite et dont les équipements sont insalubres et néfastes pour la santé, méconnaît l'article 3 » selon la jurisprudence de la Cour *Kalachnikov c. Russie* du 15 juillet 2002. On conçoit aisément ici que cette qualification concerne non pas la catégorie « détenus » mais bien que la situation de détention accroît la vulnérabilité des personnes détenues.

¹⁶⁷⁴ Par exemple dans l'affaire *B.S. c. Espagne*, la Cour estime que les juridictions internes n'ont pas suffisamment pris en compte « la vulnérabilité spécifique de la requérante, inhérente à sa qualité de femme africaine exerçant la prostitution ». Nous soulignons. V. Cour EDH, 3ème Section, *B.S. c. Espagne*, 24 juillet 2012, *op. cit.* note 139, §71.

¹⁶⁷⁵ P. MARTENS, « La nouvelle controverse de Valladolid », *RTDH*, 2014, n° 98, pp. 307-331, p. 319.

¹⁶⁷⁶ C. RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 449, pp. 317-340, p. 326. Il est à relever que cette hétérogénéité n'est pas propre à la juridiction strasbourgeoise. V. par exemple pour la Cour de cassation française : X. LAGARDE, « Avant-propos », *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2009*, Paris, Documentation française, 2010, pp. 55-72, p. 57.

¹⁶⁷⁷ P. MARTENS, « La nouvelle controverse de Valladolid », *op. cit.* note 1674, pp. 307-331, p. 320.

¹⁶⁷⁸ V. sur ce point l'analyse formulée par Diane ROMAN : D. ROMAN, « Vulnérabilité et droits fondamentaux – Rapport de synthèse », *RDLF*, 2019, chron. n° 19, en ligne : <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/dossier/vulnerabilite-et-droits-fondamentaux-rapport-de-synthese/> (consulté le 24 juin 2022). On

leur situation¹⁶⁷⁹. Enfin, comme le rappelle Jean-Paul COSTA, « [il] faut observer que parfois, mais pas toujours, la jurisprudence de la Cour protège les personnes vulnérables au titre de la non-discrimination, selon l'article 14 de la Convention, ou le Protocole n°12 ; mais elle se place plus fréquemment en dehors de ce terrain, où la preuve n'est pas facile à apporter »¹⁶⁸⁰. La protection des personnes vulnérables dépasse la seule question de l'interdiction des discriminations, même si on peut se demander si le droit de la non-discrimination n'a pas, dans tous les cas, un lien direct avec la lutte contre les vulnérabilités. Pour Paul MARTENS, « c'est la même volonté de ne plus ignorer les laissés pour compte de la généralité des lois qu'on retrouve dans les réglementations, inspirées de directives européennes, qui luttent contre les discriminations. N'est-ce pas elle qui inspire la jurisprudence de la Cour européenne qui a progressivement « autonomisé » le droit à la non-discrimination consacré par l'article 14 de la Convention, tenu naguère pour inutile ou redondant, et dans le Protocole n°12 dont on espère qu'il cessera bientôt de faire peur aux États. C'est parce qu'il y a des groupes « structurellement fragilisés » que sont admises des actions positives, que sont interdites les discriminations indirectes et que la charge de la preuve est partagée en matière de discrimination »¹⁶⁸¹.

546. Si la vulnérabilité implique effectivement une approche catégorielle, le juge conventionnel « [met] en évidence des spécificités qui doivent être prises en compte dans l'application de la norme, *sans pour autant briser fondamentalement l'unité du sujet des droits de l'homme* »¹⁶⁸². La notion de vulnérabilité est ainsi tout à la fois appréhendée de manière catégorielle et individuelle. Pour Céline RUET, « la reconnaissance de la vulnérabilité est le résultat d'un affinement des droits de l'homme, les sujets vulnérables ou en position de vulnérabilité ne sont pas appréhendés, en ce qu'ils ont même de spécifique, comme des sujets « à part ». Dans sa méthode même, l'approche européenne de la vulnérabilité est inclusive ».

pourrait toutefois nuancer cette absence totale de qualification en estimant que la Cour qualifie la situation de la requérante dans l'arrêt *B.S. c. Espagne* comme étant vulnérable. En réalité, c'est la combinaison de sa situation de femme, étrangère, et exerçant la prostitution, qui rend pour la Cour la requérante particulièrement vulnérable en l'espèce. V. Cour EDH, 3ème Section, *B.S. c. Espagne*, 24 juillet 2012, *op. cit.* note 139.

¹⁶⁷⁹ V. par exemple : Cour EDH, 4ème Section, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, *op. cit.* note 52, §73 : « La Cour note que si le Gouvernement soutient que la requérante, personne à la fois désireuse de se suicider et sévèrement handicapée, doit être considérée comme vulnérable, cette assertion n'est pas étayée par les preuves produites devant les juridictions internes ni par les décisions de la Chambre des lords, qui, tout en soulignant que le droit au Royaume-Uni est là pour protéger les personnes vulnérables, ont conclu que la requérante ne relevait pas de cette catégorie ». Pour Diane ROMAN, la requérante « [clamait] haut et fort son refus d'être qualifiée de personne vulnérable incapable de décider pour elle-même de son sort ». V. D. ROMAN, « Vulnérabilité et droits fondamentaux – Rapport de synthèse », *op. cit.* note 1677.

¹⁶⁸⁰ J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 1670, p. 117.

¹⁶⁸¹ P. MARTENS, « La nouvelle controverse de Valladolid », *op. cit.* note 1674, pp. 307-331, p. 326.

¹⁶⁸² C. RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* note 449, pp. 317-340, p. 320.

Ainsi, la vulnérabilité n'est pas forcément associée à la notion de groupe dans le discours jurisprudentiel ; et même lorsqu'il repose sur une approche catégorielle mettant en avant des spécificités et particularismes, l'usage par le juge de la notion de vulnérabilité ne rompt pas nécessairement avec une approche individuelle des droits – y compris de l'égalité et de la non-discrimination.

547. **Conclusion de la section.** La question de savoir si la Cour tend à protéger plutôt une égalité individuelle d'un côté, ou une égalité catégorielle ou collective de l'autre, ne semble pouvoir être tranchée. Ces conceptions apparemment opposées reviennent à mettre dos à dos une fois encore l'égalité formelle et les formes de concrétisation de cette égalité, en faisant peser sur ces dernières un risque : le différencialisme voire le communautarisme. En effet, en considérant que les formes d'égalité concrète ont pour conséquence la protection d'une égalité collective ou catégorielle – c'est-à-dire l'égalité entre groupes ou entre catégories de personnes par opposition à l'égalité individuelle qui assure une égalité entre les individus –, on suggère que l'égalité individuelle est universaliste et que les égalités collective ou catégorielle favorisent les appartenances minoritaires, les particularismes et donc par suite le différencialisme. Pourtant, à l'analyse des éléments allant dans le sens d'une approche collective ou catégorielle d'une part, et ceux allant dans le sens d'une approche individuelle d'autre part, il semble que la Cour européenne des droits de l'homme adopte une approche intermédiaire. Loin d'avoir remis en cause la conception individuelle des droits de l'homme, inscrite dans la Convention, et donc de l'égalité protégée par l'article 14, elle choisit de poursuivre à la fois une égalité individuelle et une égalité concrétisée qui ne nierait pas les appartenances sociales des individus.

* * *

548. **Conclusion du chapitre.** L'égalité poursuivie par le principe de non-discrimination demeure ainsi essentiellement individualiste, c'est-à-dire une égalité entre individus, quand bien même ces derniers appartiennent à des groupes ou des minorités. Pour Jean-Manuel LARRALDE, la Convention est en cela incomplète. Il estime d'ailleurs que « [ce] caractère volontairement incomplet, dû au pragmatisme des "pères fondateurs" explique également que la Convention européenne des droits de l'homme a clairement été créée sous l'influence d'une conception individualiste des droits de l'homme. L'homme protégé par la Convention n'est que très rarement un homme situé, il reste l'individu le plus souvent sans références précises au corps social ou aux groupes dans lesquels il est pourtant amené à se mouvoir »¹⁶⁸³. Sur ce point

¹⁶⁸³ J.-M. LARRALDE, « La Conv. EDH et la protection de groupes particuliers », *op. cit.* note 1608, pp. 1247-1274, pp. 1248-1249.

pourtant, l'évolution du droit de la non-discrimination conventionnel depuis le milieu des années 2000 semble au contraire démontrer que, si l'égalité visée par le principe de non-discrimination demeure une égalité entre individus, ceux-ci sont effectivement situés. À l'homme abstrait des déclarations universelles de la seconde moitié du XXème siècle s'est substitué un homme situé, protégé individuellement, mais sans fermer les yeux sur les implications de ses appartenances.

Chapitre 2. Un objectif d'égalité individuelle entre personnes situées

549. La conception individuelle de l'égalité, rattachée dans l'idéal républicain à l'abstraction du sujet de droit, implique le rejet de toute reconnaissance des appartenances des individus, qu'elles soient religieuses, culturelles, sexuelles, ou même politiques et philosophiques¹⁶⁸⁴. En raison de cette conception particulière de l'égalité, certains auteurs ont distingué le droit de l'égalité – reposant sur des conceptions individuelles et abstraites du sujet de droit –, et le droit de la non-discrimination – lequel reposerait sur une conception concrète et plus collective du sujet de droit¹⁶⁸⁵.

550. Pourtant, la distinction entre égalité et non-discrimination, n'est pas évidente tant d'un point de vue théorique que dans la pratique au regard de la rédaction de la Convention et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour la Cour, l'égalité est l'objectif de la pratique du droit de la non-discrimination. Dit autrement, en interdisant les discriminations, la Cour de Strasbourg protège et garantit l'égalité entre les individus. Mais s'agit-il d'individus abstraits, comme dans la tradition républicaine française ou bien d'individus concrétisés ?

551. La lecture de la jurisprudence de la Cour apporte une réponse à cette interrogation : l'abstraction du sujet de droit est dépassée dans la jurisprudence strasbourgeoise (Section 2). Une telle démarche – celle de la concrétisation du sujet de droit –, si elle est parfois incomplète, renouvelle dans une certaine mesure la conception de l'universalisme des droits de l'homme sans toutefois la remettre en cause frontalement (Section 1). *In fine*, la réalisation de l'objectif d'égalité réelle ou concrète, qui s'est peu à peu imposé en droit de la non-discrimination, passe par une concrétisation du sujet protégé par le droit.

¹⁶⁸⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. FONDIMARE, « Incompatibility between the “French Republican Model” and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », *op. cit.* note 259, pp. 56-75, p. 58.

¹⁶⁸⁵ V. notamment E. DUBOUT, « Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ? (en marge de l'arrêt D. H. et autres c. République tchèque du 7 février 2006) », *op. cit.* note 189, pp. 851-883 ; E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.* note 1348. V. *supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

Section 1. Écueils et limites de la conception d'un sujet abstrait titulaire de droits

552. Le sujet des droits de l'homme est un individu abstrait depuis les premières déclarations de droits du XVIII^{ème} siècle. Il apparaît comme une caractéristique de l'universalisme des droits de l'homme : les droits universels proclamés sont ceux d'un individu générique, abstrait, condition de leur réelle universalité. En cela, l'abstraction du sujet des droits de l'homme est une caractéristique de l'universalisme des droits. Cette abstraction a fait l'objet de critiques remettant en cause, par suite, l'universalisme des droits proclamés (1). Afin de dépasser ces critiques, une autre figure du titulaire des droits peut être opposée, celle de « l'homme situé » ou concrétisé (2).

1. « L'homme abstrait » au cœur des critiques de l'universalisme

553. L'abstraction du sujet de droit est un élément central de la tradition universaliste des droits permettant l'application du droit généralement à tous les individus sans distinction entre eux. Cette précaution est très ancrée dans la conception des droits de l'homme : l'absence de traits et caractéristiques renvoyant à la réalité permet une application générale et abstraite du droit (1.1.). Toutefois, cette abstraction a fait l'objet de critiques, menant à une remise en cause de la conception du sujet de droit et de l'universalisme des droits de l'homme (1.2.).

1.1. L'abstraction du sujet dans la tradition universaliste et républicaine

554. L'abstraction du sujet de droit est liée la définition juridique de la notion de personne. En effet, « les *sujets* de droit se réduisent aux personnes, et tout ce qui n'est pas personne – la terre et l'eau comme les animaux – entre dans la catégorie des choses, lesquelles ne peuvent être qu'*objets* de droit »¹⁶⁸⁶. Pourtant le sujet de droit dépasse la notion de personne concrète – pour preuve l'existence de personnes morales – et la notion de personne juridique peut elle-même être déconnectée de celle d'individu concret. Pour Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, « la notion de personne juridique a donné lieu à deux conceptions principales au cours de l'histoire. Selon la tradition classique, la personne est *instituée par le droit* au même titre que les choses et les actions. Selon la tradition moderne, à l'inverse, la personne est considérée comme une *donnée naturelle*. L'existence de la personne précède alors les droits dont elle se prétend

¹⁶⁸⁶ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, Paris, PUF, Que sais-je ? n° 1808, 10^e éd. mise à jour, 2007, p. 91.

titulaire »¹⁶⁸⁷. L'abstraction du sujet est alors, dans la tradition moderne, éminemment liée à celle de personnalité juridique. La notion juridique de personne physique sert de trait d'union entre l'individu concret et réel et la catégorie juridique abstraite de personnalité juridique. Dans la tradition moderne, et notamment dans le modèle républicain français, les individus ont la personnalité juridique en application notamment de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui proclame en son article 1^{er} que « les hommes naissent libres et égaux en droit ». Or, « [cette] naissance juridique est indissociable de celle de personne »¹⁶⁸⁸ et une formulation similaire se retrouve dans les textes – notamment du droit international des droits de l'homme – de la seconde moitié du XX^{ème} siècle¹⁶⁸⁹.

555. Exemple-type de cette dissociation entre l'individu concret et le sujet de droit abstrait, jusqu'à la loi du 31 mai 1854 existait en France la notion de mort civile. Il était donc possible, jusqu'à l'adoption de cette loi ayant aboli la mort civile, de condamner un individu à la perte de sa personnalité juridique (ou civile). Cette sanction pénale entraînait la disparition juridique de la personnalité et avait pour conséquence de pouvoir entraîner la succession du vivant de l'individu reconnu coupable¹⁶⁹⁰. Seul l'individu concret et réel demeurait, tandis que le sujet de droit abstrait, titulaire de droits, cessait d'exister. Pour Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, « la suppression de cette sanction pénale s'inscrit dans la perspective de la tradition moderne qui vise à rechercher la coïncidence la plus exacte possible entre la personnalité juridique et l'existence physique d'un individu »¹⁶⁹¹. De même, l'abolition de l'esclavage met fin à une autre dissociation entre être humain concret et personnalité juridique, l'esclave s'étant vu dénier la qualité de personne juridique. Toutefois la disparition de la dissociation entre personnalité juridique et individu concret ne signifie pas pour autant la mise à bas de l'abstraction du sujet. Le sujet de droit dans la tradition moderne reste un individu abstrait afin de permettre l'octroi de droits égaux : la généralité de la norme et l'abstraction du sujet, titulaire des droits, vont alors de pair.

¹⁶⁸⁷ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, Paris, Flammarion, Champs, Éd. revue et augmentée, 2006, p. 24. L'auteur précise : « Préférer une conception plutôt que l'autre relève, au fond, d'un parti pris philosophique ou religieux ».

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 26.

¹⁶⁸⁹ Par exemple, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme qui affirme dans son article 1^{er} que « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». V. DUDH, *op. cit.* note 46.

¹⁶⁹⁰ Pour R. ENCINAS DE MUNAGORRI, cette conséquence est qualifiée de « logique, quoique humiliante ». V. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, *op. cit.* note 1686 p. 26.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*

556. Le sujet de droit – la personne juridique –, dans la conception de l’individualisme juridique, est représenté abstraitement, car le droit n’a pas vocation à traduire la réalité ou des situations de fait¹⁶⁹². La règle de droit et le sujet de droit auquel cette règle s’applique sont abstraits, car la règle de droit vise une situation susceptible de se produire, sans décrire une situation réelle, et doit pouvoir s’appliquer généralement à tous les individus sans distinction. Cette conception est reprise par la tradition républicaine française, notamment celle issue du Code civil, puisque le sujet y est « désincarné et abstrait »¹⁶⁹³, c’est-à-dire précise Philippe MALAURIE « un être plus défini par le droit que par la nature ; [la personne juridique] n’est pas un individu fait d’une âme et d’un corps, mais le titulaire de droits et d’obligations qui peut exercer une activité juridique ; à cet égard, la définition est la même pour les personnes et les personnes morales. La personne est ainsi comprise de manière purement juridique »¹⁶⁹⁴.

557. Conséquence de cette conception individualiste du sujet de droit, cette représentation juridique fait de l’individu un élément central au cœur de la communauté, l’universalité, que constitue notamment la nation¹⁶⁹⁵. En effet, les principes révolutionnaires – tel le principe d’égalité – sont affirmés au bénéfice d’individus abstraits identifiés sous la figure du citoyen, lesquels font corps au sein d’une communauté unifiée qu’est la nation. D’ailleurs, pour Elsa FONDIMARE, lors de la période révolutionnaire, « [l’égalité] des citoyens s’articule [...] à la fois autour d’une perspective individualiste selon laquelle elle institue l’équivalence entre les « individus-citoyens » prêts à devenir « individus-électeurs » et d’une perspective plus communautariste où elle sert avant tout de principe unificateur de la nation. Il s’agit de comprendre que ces deux aspects indissociables s’articulent en permanence dans la conception révolutionnaire de l’égalité et incarnent tous deux le rejet la société d’Ancien Régime (sic) »¹⁶⁹⁶.

558. Cette conception abstraite du sujet, si elle est centrale dans le modèle républicain français, n’est pas propre à la France. Elle se retrouve également en droit international des droits de l’homme, en raison de son attachement à une conception universaliste des droits. Si la question de savoir qui est le sujet du droit en droit international des droits de l’homme – un

¹⁶⁹² J.-C. JOBART, *L’individualisme en droit public français*, Thèse de doctorat dact., Université Toulouse 1 Capitole, 2009, pp. 135 et 137.

¹⁶⁹³ *Ibid.*, p. 137. V. également : P. MALAURIE, *Les personnes, les incapacités*, Paris, Répertoire Defrénois, 2ème édition, 2004, p. 3.

¹⁶⁹⁴ P. MALAURIE, *Les personnes, les incapacités*, *op. cit.* note 1692, p. 3.

¹⁶⁹⁵ E. FONDIMARE, *L’impossible indifférenciation. Le principe d’égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, pp. 34 et s.

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 35.

sujet individuel abstrait ou bien les États eux-mêmes¹⁶⁹⁷ – a fait l’objet de débats en doctrine, nous nous concentrerons ici sur la conception que le droit international des droits de l’homme a de « l’homme » en tant que sujet de la protection offerte par les conventions internationales en matière de droits de l’homme. Il est en effet admis par certains auteurs qu’à partir de la seconde moitié du XXème siècle, l’individu est devenu le sujet du droit international des droits de l’homme¹⁶⁹⁸. Ainsi, Jack DONNELLY relève que les droits énumérés dans la Déclaration universelle des droits de l’homme et les Pactes de 1966¹⁶⁹⁹ sont des droits individuels attribués à des individus abstraitement désignés : « *Every human being* », « *Everyone has the right* », « *No one shall be* », etc.¹⁷⁰⁰. Pour l’auteur, cette abstraction permet d’ailleurs d’exclure l’octroi de droits aux groupes : « *[if] human rights are the rights that one has simply as a human being, then only human beings have human rights. Because only individual persons are human beings, it would seem that only individuals can have human rights* »¹⁷⁰¹.

559. L’abstraction du sujet de droit, en permettant une application générale et indifférenciée du droit, s’ancre dans la conception universaliste des droits de l’homme, mais également dans le modèle républicain français. Toutefois, cet élément est critiquable puisqu’en niant les différences existant réellement entre les individus, l’abstraction du sujet de droit amène à fermer les yeux sur les différences de traitement qui pèsent sur les individus qui n’appartiennent pas à la norme majoritaire sur laquelle le sujet abstrait a été construit.

1.2. L’abstraction du sujet, un élément critiquable

560. De nombreuses critiques à l’encontre du droit international des droits de l’homme reposent justement sur cette abstraction supposée du sujet de droit. Pour Danièle LOCHAK, le modèle normalisé et dominant auquel la règle de droit, exprimée de manière universelle et impersonnelle, renvoie est « le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l’ethnie

¹⁶⁹⁷ Pour un résumé succinct du débat, V. R. CASSIN, « L’homme, sujet de droit international et la protection des droits de l’homme dans la société universelle », in C. ROUSSEAU, *La technique et les principes du droit public. Études en l’honneur de Georges Scelle*, LGDJ, 1950, vol. 1, pp. 67-91, notamment p. 67 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, p. 107.

¹⁶⁹⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, p. 108. Les auteures relèvent toutefois que « la pertinence de cette datation est aujourd’hui débattue ».

¹⁶⁹⁹ ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, Résolution 2200 A (XXI), *op. cit.* note 47 ; ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, Résolution 2200 A (XXI), *op. cit.* note 65.

¹⁷⁰⁰ J. DONNELLY, *Universal human rights in theory and practice*, Ithaca, Londres, Cornell University Press, 3ème éd., 2013, p. 29.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 30.

et à la religion majoritaires, jouissant de toutes ses facultés physiques et mentales »¹⁷⁰². En d'autres termes, le sujet abstrait du droit n'est en réalité absolument pas abstrait, mais bien situé, notamment car il est construit par rapport aux caractéristiques dominantes dans la population majoritaire.

561. De fait, la critique féministe du droit, et notamment du droit des droits de l'homme, démontre que le sujet du droit est en réalité un homme, le plus souvent hétérosexuel et cisgenre (a). Quant à la critique relativiste, elle démontre que ce sujet correspond aux standards (et préjugés) en matière religieuse et ethnique de la population occidentale (b). Dans les deux cas, l'abstraction apparaît comme un leurre : alors que le droit affirme accorder des droits à tous puisque le titulaire désigné de ces droits est un sujet abstrait, il se fonde en réalité sur des standards qui distinguent les individus et excluent certains du bénéfice des droits accordés.

a. La critique féministe : le sujet abstrait masculin

562. Le sujet abstrait des droits de l'homme a fait l'objet d'analyses et de critiques provenant des théories féministes du droit, lesquelles démontrent que ce standard a été fait par et pour des hommes. Comme le précise Nicola LACEY, le projet de ces théories était de « *digging under the surface of the law to look at its implicit assumptions* »¹⁷⁰³, c'est-à-dire révéler les présupposés implicites sur lesquels reposent certains principes juridiques tels que l'abstraction du sujet de droit ou encore la neutralité du droit face au genre¹⁷⁰⁴.

563. Pour nombre d'auteurs tenants des théories féministes du droit, la construction juridique du sujet de droit exclut implicitement les femmes. Les caractéristiques du sujet de droit abstrait – un individu rationnel, participant à la sphère publique – ont été définies en prenant appui sur un sujet masculin, incarné dans la figure du citoyen. La distinction entre la sphère publique – masculine –, et la sphère privée – féminine – est d'ailleurs centrale dans cette analyse. Prenant appui sur les travaux de la pédopsychologue Carol GILLIGAN¹⁷⁰⁵, connue pour avoir notamment distingué entre l'éthique des droits et l'éthique du *care*, plusieurs auteurs ont ainsi développé l'idée que le droit privilégie une analyse masculine du réel. Hillary CHARLESWORTH parle à ce

¹⁷⁰² D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit », *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996, pp. 179-199, p. 180.

¹⁷⁰³ N. LACEY, « Feminist Legal Theory and the Rights of Women », in K. KNOP (dir.), *Gender and Human Rights*, Oxford, University Press, The collected courses of the Academy of European Law 12, 2, 2004, pp. 13-55, p. 27.

¹⁷⁰⁴ Il est alors question de l'indifférence du droit face au genre des individus. Sur ce point, V. *infra* §§591 et s.

¹⁷⁰⁵ C. GILLIGAN, *In A Different Voice - Psychological Theory And Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 38th Ed., 2003.

propos de la nature « androcentrique » du droit et notamment du droit international des droits de l'homme¹⁷⁰⁶. Pour elle, cela s'explique notamment par le fait que les femmes « ont été presque entièrement exclues des discussions importantes relatives aux droits humains où des standards ont été définis, surveillés et mis en œuvre »¹⁷⁰⁷. Elle précise que « le langage et la représentation juridiques soulignent la masculinité : le droit prétend à la rationalité, à l'objectivité et à l'abstraction qui sont des caractéristiques traditionnellement associées aux hommes, et se définit par opposition à l'émotion, la subjectivité et la réflexion circonstancielle, en général associées aux femmes »¹⁷⁰⁸.

564. De fait, depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le sujet des droits de l'homme est un sujet masculin, d'abord explicitement puis implicitement. En réponse à l'article 1^{er} de la Déclaration qui prévoit que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », Olympe DE GOUGES précisera dans sa Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne que « La femme naît libre et demeure égale à l'homme en droits ». Le sujet des droits de l'homme est un sujet masculin à l'origine, et les femmes sont largement exclues du bénéfice des droits de la Déclaration de 1789, puisqu'elles ne sont pas citoyennes. Aux hommes la sphère publique – qui intéresse le droit –, aux femmes la sphère privée – pour laquelle le droit doit être neutre¹⁷⁰⁹. Comme le précise Elsa FONDIMARE : « Si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a été conçue dans des termes universalistes, prévoyant l'égalité des droits pour tous les hommes et tous les citoyens, les débats parlementaires de même que la législation révolutionnaire montrent que l'égalité des droits a été pensée pour remettre en cause *seulement certaines inégalités*, mais n'a jamais eu pour objet le rejet de toute inégalité de droit. Ainsi, l'égalité des droits, dans sa dimension à la fois inclusive et exclusive, s'est bornée à permettre la reconnaissance des droits civils et politiques pour une catégorie d'individus, excluant explicitement ou implicitement d'autres catégories »¹⁷¹⁰, dont les femmes.

¹⁷⁰⁶ H. CHARLESWORTH, *Sexe, genre et droit international*, Paris, A. Pedone, Doctrine(s), 2013, p. 103. Pour l'usage de cette expression, V. également : A. BYRNES, « Women, Feminism and International Human Rights Law », *op. cit.* note 345, pp. 205-240, p. 211.

¹⁷⁰⁷ H. CHARLESWORTH, *Sexe, genre et droit international*, *op. cit.* note 1705.

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 107.

¹⁷⁰⁹ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 18 : « Tout se passe en effet comme si, à partir de la fin du XVIII^e siècle en France, une cloison avait été édifée entre public d'une part, privé d'autre part. La sphère publique serait la sphère de la raison, la sphère privée celle de l'affect et des intérêts particuliers ». V. également : C. PATEMAN, « Feminist critiques of the public/private dichotomy », *Feminism and Equality*, New York, New York University Press, 1987, p. 103 ; C. PATEMAN, *Le contrat sexuel*, Paris, La Découverte, Institut Émilie du Châtelet, Textes à l'appui Genre & sexualité Bibliothèque de l'IEC, 2010, trad. C. NORDMANN.

¹⁷¹⁰ E. FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.* note 147, p. 31.

565. Si aujourd'hui cette exclusion des femmes comme sujet du droit des droits de l'homme n'est plus d'actualité, le présupposé selon lequel le sujet des droits de l'homme est un sujet abstrait, c'est-à-dire non genré, est imparfait. D'une affirmation explicite selon laquelle le sujet des droits de l'homme est un sujet masculin, on est passé à une formulation implicite de cette même idée. Certes, les droits de l'Homme ou les droits humains, quelle que soit la formulation neutre choisie, sont consacrés pour s'appliquer à tous les individus, indépendamment de leur sexe ou de leur genre, mais ils sont rédigés, définis et interprétés par et pour des hommes¹⁷¹¹.

566. Analysant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Susanne BAER démontre ainsi que le citoyen européen détenteur des droits proclamés n'est pas éloigné des personnes présentes lors de la signature de la Charte le 7 décembre 2000 : des hommes, blancs. Pour l'auteure, cette représentation est symbolique de l'image du citoyen européen : « *it is thus only a text, and its proclamation only a gesture, and the picture only symbolic, but we shall see that all this informs the law, and the subject the law envisions, which is the European citizen* »¹⁷¹². Le vocabulaire neutre de la Charte, et l'abstraction du sujet détenteur des droits qui y sont proclamés, ne pallient qu'imparfaitement le fait que les droits fondamentaux sont construits par des hommes, interprétés le plus souvent par des hommes et pour des hommes. De la même manière, la Convention européenne des droits de l'homme a été principalement rédigée et proclamée par des hommes¹⁷¹³. Susanne BAER relève d'ailleurs que le sujet de la Convention est lui-même sexué : quand bien même il existe des variations selon les traductions, le sujet des droits est masculin. Ainsi, elle précise : « *Depending on the language version, there are more or fewer elements of explicit sexing. The German version is, as most legal texts up until the late 1990s, fully masculine. It is a he and never a she who bears the rights of the Convention, or it is a human, then referred to as 'he'. The only exception is Article 12, which guarantees the right to marry to men and women. [...] There is much more implicit sexing in the Convention. As already mentioned, the Convention prioritizes the public over the private,*

¹⁷¹¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit. note 278, p. 89 : « fondamentalement, nombre de règles et de concepts juridiques demeurent marqués par le fait qu'ils ont été conçus et définis essentiellement par et dans un monde dominé par les hommes ».

¹⁷¹² S. BAER, « Citizenship in Europe and the Construction of Gender by Law », in K. KNOP (dir.), *Gender and Human Rights*, Oxford, University Press, The collected courses of the Academy of European Law 12, 2, 2004, pp. 83-112, p. 87.

¹⁷¹³ *Ibid.*, p. 104.

and thus renders the realm of the female irrelevant, thus also ignoring most forms of sexual hierarchy which is played out in the family and the home »¹⁷¹⁴.

567. L'indifférence du droit au genre des individus apparaît ainsi factice, ou à tout le moins imparfaite. Le sujet supposément abstrait des droits de l'homme est bien plus souvent un sujet masculin, hétérosexuel et cisgenre. Partant de ce constat, une vraie concrétisation du sujet de droit, c'est-à-dire la prise en considération de sa situation réelle afin de lui garantir une application juste de ses droits, permettrait de pallier ces imperfections. Le problème n'est d'ailleurs pas seulement l'imperfection du concept de sujet abstrait des droits, mais bien qu'en pratique cette conception du sujet de droit empêche de prendre en compte certaines situations juridiques précises. Pour reprendre les termes d'Hillary CHARLESWORTH, « tous les outils et les catégories de l'analyse juridique internationale deviennent problématiques lorsque l'on comprend que les femmes sont exclues de leur construction »¹⁷¹⁵. Cela amène à s'interroger sur la protection offerte aux situations sexospécifiques par le droit international des droits de l'homme. Par exemple, certaines violations des droits de l'homme, lorsqu'elles ne concernent que des femmes, sont difficilement identifiables et détectées par les organismes chargés de la protection des droits humains. C'est le cas des violences sexuelles subies majoritairement par les femmes. Cette absence de détection pourrait-elle s'expliquer par le fait que le sujet des droits de l'homme, masculin dans les faits, mais abstrait en théorie, ne les subit pas ?¹⁷¹⁶

568. Les droits de l'homme ont également fait l'objet d'une critique en raison de leur origine occidentale, laquelle se retrouve dans la conception du sujet abstrait du droit.

b. La critique relativiste : le sujet abstrait occidental

569. Depuis les années 1990, l'universalisme des droits de l'homme fait l'objet de critiques multiples au nom du relativisme culturel. Les droits de l'homme sont alors « accusés d'être le

¹⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 105.

¹⁷¹⁵ H. CHARLESWORTH, *Sexe, genre et droit international*, *op. cit.* note 1705, p. 145.

¹⁷¹⁶ Sur ce point, V. par exemple : A. BYRNES, « Women, Feminism and International Human Rights Law », *op. cit.* note 345, pp. 205-240, notamment p. 211 : « A failure to realise that women may have suffered violations whose form has been influenced by the fact that they are women and to inquire specifically about such violations may mean that certain types of human rights violations which have a genre-specific cause or form are not detected. For example, in the area of refugee law, women refugees are frequently subject to various forms of sexual abuse which may form part of the persecution from which they have fled or which may have experienced while travelling or while living in refugee camps. The failure to be aware of the possibility of such violations and the fact that women will often be reluctant to talk about them [...] can mean that not only may a woman's claim to refugee status never be uncovered but the need for appropriately formulated medical or other programs to address the results of gender-specific violations may not be perceived ».

reflet de conceptions occidentales »¹⁷¹⁷. Sont tout à la fois critiqués : la conception individualiste des droits de l'homme hérité des Lumières puis des Déclarations du XXème siècle, l'impérialisme occidental dont les droits de l'homme serait une nouvelle forme, et l'origine culturelle et religieuse des droits de l'homme empêchant leur application universelle¹⁷¹⁸.

570. Caroline SÄGESSER rappelle que « le concept même de droits de l'homme repose sur la conviction que ces droits appartiennent à tout être humain, indépendamment de sa culture ou de sa religion »¹⁷¹⁹. De fait, l'abstraction du sujet de droit tend à l'indifférence du droit aux différences culturelles et religieuses. Elle s'explique par le contexte de naissance des droits de l'homme en Europe : ils sont apparus dans une société où les valeurs morales universalistes des Lumières se sont peu à peu imposées et dans laquelle la religion a perdu en importance dans la sphère publique au cours du XIXème siècle. La critique relativiste de l'universalisme des droits de l'homme éclaire ainsi sur la conception du sujet des droits de l'homme : occidental, blanc, et empreint de valeurs judéo-chrétiennes¹⁷²⁰, l'homme des droits de l'homme est en réalité situé¹⁷²¹. Autrement dit, au même titre que, pour la critique féministe, le sujet des droits de l'homme est majoritairement pensé par et pour des hommes, il est aussi majoritairement pensé par et pour des Occidentaux. Un des textes emblématiques de la critique relativiste des droits de l'homme est ainsi le *Statement on Human Rights* de l'*American Anthropological Association* (AAA) de 1947, un document envoyé par l'association d'anthropologues américains à la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies à propos d'un document de travail en vue de la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Diane ROMAN résument la vocation du *Statement on Human Rights* en expliquant que l'AAA « faisait [...] observer que le projet de Déclaration prenait naissance à une époque où de larges parts du monde étaient encore sous règle coloniale et n'avaient, par définition, pas pris part à sa rédaction. Elle invitait ensuite à une meilleure prise en considération de la part sociale de l'individu, à ce qui le relie aux communautés dont il est issu, ainsi qu'aux données

¹⁷¹⁷ C. SÄGESSER, « Les droits de l'homme », *Dossiers du CRISP*, CRISP, 2009, vol. 73, n° 2, pp. 9-96, p. 58.

¹⁷¹⁸ *Ibid.* V. également : S. BARBEROUSSE, R. GALLISSOT, « Au-delà de l'idéologie occidentale des droits de l'homme : le droit à la vie, le droit à l'égalité et à l'humanité sans partage », *L'Homme et la société*, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1987, vol. 85, n° 3, pp. 58-71.

¹⁷¹⁹ C. SÄGESSER, « Les droits de l'homme », *op. cit.* note 1716, pp. 9-96, p. 60.

¹⁷²⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, p. 86 : « La critique relativiste entend interroger la capacité des droits de l'Homme, projet libéral et humaniste pour le monde formulé par des hommes blancs, européens ou américains, à s'appliquer de manière universelle ». Nous soulignons.

¹⁷²¹ M.-J. REDOR-FICHOT, « L'indivisibilité des Droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Presses universitaires de Caen, 31 décembre 2009, n° 7, pp. 75-86, p. 77.

culturelles qui le constituent »¹⁷²². La remise en cause de la puissance coloniale des rédacteurs de textes à prétention universelle et de l'abstraction du sujet des droits de l'homme sont ainsi liées dans ce document polémique et phare de la critique relativiste.

571. Cette critique éclaire par ailleurs le fait que les déclarations de droits soient aveugles à la différence culturelle. Elle explique que les textes proclamant les droits de l'homme universels fassent si peu référence à la diversité culturelle, tant au sein de la Charte des Nations Unies¹⁷²³ que de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁷²⁴. De la même manière, si la question des minorités a bel et bien fait l'objet de discussions lors des travaux préparatoires de la Convention¹⁷²⁵, on ne peut que relever l'absence de référence à la diversité culturelle dans la Convention elle-même¹⁷²⁶. Or, tout comme l'abstraction du sujet de droit empêche de penser les situations particulières de femmes, elle pose également problème lorsqu'il s'agit de garantir le droit de préserver ses spécificités culturelles aux minorités ethniques, religieuses ou linguistiques¹⁷²⁷.

572. Ainsi, l'abstraction du sujet de droit est imparfaite : d'une part, elle relève du mythe puisque ce sujet abstrait est en fait construit sur les caractéristiques dominantes de la population cible et, d'autre part, elle empêche de concevoir une protection efficace du droit contre certaines violations des droits. Le concept d'« homme situé » apparaît alors comme un moyen de dépasser ces problèmes.

2. « L'homme situé », une piste de dépassement ?

573. Le phénomène de concrétisation du sujet de droit amène à s'interroger sur le concept d'« homme situé », par opposition à l'homme abstrait de l'universalisme des droits. Ce concept

¹⁷²² S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.* note 278, pp. 86-87.

¹⁷²³ H. LANNUNG, « The right of minorities », *Mélanges offerts à Polys Modinos : problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, A. Pédone, 1968, p. 182.

¹⁷²⁴ *Ibid.*, p. 183.

¹⁷²⁵ *Ibid.*, pp. 185 et s. V. également : Conseil de l'Europe, *Travaux préparatoires de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.* note 1550, p. 9.

¹⁷²⁶ F. HOFFMANN, J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme », *op. cit.* note 1054, pp. 109-142.

¹⁷²⁷ H. LANNUNG, « The right of minorities », *op. cit.* note 1722, pp. 184-185. Pour l'auteur, si la notion d'« appartenance à une minorité nationale » apparaît bien à l'article 14 de la Convention, « *this text was only designed to secure the first requirement of minorities, i.e. equality with the other nationals of the state. The harder task still remained, to ensure for them "suitable means for the preservation of their racial peculiarities, their traditions and their national characteristics"* ».

théorisé par Georges BURDEAU (2.1.) est applicable au droit des droits de l'homme et n'est pas incompatible fondamentalement avec l'universalisme des droits (2.2.).

2.1. « L'homme situé » comme concept théorique

574. La référence à « l'homme situé » vient de l'essai du constitutionnaliste français Georges BURDEAU. Reprise par la suite dans des écrits à propos des droits fondamentaux¹⁷²⁸, ce concept est à l'origine un concept de droit constitutionnel.

575. Au départ, l'auteur s'interroge sur le sens du concept de démocratie, expliquant que celle-ci « est aujourd'hui une philosophie, une manière de vivre, une religion et, presque accessoirement, une forme de gouvernement »¹⁷²⁹, à rebours de l'idée de démocratie définie uniquement comme mode de gouvernement tel qu'héritée de la philosophie des Lumières puis fixée par la célèbre phrase prononcée par Abraham LINCOLN dans son discours de Gettysburg du 19 novembre 1863 : « le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Pour Georges BURDEAU, la démocratie est une valeur morale autant qu'une forme gouvernementale, et elle est inextricablement liée à l'idée de liberté puisqu' « elle exclut [...] le pouvoir d'une autorité qui ne procéderait pas du peuple »¹⁷³⁰. Étudiant l'essor de l'idée de liberté, il démontre que celle-ci précède l'idée de démocratie. Ce n'est qu'une fois que les individus se sont rendus libres de participer à l'exercice du pouvoir – ce que l'on entend par le gouvernement du peuple – que la démocratie devient l'organisation de la mise en œuvre effective des libertés individuelles : « De régime politique destiné à garantir aux individus la jouissance des libertés qu'ils possèdent, [la démocratie] devient une organisation de la puissance gouvernementale en vue de leur assurer l'exercice des libertés qu'ils n'ont point encore »¹⁷³¹. Dans cette nouvelle interprétation de la démocratie, qui n'est pas sans rappeler la filiation désormais faite entre gouvernement démocratique et protection des droits fondamentaux, le peuple s'est par ailleurs concrétisé. Comme l'auteur le résume parfaitement : « on mesure alors l'équivoque qui pèse

¹⁷²⁸ V. par exemple : P. MERTENS, « Égalité et droits de l'Homme : de l'Homme abstrait à l'Homme "situé" », in C. PERELMAN, R. DEKKERS, P. FORIERS, *L'Égalité*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, 1975, vol. IV, pp. 266-302 ; Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, op. cit. note 437, notamment p. 62 ; M.-J. REDOR-FICHOT, « L'indivisibilité des Droits de l'homme », op. cit. note 1720, pp. 75-86, notamment p. 77 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit. note 56, p. 522 ; T. RAMBAUD, « Les droits sociaux comme droits fondamentaux », *Revue internationale de droit comparé*, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2014, vol. 66, n° 2, pp. 605-623.

¹⁷²⁹ G. BURDEAU, *La démocratie : essai synthétique*, Paris, Éditions du Seuil, nouvelle édition, 1966, p. 9.

¹⁷³⁰ *Ibid.*, p. 15.

¹⁷³¹ *Ibid.*, p. 21.

sur la définition classique : le gouvernement du peuple par le peuple, puisque, si c'est toujours le peuple qui gouverne, ce n'est pas toujours le même peuple »¹⁷³². En effet, d'un peuple de citoyens abstraits on est passé à l'idée de « l'homme situé ». Plus précisément, alors qu'au XVIIIème siècle aux États-Unis puis en France, les institutions politiques se sont construites sur l'affirmation de la souveraineté du peuple, ce dernier « ne s'identifiait nullement avec la réalité sociologique que constitue l'addition des individus vivant sur le territoire de l'État »¹⁷³³. Pour l'auteur, cela s'explique par le fait que la volonté des rédacteurs de la Déclaration d'indépendance états-unienne ou de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française était de proclamer la souveraineté du peuple en la bornant afin que ce peuple « ne risquât pas d'en user contrairement à leurs fins »¹⁷³⁴. Le peuple du XVIIIème siècle est un peuple de citoyens et non d'individus. Or, le citoyen est un concept abstrait, presque mythologique puisqu'il s'agit de « l'homme éclairé par la raison, débarrassé des préjugés de classe et des soucis inhérents à sa condition économique, capable d'opiner sur la chose publique en faisant abstraction de ses préférences personnelles, bref une sorte de saint laïc auquel on accorde la qualité de membre du souverain, précisément parce que son désintéressement est un gage de l'usage prudent qu'il fera de sa souveraineté »¹⁷³⁵. Le peuple est une entité, un tout homogène, et les différences individuelles sont alors négligées¹⁷³⁶. Opposé à ce peuple abstrait, apparaît avec le XIXème siècle un homme plus concret, que Georges BURDEAU désigne comme « l'homme situé » et dont il lie l'apparition aux transformations économiques de la révolution industrielle¹⁷³⁷. Il explique qu'« après plusieurs tentatives prématurées, dont le chartisme en Angleterre, la Révolution de 1848 et la Commune de 1871 marquent l'échec, l'avènement de ce peuple réel s'affirme par la voie des institutions établies, par l'accès régulier des représentants des masses ouvrières aux Parlements de la démocratie bourgeoise ».

576. Si chez Georges BURDEAU, dans une forme de filiation avec la critique des droits de l'homme de Karl MARX¹⁷³⁸, l'homme concret s'identifie au travailleur¹⁷³⁹, le concept de

¹⁷³² *Ibid.*, p. 23.

¹⁷³³ *Ibid.*, p. 24.

¹⁷³⁴ *Ibid.*, p. 24.

¹⁷³⁵ *Ibid.*, pp. 24-25.

¹⁷³⁶ *Ibid.* p. 26 : « Ce concept néglige tout ce qui, dans la collectivité, divise, distingue ou oppose les individus : la naissance, la condition sociale, les ressources, les goûts, les possibilités ».

¹⁷³⁷ *Ibid.*, p. 29.

¹⁷³⁸ K. MARX, B. BAUER, *La question juive [1844]. Suivi de La question juive par Bruno Bauer*, Paris, Union Générale d'Éditions, 1968, trad. J.-M. PALMIER, J.-M. CAILLE.

¹⁷³⁹ G. BURDEAU, *La démocratie*, *op. cit.* note 1728, p. 30 : « Dans un univers où l'homme s'apprécie en fonction du volume des biens dont il peut disposer, la distinction s'efface entre l'individu et le travail qu'il accomplit : l'homme s'identifie au travailleur puisque, sans travail, il cesse d'être ».

« l'homme situé » a une définition plus large. Cette identification s'explique par le contexte particulier de la révolution industrielle du XIX^{ème} siècle. En effet, « l'homme concret [est] défini non par son essence ou par sa parenté avec un type idéal, mais par les particularités qu'il doit à la situation contingente où il se trouve placé »¹⁷⁴⁰. L'auteur identifie alors certaines caractéristiques de « l'homme situé », par opposition au citoyen abstrait, et qui expliquent pour lui la mutation du sens de la démocratie : il est instable¹⁷⁴¹ ; sa liberté plutôt que de lui être reconnue doit être rendue effective¹⁷⁴² ; il espère un monde meilleur¹⁷⁴³.

577. Ce concept de « l'homme situé » s'est ensuite émancipé de son assise en droit constitutionnel et a été repris par différents auteurs, notamment en droit des droits de l'homme, soit afin de distinguer l'individu abstrait des déclarations de droit du XVIII^{ème} siècle et l'individu réel du XX^{ème} siècle qui espère la protection de ses droits concrets, soit afin de formuler une critique de l'abstraction du sujet de droit. Ainsi, certains auteurs ont utilisé le concept afin d'expliquer la distinction entre les droits civils et politiques – ceux de l'individu abstrait – et les droits économiques, sociaux et culturels de l'homme situé. Pour Thierry RAMBAUD, l'individu abstrait est « coupé des liens et solidarités traditionnels » alors que l'homme situé « renvoie à la réalité de la personnalité humaine »¹⁷⁴⁴. De même pour Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, « les droits relevant d'une recherche d'une plus grande égalité sociale sont d'une autre nature, ils protègent l'homme situé »¹⁷⁴⁵. Enfin, Marie-Joëlle REDOR-FRICHOT développe à la fois une critique de l'abstraction du sujet de droit, estimant qu'en réalité « les droits de 1789 sont [...] eux aussi les droits d'un homme situé, d'individus bien concrets, mais seulement de ceux-là érigés en individu générique »¹⁷⁴⁶, et une distinction entre les droits civils et politiques de cet individu générique et les droits économiques et sociaux de l'homme situé¹⁷⁴⁷.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 29.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 31.

¹⁷⁴² *Ibid.*, p. 32 : « L'homme situé, au contraire, attend sa libération, c'est-à-dire un aménagement des rapports sociaux qui lui permette de jouir d'une liberté qu'il n'a pas encore ».

¹⁷⁴³ L'auteur parle de « rêve », ou encore de « monde onirique » pour désigner l'état idéologique de l'homme situé, par opposition au citoyen abstrait rationnel et indépendant de tout jugement sur le monde qui l'entoure. V. *Ibid.*, pp. 32-33.

¹⁷⁴⁴ T. RAMBAUD, « Les droits sociaux comme droits fondamentaux », *op. cit.* note 1727, pp. 605-623.

¹⁷⁴⁵ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.* note 56.

¹⁷⁴⁶ M.-J. REDOR-FICHOT, « L'indivisibilité des Droits de l'homme », *op. cit.* note 1720, pp. 75-86, p. 77.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.* : « Entre l'homme générique et l'homme situé, entre l'individu abstrait et les individus concrets, il semble donc y avoir l'espace des droits économiques et sociaux qui permettent de prendre en considération la situation effective des bénéficiaires des Droits de l'homme ».

578. S'il n'est pas question ici de se pencher sur la distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux¹⁷⁴⁸, l'ancrage de la référence à l'homme situé à la fois dans les critiques vis-à-vis de l'abstraction du sujet de droit et dans le développement des droits économiques et sociaux peut laisser penser que ce concept est difficilement compatible avec l'universalisme des droits, car il tendrait en effet plus à la catégorisation des droits. Si les droits économiques et sociaux incluent le droit à la santé, à la sécurité sociale, à la participation à la vie culturelle, à l'instruction, ou encore au travail, ils ont aussi été apparentés à des droits catégoriels¹⁷⁴⁹ (droit des travailleurs, des chômeurs, des malades, etc.).

2.2. « Homme situé », universalisme, égalité

579. Si le sujet abstrait est étroitement lié à l'affirmation de l'universalisme des droits, le concept de « l'homme situé » a quant à lui été relié au développement de la notion de droit catégoriel. Danièle LOCHAK explique que « la reconnaissance des droits économiques et sociaux favorise, même si elle n'en est pas le seul facteur, une mutation dans la façon de penser les droits de l'Homme. Les titulaires de ces droits ne sont plus des hommes abstraits, ce sont des hommes concrets, saisis dans leur singularité de travailleurs ou de chômeurs, de malades ou de bien portants, de femmes ou d'enfants... Les droits de l'Homme ne visent plus l'Homme pris dans son essence et sa totalité, mais des catégories d'êtres humains ; ils ne postulent plus une nature humaine éternelle et immuable puisqu'ils prennent au contraire en considération les besoins d'individus situés dans un environnement social éminemment variable »¹⁷⁵⁰. L'avènement des droits économiques et sociaux n'est pas le seul facteur de l'apparition des

¹⁷⁴⁸ Ce débat a déjà été largement traité. V. entre autres, s'agissant de la distinction : P.-H. IMBERT, « Ouverture », *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs : actes du colloque des 15 et 16 juin 2001, Faculté de droit, des sciences politiques et de gestion de l'Université Robert-Schuman, Strasbourg*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, Collections de l'Université Robert Schuman Institut de recherches Carré de Malberg, 2003, pp. 9-15, notamment p. 10 ; D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 1 juin 2012, n° 1, pp. 1-40, notamment p. 27 à propos de la distinction entre les droits de l'homme et les « droits créances » ; C.M. HERRERA, *Les droits sociaux*, PUF, 2009, notamment p. 15 à propos de la distinction entre les droits de l'homme et les droits économiques et sociaux ; J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques. Tome 1*, Paris, PUF, Thémis Droit public, 9e éd. mise à jour, 2003, notamment pp. 90-91 à propos de la notion de « droits de créance ». V. également, à propos de la nécessité de dépasser cette opposition : C. SCOTT, « Reaching beyond (without Abandoning) the Category of Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, 1999, vol. 21, n° 3, pp. 633-660 ; O. DE SCHUTTER, « Les générations des droits de l'Homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », *Juger les droits sociaux. Actes du colloque organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001*, Limoges, France, Pulim, 2004, pp. 13-45 ; I.E. KOCH, *Human rights as indivisible rights : the protection of socio-economic demands under the European Convention on human rights*, Leiden Boston, M. Nijhoff, International studies in human rights 101, 2009, notamment pp. 16 et s.

¹⁷⁴⁹ D. LOCHAK, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *op. cit.* note 1594, notamment §8.

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*

droits catégoriels. La tendance des mouvements politiques à revendiquer des droits nouveaux en termes de droits subjectifs participe également de ce mouvement : les groupes féministes vont ainsi revendiquer l'application des droits des femmes, les chômeurs des droits des travailleurs, etc., autant de droits subjectifs qui viennent protéger de manière plus précise et particulière certaines catégories de population. La prise en compte de la particularité de la situation du sujet des droits va ainsi dans le sens d'une catégorisation des droits, laquelle est opposée – en principe – à l'universalisme des droits. Toutefois, deux éléments viennent nuancer l'incompatibilité entre la consécration d'un homme situé titulaire de droits subjectifs et l'universalisme des droits de l'homme.

580. Premièrement, et comme a pu le développer Danièle LOCHAK, l'antagonisme entre droits catégoriels et universalisme des droits de l'homme est « plus apparent que réel »¹⁷⁵¹. Elle estime notamment que depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle ont été proclamés des « droits catégoriels universels ». D'une part, ces droits apparemment catégoriels, tels que les droits des travailleurs, des enfants, des personnes handicapées, des malades, des personnes âgées, etc. sont en réalité des droits universels puisqu'il ne s'agit que de « reconnaître des droits à tous les êtres humains, à l'ensemble des individus qui composent la société, mais saisis dans l'une de leurs qualités – temporaire ou contingente »¹⁷⁵². Il s'agit alors bien de droits universels – ils sont universellement garantis à tous les êtres humains – mais accordés à un sujet de droit situé puisqu'ils ne s'appliqueront effectivement que lorsque cette situation particulière se présentera¹⁷⁵³. D'autre part, certains droits catégoriels ont une visée universelle soit parce qu'ils sont la revendication de l'application universelle de droits – à l'exemple des droits des femmes –, soit parce qu'ils sont destinés à rendre des droits universels effectifs par la prise en compte de la vulnérabilité particulière de certaines catégories de population – à l'image des droits des enfants ou des droits des personnes handicapées, mais aussi des législations antidiscriminatoires visant à protéger des catégories de personnes particulières comme les personnes homosexuelles, ou les membres de minorités ethniques. Danièle LOCHAK prend à ce propos l'exemple des mesures préférentielles accordées aux femmes au titre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979. Pour elle, « si ces mesures

¹⁷⁵¹ *Ibid.*, §17.

¹⁷⁵² *Ibid.*, §18.

¹⁷⁵³ Sur ce point, V. également : J. DONNELLY, *Universal human rights in theory and practice*, op. cit. note 1699, p. 31 : « these rights, however, are universal in the sense that they refer to anyone who should happen to be in that class, the membership of which is in principle open to all (in the sense that it is not defined by achievement or ascription) ».

préférentielles peuvent être qualifiées de "droits catégoriels", puisqu'elles reviennent à accorder des droits spécifiques à des catégories de personnes, elles ne sont pas pour autant antinomiques avec les droits universels qu'elles contribuent à rendre effectifs : elles tirent les conséquences de ce que l'égalité juridique que consacre la formulation universelle de la règle ne suffit pas à garantir l'égalité réelle »¹⁷⁵⁴.

581. Deuxièmement, le concept de « l'homme situé » ne mène pas nécessairement à la proclamation de droits catégoriels. Il ne s'agit que d'une des modalités de prise en compte de la situation particulière, temporaire ou contingente, des individus réels. La proclamation universelle d'un droit dans un texte lui-même de portée universaliste peut avoir pour sujet de droit un « homme situé », à la condition que les aménagements ou adaptations du droit aux situations particulières soient admis. Sans pour autant proclamer des droits spécifiques à des catégories de population, il s'agit seulement de considérer que dans l'application de la règle de droit, les spécificités individuelles ne soient pas niées. C'est la question de la situation des individus qui se pose. La prise en compte concrète des situations juridiques dans l'application des droits de l'homme permet d'améliorer leur effectivité.

582. **Conclusion de section.** L'abstraction du sujet de droit, en tant qu'élément central de la conception universaliste des droits de l'homme, conduit parfois à une impasse s'agissant de la protection effective des droits de l'homme. Comment protéger efficacement les individus contre des violations et atteintes de leurs droits lorsque lesdits droits ont été construits, pensés et interprétés pour un individu normé, issu de la majorité de la population ? La proclamation de droits catégoriels, mais surtout la notion d'« homme situé », permettent de dépasser ce problème sans renier la prétention universaliste des droits de l'homme. La prise en compte de la situation particulière des individus, temporaire ou contingente, vise à mieux protéger les droits de tous les individus, réels. En cela, la concrétisation du sujet de droit devant la Cour européenne des droits de l'homme va dans le sens d'une progression de la protection des droits de l'homme en Europe.

¹⁷⁵⁴ D. LOCHAK, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *op. cit.* note 1594, §24.

Section 2. La concrétisation du sujet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

583. La Cour européenne des droits de l'homme, par son interprétation dynamique de la Convention, s'est jointe au mouvement de remise en cause de l'abstraction du sujet de droit apparu en droit international des droits de l'homme durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle sous l'impulsion de la critique féministe du droit ou de la critique relativiste. L'appréciation juridique de la situation concrète du requérant afin de déterminer si ses droits ont ou non été violés va en effet dans le sens d'une prise en compte concrète de la situation particulière du sujet des droits (1). Toutefois, la Cour se trouve prise en tenaille entre cette dynamique de concrétisation et le principe d'indifférence aux différences qu'elle applique majoritairement dans sa jurisprudence¹⁷⁵⁵. Entre prise en compte de la particularité de la situation des individus et nécessité de rester neutre face aux différences individuelles, la balance de la Cour semble davantage pencher vers la mise en œuvre du principe d'indifférence aux différences (2), au point que la neutralité puisse parfois se transformer en un aveuglement.

1. La concrétisation du sujet de droit, une dynamique visible dans la jurisprudence de la Cour

584. La nature du recours individuel explique en grande partie la dynamique de concrétisation du sujet des droits dans la jurisprudence conventionnelle. Toute personne s'estimant victime d'une violation de la Convention peut saisir la Cour au terme de son article 34. Or, pour certains auteurs, il s'agit de l'indice le plus évident de la « dimension concrète du contentieux européen des droits de l'homme »¹⁷⁵⁶. Le droit au recours individuel est d'ailleurs conçu comme une « pierre angulaire »¹⁷⁵⁷ du système européen des droits de l'homme depuis l'entrée en vigueur du Protocole n°11. Le juge strasbourgeois doit alors concentrer son contrôle et son analyse sur l'application de la norme contestée au cas individuel et concret du

¹⁷⁵⁵ V. *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁷⁵⁶ M. AFROUKH, « Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment "dicté" par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n°04, en ligne : <http://www.revuedlf.com/cedh/le-controle-de-conventionnalite-in-concreto-est-il-vraiment-dicte-par-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/> (consulté le 10 août 2022).

¹⁷⁵⁷ Déclaration de Bruxelles, 27 mars 2015. La Cour parle quant à elle de « [clef] de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés énoncés dans la Convention ». V. Cour EDH [GC], *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, req. n°46827/99 et n°46951/99, *Rec. CEDH 2005-I*, §122. V. également : F. KRENC, « « Dire le droit », « rendre la justice ». Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2017, n° 114, pp. 311-346, p. 314.

requérant¹⁷⁵⁸. À l'homme abstrait de la Convention, qui proclame des droits universels au profit de titulaires abstraits, se substitue l'individu concrétisé de la Cour.

585. L'affirmation par la Cour dans l'affaire *Airey contre Irlande*¹⁷⁵⁹ selon laquelle elle entend protéger des droits « non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » va dans le même sens d'une dynamique de concrétisation, tout comme l'affirmation d'un principe de contrôle concret depuis les arrêts *De Becker contre Belgique*, *F. contre Suisse* et *Olsson contre Suède (n°1)*. Sur ce second point, la Cour a pu rappeler dans ces affaires qu'elle n'a pas vocation à statuer sur « un problème abstrait touchant la compatibilité de la loi avec les dispositions de la Convention, mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant »¹⁷⁶⁰, que la Cour « [doit] se borner autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas concret dont on l'a saisie. Sa tâche ne consiste donc point à examiner *in abstracto*, au regard de la Convention, le texte de droit interne incriminé, mais à apprécier la manière dont il a été appliqué à l'intéressé »¹⁷⁶¹, ou encore que « [sa] tâche ne consiste [...] point à contrôler *in abstracto* la loi et la pratique [litigieuse], mais à rechercher si la manière dont elles ont été appliquées [aux requérants] ou les ont touchés a enfreint la Convention »¹⁷⁶². Ce principe a été rappelé plus récemment par exemple dans l'affaire *S.C. Scut S.A. contre Roumanie*¹⁷⁶³ ou dans l'affaire *Kanaginis contre Grèce*¹⁷⁶⁴ (à propos de violations de l'article 1 du Protocole n°1). La notion même de contrôle concret repose sur l'intégration du fait dans le contrôle de la norme par le juge¹⁷⁶⁵.

586. Julien BONNET et Agnès ROBLLOT-TROIZIER distinguent quatre sens possibles donnés à la notion de contrôle concret : le contrôle concret en raison des modalités d'accès au juge ; en

¹⁷⁵⁸ Il est à noter toutefois que face à l'engorgement de la Cour et aux réformes successives, et notamment celle du Protocole n°14, les chances de succès devant le juge conventionnel sont très réduites. Comme le relève Frédéric KRENC, « [dans] 95% des cas, le requérant s'est vu notifier une décision d'irrecevabilité prise par un juge unique et dépourvue (en tous cas, jusqu'il y a peu) de la moindre motivation. [...] Pour beaucoup de ces requérants, la justice européenne des droits de l'homme se révèle malheureusement un leurre. [...] En toute hypothèse, bien qu'il soit constamment répété que le droit de recours individuel demeure la "pierre angulaire" de la Convention, cette pierre apparaît de plus en plus érodée ». V. F. KRENC, « « Dire le droit », « rendre la justice ». Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.* note 1756, pp. 311-346, pp. 325-326. V. également : R. OLLARD, « Irrecevabilité des requêtes individuelles par la CEDH : quand l'hôpital se moque de la charité », *Gaz. Pal.*, 17 mai 2016, n° 18, pp. 46-49.

¹⁷⁵⁹ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, *Série A n°32*, §24.

¹⁷⁶⁰ Cour EDH, *De Becker c. Belgique*, 27 mars 1962, req. n°214/56, *Série A n°4*, §14.

¹⁷⁶¹ Cour EDH [plén.], *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, req. n°11329/85, *Série A n°128*.

¹⁷⁶² Cour EDH [plén.], *Olsson c. Suède n°1*, 24 mars 1988, req. n° 10465/83, *Série A n°130*, §54.

¹⁷⁶³ Cour EDH, 4ème Section, *S.C. Scut S.A. c. Roumanie*, 26 juin 2018, req. n°43733/10, §34.

¹⁷⁶⁴ Cour EDH, 1ère Section, *Kanaginis c. Grèce*, 26 octobre 2016, req. n°27662/09, §51.

¹⁷⁶⁵ J. BONNET, A. ROBLLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821.

raison de l'objet du litige (à savoir une disposition déjà entrée en vigueur) ; en raison de la nature des éléments pris en compte par le juge ; en raison des effets de la décision rendue par le juge¹⁷⁶⁶. Si le contrôle opéré par la juridiction strasbourgeoise est effectivement concret en raison de l'objet du litige, la Cour ne se prononçant que sur des comportements et normes internes concrets¹⁷⁶⁷, le contrôle concret devant la juridiction conventionnelle renvoie surtout au troisième sens donné à la notion. Le juge conventionnel se réfère aux faits afin de déterminer si la norme ou le comportement contesté viole la Convention. Pour ce faire, la Cour se réfère tant aux faits du litige (« *adjudicative facts* ») qu'aux faits généraux et sociaux à l'origine de la norme (« *legislative facts* »)¹⁷⁶⁸ pour rendre sa décision, mêlant ainsi approche concrète et approche abstraite du contrôle.

587. Il convient toutefois de nuancer ce principe du contrôle concret : pour Jean-François FLAUSS, Mustapha AFROUKH, ou encore Thibaut LARROUTUROU, le contrôle concret est en déclin devant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷⁶⁹. Frédéric KRENC va même jusqu'à parler de phénomène de « désobjectivation » du contentieux¹⁷⁷⁰. La Cour opère de plus en plus souvent des contrôles abstraits de la norme interne contestée devant elle, y compris en matière d'application de l'article 14. Il a ainsi mis en évidence que dans plusieurs affaires phares, notamment *Carson et autres contre Royaume-Uni* (à propos du refus de revalorisation des pensions de retraite en fonction de l'inflation)¹⁷⁷¹, *Konstantin Markin contre Russie* (à propos du refus d'octroyer un congé parental à un militaire homme)¹⁷⁷² et *Vallianatos contre Grèce* (à propos de la restriction de l'accès au « pacte de vie commune » aux seuls couples hétérosexuels)¹⁷⁷³, la Grande Chambre substitue au contrôle concret un contrôle abstrait des normes internes. Ainsi dans l'affaire *Carson et autres contre Royaume-Uni*, la Cour justifie

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

¹⁷⁶⁷ Une petite nuance peut cependant être apportée sur ce point puisque la Cour admet que le requérant puisse être une victime potentielle d'une norme ou d'un comportement, c'est-à-dire qu'elle permet « à un individu d'agir contre une règle de droit qui ne lui a pas été appliquée » (Cour EDH [plén.], *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n°5029/71, *Série A n°28*, §34).

¹⁷⁶⁸ Sur la distinction entre les *legislative facts* et les *adjudicative facts* V. K.C. DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », *Harv. L. Rev.*, janvier 1942, vol. 55, n° 3, pp. 364-425, p. 402, cité par : J. BONNET, A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *op. cit.* note 1764, p. 821.

¹⁷⁶⁹ J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *RFDC*, 1998, n° 36, p. 721 ; M. AFROUKH, « Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment "dicté" par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.* note 1755 ; T. LARROUTUROU, « Convention européenne des droits de l'homme et contrôle de la loi », *Europe des Droits & Libertés*, mars 2022, vol. 1, n° 5, pp. 166-180.

¹⁷⁷⁰ F. KRENC, « « Dire le droit », « rendre la justice ». Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.* note 1756, pp. 311-346, p. 338.

¹⁷⁷¹ Cour EDH (GC), *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 582.

¹⁷⁷² Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, *op. cit.* note 138.

¹⁷⁷³ Cour EDH (GC), *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 novembre 2013, req. n°29381/09 et 32684/09.

l'absence de concrétisation en estimant que « la cause dont elle est ici saisie porte sur la compatibilité d'un système de sécurité sociale avec l'article, et non sur des faits ou circonstances propres à des requérants bien précis ou à d'autres personnes affectées par la législation litigieuse ou susceptible de l'être »¹⁷⁷⁴. Dans l'affaire *Konstantin Markin contre Russie*, la Grande Chambre porte principalement son attention sur les justifications avancées par le gouvernement russe de « la différence de traitement entre les militaires de sexe masculin et les militaires de sexe féminin relativement au droit au congé parental »¹⁷⁷⁵, à savoir « le rôle particulier que joueraient les femmes dans l'éducation des enfants »¹⁷⁷⁶ (motif qu'elle rejette au regard des textes internationaux, d'éléments de droit comparé et de l'affaire *Petrovic contre Autriche*) ; une discrimination positive en faveur des femmes¹⁷⁷⁷ (motif que la Cour rejette pour mésusage de la notion¹⁷⁷⁸) ; les « traditions qui prévalent dans un pays »¹⁷⁷⁹ (motif que la Cour rejette en raison de sa jurisprudence antérieure) ; le risque de nuisance « à la puissance de combat et à l'efficacité opérationnelle des forces armées »¹⁷⁸⁰ (motif que la Cour rejette estimant que le congé accordé aux femmes ne nuit pas à l'efficacité des forces armées, ainsi qu'en raison du manque d'études menées sur le nombre d'hommes militaires pouvant bénéficier d'un tel congé, de l'existence de restrictions non-discriminatoires au congé parental dans les forces armées dans d'autres États parties à la Convention, et de l'application de la Convention C111 de l'Organisation internationale du travail). Enfin dans l'affaire *Vallianatos contre Grèce*, la Grande Chambre estime que « la question posée est de savoir si l'État grec pouvait en l'espèce, au regard des articles 14 et 8 de la Convention, édicter une loi instituant à côté de l'institution du mariage un nouveau système de partenariat enregistré à destination des couples non mariés, en limitant cette possibilité aux couples de sexe opposé, à l'exclusion de ceux de même sexe »¹⁷⁸¹. Pour Mustapha AFROUKH, « [cette] tendance de la Cour à s'en tenir à une appréciation générale et abstraite de la situation [du requérant] encourt la critique, car elle revient à dénaturer la lettre et l'esprit même de son office »¹⁷⁸². Elle est d'ailleurs critiquée en interne par certains juges dans leurs opinions dissidentes¹⁷⁸³.

¹⁷⁷⁴ Cour EDH (GC), *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, *op. cit.* note 582, §62.

¹⁷⁷⁵ Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, *op. cit.* note 138, §138.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*, §139.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*, §141.

¹⁷⁷⁸ V. *supra* §65.

¹⁷⁷⁹ Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, *op. cit.* note 138, §142.

¹⁷⁸⁰ *Ibid.*, §144.

¹⁷⁸¹ Cour EDH (GC), *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 novembre 2013, *op. cit.* note 1772, §75.

¹⁷⁸² M. AFROUKH, « Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment "dicté" par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.* note 1755.

¹⁷⁸³ V. par exemple l'opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE sous l'arrêt Cour EDH (GC), *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 novembre 2013, *op. cit.* note 1772 : « la Grande Chambre

588. Toutefois, on ne peut déduire de ces quelques cas de « désubjectivation » du contentieux une remise en cause complète de la concrétisation du recours et de la situation des requérants qui se présentent devant la juridiction conventionnelle. En effet, si le contrôle abstrait prend de l'importance dans certaines affaires phares, dans d'autres la Cour se refuse explicitement à pratiquer un tel contrôle. L'affaire *Bayev contre Russie* à propos de la législation russe condamnant la promotion de l'homosexualité¹⁷⁸⁴ en est une illustration. En l'espèce, trois requérants, militants des droits des homosexuels, sont reconnus coupables de l'infraction d'« activités publiques destinées à promouvoir l'homosexualité auprès des mineurs », en application de plusieurs législations adoptées dans des oblasts de la Fédération de Russie entre 2003 et 2010 et de la loi fédérale du 29 décembre 2010 sur la protection des enfants contre les informations susceptibles de nuire à leur santé et à leur développement. Les requérants estiment devant la Cour que leur droit à la liberté d'expression est violé en ce qu'il leur est interdit de faire des déclarations publiques relatives à l'identité, aux droits et à la situation sociale des minorités sexuelles. Aux termes de son analyse de la proportionnalité de la législation litigieuse, la Cour estime qu'elle « s'attachera dans son appréciation à la nécessité des lois litigieuses en tant que mesures générales, méthodes qui doit être distinguée de l'examen *in abstracto* de la législation nationale »¹⁷⁸⁵. Ainsi, le contrôle de la nécessité de la mesure litigieuse est un contrôle concret puisque la Cour le distingue clairement du contrôle abstrait de la législation russe, examen qu'elle refuse d'opérer malgré les arguments allant dans ce sens avancés par le gouvernement défendeur. C'est au titre de ce contrôle concret que la Cour rejette tour à tour l'argument avancé par le gouvernement russe de la protection de la morale¹⁷⁸⁶, de la protection

s'octroie le pouvoir d'examiner *in abstracto* la conformité avec la Convention de lois non auparavant soumises à un contrôle juridictionnel au plan national » ; « Le mécanisme européen de protection des droits de l'homme ne permet pas en principe de procéder à un contrôle dans l'abstrait de la conformité de lois nationales avec la Convention ».

¹⁷⁸⁴ Cour EDH, 3ème Section, *Bayev et autres c. Russie*, 20 juin 2017, *op. cit.* note 225.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*, §64. Dans sa version anglaise, la distinction entre le contrôle opéré en l'espèce par la Cour et un contrôle abstrait de la législation nationale est également apparent : « *the Court's assessment in this case will focus on the necessity of the impugned laws as general measures, an approach which is to be distinguished from a call to review domestic law in the abstract* ». Nous soulignons.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, §§68-71.

de la santé¹⁷⁸⁷, et de la protection des droits des mineurs¹⁷⁸⁸. En l'espèce, la Cour conclut à la violation de l'article 10 pris séparément et combiné à l'article 14, ajoutant d'ailleurs à ce propos que « les dispositions législatives en question [incarnent] un préjugé de la part de la majorité hétérosexuelle à l'encontre de la minorité homosexuelle »¹⁷⁸⁹. L'utilisation du terme de « préjugé » inscrit l'argumentation de la Cour dans le mouvement de lutte contre les stéréotypes, autre facette de la concrétisation des droits dans la jurisprudence conventionnelle¹⁷⁹⁰.

589. La dynamique de concrétisation des droits, du contrôle ou encore de la situation du sujet des droits est certes apparente dans la jurisprudence conventionnelle, mais se heurte au principe de l'indifférence aux différences. Comment concilier un principe d'interprétation de l'interdiction des discriminations poussant la juridiction à être neutre face aux différences individuelles, et la nécessité de concrétiser la situation des requérants, ce qui par suite amène à prendre en compte la particularité de cette situation et sa différence par rapport à la situation d'autres individus ? Sans cette conciliation, la dynamique de la concrétisation apparaît alors incomplète puisque la Cour fait primer l'indifférence aux différences dans certains contentieux.

2. L'indifférence aux différences : un aveuglement à dépasser

590. Au fondement du principe universaliste d'égalité, et par suite de l'application universaliste du principe de non-discrimination, se trouve l'indifférence aux différences¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*, notamment §73 : « Il est tout aussi difficile de percevoir comment les lois interdisant la promotion de l'homosexualité ou des relations sexuelles non traditionnelles auprès des mineurs pourraient aider un pays à atteindre ses objectifs démographiques ou comment, à l'inverse, l'absence de pareilles lois pourrait entraver la réalisation de ces objectifs. [...] Qui plus est, tout bénéfice hypothétique pour la collectivité doit en tout état de cause être mis en balance avec les droits concrets des personnes LGBT qui pâtissent des restrictions litigieuses. Il suffit d'observer que la société ne conditionne pas son approbation des couples hétérosexuels à leur intention ou à leur capacité d'avoir des enfants. Il s'ensuit que cet argument ne saurait fournir une justification à une restriction de la liberté d'expression au sujet des relations entre personnes de même sexe ».

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, §§79-82. V. notamment, §79 : « Pour autant que le Gouvernement allègue un risque d'exploitation et de corruption des mineurs en invoquant la vulnérabilité de ces derniers, la Cour souscrit à la critique formulée par les requérants, qui avancent que la protection contre pareils risques ne devrait pas se limiter aux relations entre personnes de même sexe ; par principe, cette obligation positive devrait être tout aussi pertinente pour les relations entre personnes de sexe opposé. Comme le relèvent les requérants, le droit russe réprime déjà pénalement les actes lubriques à l'encontre de mineurs et la diffusion de la pornographie auprès de ceux-ci, et ces dispositions s'appliquent quelle que soit l'orientation sexuelle des auteurs. Le Gouvernement n'explique pas pourquoi ces dispositions seraient insuffisantes et pourquoi il considère que les mineurs sont plus exposés aux abus dans le contexte de relations homosexuelles que dans celui de relations hétérosexuelles. La Cour ne peut que rappeler qu'elle a déjà conclu que pareille hypothèse s'analysait en la manifestation d'un préjugé ».

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, §91.

¹⁷⁹⁰ Sur l'approche anti-stéréotype de la Cour, construite à partir de l'arrêt de Grande Chambre *Konstantin Markin c. Russie* en matière de stéréotypes de genre, V. A. TIMMER, « Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *Hum. Rts. L. Rev.*, 2011, vol. 11, pp. 707-738.

¹⁷⁹¹ V. *supra* §§360 et s.

Cette indifférence s'analyse en une forme de neutralité du juge vis-à-vis de la différence affichée ou revendiquée par les requérants. Toutefois, cette indifférence peut s'analyser en une forme d'aveuglement : prisonnière de ce principe d'indifférence, la Cour s'empêche de voir certaines formes d'inégalités. C'est le cas en matière d'égalité des sexes, domaine dans lequel la Cour s'empêche d'analyser certaines inégalités sexospécifiques par le prisme des discriminations (2.1.). En s'autorisant à prendre en compte la situation concrète des individus, les juges pourraient alors concrétiser la protection offerte par l'article 14 de la Convention, sans remettre en cause l'universalisme des droits (2.2.).

2.1. L'exemple de l'égalité des sexes : une Cour plus aveugle que neutre face au genre

591. La Cour européenne des droits de l'homme, bien que son fonctionnement et ses raisonnements aient évolué depuis sa création, reste largement ancrée dans une logique libérale et universaliste fondant l'ensemble de ses décisions. De cet universalisme découle le principe de neutralité face au genre, c'est-à-dire que les juges appliquent, en théorie, l'article 14 de la Convention indifféremment du genre du requérant. Néanmoins, cette neutralité – si elle se comprend au regard des principes et concepts sur lesquels la Convention et la Cour prennent appui (a) – se transforme en un aveuglement lorsque la Cour devient incapable de lutter contre les inégalités sexospécifiques (b). L'indifférence aux différences, par suite, rend inefficace la lutte pour l'égalité concrète (c).

a. Les principes sous-tendant la neutralité face au genre

592. Le principe de neutralité signifie que le droit ne s'intéresse pas au genre des sujets de droit. La neutralité est associée aux principes individualistes et universalistes qui sous-tendent le droit des droits de l'homme¹⁷⁹². En effet, le droit des droits de l'homme, en s'intéressant à un être humain abstrait et normalisé, en application des principes issus de la philosophie des Lumières et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, s'ancre dans une logique de neutralité et d'indifférence aux différences. La règle générale, abstraite et impersonnelle, de portée universelle, fonde la neutralité face au genre : les individus ne doivent pas être catégorisés dans la règle de droit sur des critères physiques, raciaux, religieux, etc.¹⁷⁹³.

¹⁷⁹² M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, The law in context series, 2006, spécifiquement Chapitre 7 « *The Convention in a feminist light* », pp. 188-231.

¹⁷⁹³ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, op. cit. note 437, p. 61.

593. L'universalisme libéral de la Cour européenne des droits de l'homme favorise ainsi la neutralité face au genre. Elle se définit comme une indifférence face aux catégories sociales et suppose que la Convention s'applique de la même manière à tous les individus. Dans la droite ligne de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les droits de la Convention sont universels et l'article 14 permet au juge de veiller à ce que ces droits soient les mêmes pour tous, indifféremment du sexe, de la religion, de la langue, de l'origine nationale ou ethnique, etc. des sujets.

594. À ce titre, les genres masculin et féminin doivent obtenir les mêmes droits et protections couverts par la Convention. La Cour ne se préoccupe alors pas de la norme dominante : les droits de la catégorie victime de discriminations doivent devenir égaux à ceux de la catégorie qui ne les subit pas. Il n'y a alors pas d'interrogation sur le sens de cette harmonisation, ni sur les conséquences sociales que peut avoir une égalisation sur la norme ou la catégorie dominante.

595. Or, le principe de neutralité face au genre peut poser problème : il est fondé sur l'idée d'un être humain abstrait et normalisé. Cette abstraction est pourtant une chimère¹⁷⁹⁴ : cet être humain correspond en fait au modèle majoritaire dominant¹⁷⁹⁵ : le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la religion majoritaires, et jouissant de toutes ses facultés physiques et mentales. La neutralité est alors difficile à mettre en œuvre puisque le droit, et notamment le droit international, a été bâti sur des préjugés face au genre¹⁷⁹⁶. Ainsi, pour de nombreuses critiques féministes des systèmes internationaux des droits de l'homme, aussi bien la substance des règles de droit que les institutions créées pour les défendre – telle la Cour européenne des droits de l'homme – sont orientées afin de privilégier la vie des hommes¹⁷⁹⁷.

596. Si en théorie, la Cour de Strasbourg se veut neutre, en pratique cette volonté devient intenable. La neutralité engendre une incompréhension du vécu des individus victimes de

¹⁷⁹⁴ V. *supra* §§559 et s.

¹⁷⁹⁵ D. LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit », *op. cit.* note 1701, pp. 179-199, p. 180.

¹⁷⁹⁶ H. CHARLESWORTH, *Sexe, genre et droit international*, *op. cit.* note 1705, notamment pp. 125-142. À propos de la critique féministe du sujet abstrait, V. *supra* §§561 et s.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, pp. 305-328.

discrimination, et les juges se trouvent en difficulté pour mettre en œuvre une neutralité plus protectrice de chaque individu.

b. L'absence de prise en compte des inégalités sexospécifiques, conséquence de l'indifférence aux différences

597. La Cour est-elle réellement neutre face au genre ? Cette question est d'une importance cruciale pour comprendre les obstacles auxquels se heurte le principe de non-discrimination, et notamment le principe d'égalité des sexes qui en découle, devant la juridiction strasbourgeoise. Les problèmes posés par le raisonnement par analogie ou par le rejet de certains concepts pourtant importants pour la protection des femmes pourraient s'expliquer par la difficulté pour la Cour de mettre en œuvre la neutralité.

598. Le principe de neutralité rend complexe l'individualisation des situations. Le droit a tendance à observer les individus de manière abstraite et à décontextualiser les situations en prenant en compte seulement les faits juridiquement utiles, et en ignorant les autres¹⁷⁹⁸. La Cour est alors aveuglée lorsque la situation d'un groupe genré, en l'occurrence les femmes comme catégorie juridique, est spécifique et unique. La neutralité ne fonctionne que dans les situations qui ne sont pas elles-mêmes genrées. La généralité de la règle de droit est inadaptée pour protéger les spécificités des situations vécues par les victimes de discrimination telles les femmes¹⁷⁹⁹. L'égalité des sexes, lorsqu'elle est construite en faveur d'individus abstraits, conforte voire accentue l'inégalité de fait entre les femmes et les hommes. La neutralité est alors « de façade » et nuit de manière constante aux individus qui ne font pas partie de la majorité¹⁸⁰⁰. En l'occurrence, en application du principe d'égalité des sexes, la neutralité va nuire aux femmes.

599. Ainsi, dans l'arrêt *Chapman contre Royaume-Uni*, les requérantes revendiquaient le maintien de leur mode de vie tzigane et souhaitaient établir leurs caravanes de manière permanente sur des terrains leur appartenant¹⁸⁰¹. Dans le traitement de cette affaire par les juges,

¹⁷⁹⁸ M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights?*, *op. cit.* note 1791, p. 195 : « [law] tends to look at individuals qua individuals and to decontextualize situations, picking up facts deemed legally relevant and omitting others. This is arguably of little help to women who are 'naturally' inclined to look at things in a relational, contextual manner. As Palmer, writing on the Convention, has noted, "rights are inherently individualistic and competitive and women's experience is not easily translated into this narrowly accepted language of rights" ».

¹⁷⁹⁹ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, *op. cit.* note 437, p. 93.

¹⁸⁰⁰ C. SUTTER, « L'égalité dans les droits nouveaux », *Droit social*, 1983, pp. 684-693, cité par *Ibid.*, p. 94.

¹⁸⁰¹ Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 276. V. également : Cour EDH (GC), *Lee c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 1583 ; Cour EDH (GC), *Beard c. Royaume-Uni*, 18

on constate que la requérante est vue de manière neutre, comme n'importe quel individu. La dimension familiale de sa situation – une femme seule, avec quatre enfants à charge – est oubliée¹⁸⁰². La Cour aboutit finalement au constat de non-violation de l'article 14 en l'espèce. Françoise TULKENS évoque d'ailleurs à propos de cette affaire d'un « contre-exemple de la manière dont la situation des femmes est prise en compte »¹⁸⁰³. De même, dans l'arrêt *A., B. et C. contre Irlande* relatif au droit à l'avortement en Irlande¹⁸⁰⁴, la question abortive n'est pas juridiquement construite comme une question touchant spécifiquement les droits des femmes. Pour Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « contrairement à ce que laissent croire bon nombre de discours qui soulignent que, depuis vingt ans, les décisions procréatives seraient devenues des décisions *individuelles* et essentiellement *féminines* (dont l'avortement serait alors à la fois l'emblème et l'étendard), on peut considérer au contraire que *la question abortive n'est en fait pas juridiquement construite comme une question de droit(s) des femmes*. Elle demeure, bien au contraire, une question éminemment politique, c'est-à-dire une question dont les contours sont largement déterminés par les intérêts publics. Or, précisément, ce que révèle la théorie féministe du droit, c'est la mesure dans laquelle le politique (« le public ») procède encore aujourd'hui et structurellement d'un point de vue masculin sur le monde »¹⁸⁰⁵.

600. La neutralité affichée de la Cour se mue en une indifférence face aux problèmes sexospécifiques vécus par les requérantes. Elle est aveuglée par sa propre volonté d'être neutre et ne s'interroge pas sur les conséquences et les enjeux de la neutralité. Cette difficulté à dépasser les fondements et concepts théoriques qui entretiennent l'inégalité des genres se retrouve également dans le fonctionnement et les principes généraux d'application de l'article 14. La Cour se trouve alors en grande difficulté pour atteindre efficacement l'égalité concrète.

janvier 2001, *op. cit.* note 746 ; Cour EDH (GC), *Jane Smith c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *op. cit.* note 1583. Pour une analyse plus précise de l'arrêt *Chapman*, V. *supra* §114 et §236.

¹⁸⁰² F. TULKENS, « Droits de l'homme, droits des femmes. Les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme. », *Liber amicorum Luzius Wildhaber : Droits de l'homme, regards de Strasbourg.*, Kehl, Strasbourg, Arlington, Édition Lucius Caflisch and al., 2007, pp. 423-445, p. 427. V. également : M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights?*, *op. cit.* note 1791, pp. 197-201.

¹⁸⁰³ F. TULKENS, « Droits de l'homme, droits des femmes. Les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme. », *op. cit.* note 1801, pp. 423-445, p. 427.

¹⁸⁰⁴ Cour EDH (GC), *A., B. et C. c. Irlande*, 16 décembre 2010, req. n°25579/05, *Rec. CEDH 2010-VI*.

¹⁸⁰⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Vademezum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme. La théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de « splendide isolement » », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1360.

c. *L'inefficacité de la lutte pour l'égalité concrète entre les sexes*

601. L'égalité concrète entre les femmes et les hommes est de plus en plus visée par les raisonnements de la Cour, comme le démontre la pénétration de nouveaux concepts dans la jurisprudence européenne, tel celui de stéréotypes¹⁸⁰⁶, de discrimination indirecte¹⁸⁰⁷, ou encore de lutte contre les violences conjugales¹⁸⁰⁸. Néanmoins, les fondements de la lutte pour l'égalité concrète entre les sexes ne sont pas aussi solides que ceux utilisés pour la lutte pour l'égalité formelle. La Cour est contrainte par son propre mode de raisonnement pour traiter des questions d'égalité entre les femmes et les hommes.

602. D'une part, une sous-représentation des femmes dans et devant la juridiction conventionnelle est constatée. Cette sous-représentation peut poser problème en termes d'accès au droit¹⁸⁰⁹, mais également pour une réelle prise en compte des problématiques sexospécifiques. Pour Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, cela répond à une question de « justice de genre », c'est-à-dire qu'il « ne s'agit pas exclusivement de promouvoir l'effectivité des droits des femmes (tel que réclamé pour les droits sociaux par exemple), mais aussi de changer la justice, avec des juges et des avocats "sensibles au genre", et préférentiellement des femmes, ce qui peut être un des facteurs qui expliquent l'intérêt de la promotion des études féministes sur le droit »¹⁸¹⁰.

603. Au sein même de la Cour, la représentation des femmes a fait l'objet de débats importants¹⁸¹¹. Pour certains, l'amélioration de la présence des femmes dans les institutions et juridictions internationales est une nécessité. Il en va d'une question de principe : les femmes

¹⁸⁰⁶ Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, *op. cit.* note 138.

¹⁸⁰⁷ Cour EDH, 4ème Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, *op. cit.* note 135.

¹⁸⁰⁸ Cour EDH, 3ème Section, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, *op. cit.* note 140.

¹⁸⁰⁹ V. *infra* §604.

¹⁸¹⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Pédagogie et droits de l'homme. Actes de la journée d'étude du 2 novembre 2011, Nanterre*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, Sciences juridiques et politiques, 2016, p. 123. V. également, p. 128 : « Parmi les multiples usages de la notion de "justice de genre" figurent des initiatives associées à la justice et, plus précisément, au pouvoir judiciaire, dans un sens multiple : l'accès des femmes à la justice, la promotion d'une jurisprudence sensible au genre, mais aussi l'importance de la formation des juges et la parité dans les tribunaux ».

¹⁸¹¹ Ces débats ont plus largement eu lieu au sein même du Conseil de l'Europe. Ainsi, Sandra SZUREK relève que « l'une des causes de la faible représentation des femmes [à la Cour EDH] pourrait être due (sic) une forme de préjugé sexuel existant au sein de la sous-commission de l'assemblée chargée d'auditionner les candidats ». Elle observe également que le Comité des ministres et l'APCE se sont opposés quant à la réforme relative à l'établissement des listes de candidat au début des années 2000. V. S. SZUREK, « La composition des juridictions internationales permanentes : de nouvelles exigences de qualité et de représentativité », *Annuaire Français de Droit International*, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2010, vol. 56, n° 1, pp. 41-78, p. 62 ; A. MOWBRAY, « The Consideration of Gender in the Process of Appointing Judges to the European Court of Human Rights », *Hum. Rts. L. Rev.*, 2008, n° 8, pp. 549-559, notamment pp. 550-552.

doivent être – mieux – représentées¹⁸¹². La question est loin de concerner uniquement la Cour européenne des droits de l’homme. Il y a presque trente ans, Hillary CHARLESWORTH soulevait le problème de la sous-représentation des femmes au sein de l’ONU, parlant même du « club des hommes unis »¹⁸¹³ puisqu’elle relevait un déséquilibre important entre la représentation des femmes et des hommes à l’intérieur du système de l’ONU. Or, pour l’auteure, ce déséquilibre « a engendré une culture de discrimination et de sexisme au sein de l’institution »¹⁸¹⁴. Dans le même ordre d’idées, Nienke GROSSMAN interroge la légitimité des cours internationales au regard du genre des juges qui les composent. Elle estime que : « *sex representation matters to legitimacy when the sexes approach differently law, facts, or any part of the task of judicial decisionmaking (sic), or when they influence each other’s decision because of differences derived from biology or distinct life experiences, also called "gender". If women and men bring varying viewpoints to bear on judging, and neither sex’s approach is inherently "correct", both are necessary for unbiased process and results* »¹⁸¹⁵.

604. Si les questions d’égalité de genre prennent de l’importance dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, faisant suite au choix de la juridiction d’emboîter le pas au droit international des droits de l’homme et de voir dans les violences de genre – ou *gender based violence* – une discrimination de genre¹⁸¹⁶, d’autres réflexions doivent être menées pour améliorer l’égalité au sein même de la juridiction, et bâtir ainsi une légitimité à traiter de ces questions. Or, si le système de nomination des juges s’est amélioré¹⁸¹⁷, il a été en partie rendu inefficace pour augmenter le nombre de femmes juges¹⁸¹⁸. Chaque juge est nommé au titre des 46 États parties à la Convention¹⁸¹⁹. Chaque État envoie une liste de trois candidats à

¹⁸¹² S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Présentation - Le droit international malgré elle », *Sexe, genre et droit international*, Paris, A. Pedone, Doctrine(s), 2013, pp. 3-42. V. également : S.J. KENNEY, *Gender and Justice : Why Women in the Judiciary Really Matter*, New York, Routledge, Perspectives on gender, 2012.

¹⁸¹³ H. CHARLESWORTH, *Sexe, genre et droit international*, *op. cit.* note 1705, p. 57.

¹⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 79.

¹⁸¹⁵ N. GROSSMAN, « Sex on the Bench : Do Women Judges Matter to Legitimacy of International Courts ? », *Chicago Journal of International Law*, 2012, vol. 12, n° 2, pp. 647-684, p. 656.

¹⁸¹⁶ V. pour les arrêts relatifs à ces questions : Cour EDH, 3ème Section, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, *op. cit.* note 140 ; Cour EDH, 2ème Section, *Eremia c. Moldavie*, 28 mai 2013, *op. cit.* note 140 ; Cour EDH, 3ème Section, *Mudric c. Moldavie*, 16 juillet 2013, *op. cit.* note 1568.

¹⁸¹⁷ Plusieurs résolutions de l’APCE ont notamment permis d’améliorer la représentation des femmes au sein de l’institution : Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, *Résolution 1366 (2004)*, 30 janvier 2004 ; Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, *Résolution CM/Res. 2010(26) sur « la création d’un Panel consultatif d’experts sur les candidats à l’élection de juges à la Cour européenne des droits de l’homme »*, 10 novembre 2010.

¹⁸¹⁸ Il faut toutefois relever que l’existence même d’une règle formelle imposant une représentation équilibrée fait de la Cour un modèle en matière de représentation des femmes au sein des cours internationales. V. S. HENNETTE VAUCHEZ, « More Women - But Which Women ? The Rule and the Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights », *EJIL*, 2015, vol. 26, n° 1, pp. 195-221, p. 199.

¹⁸¹⁹ Depuis le retrait de la Russie du Conseil de l’Europe en 2022.

l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui effectue ensuite l'élection du juge national. Depuis une résolution de 2004, l'Assemblée parlementaire peut rejeter la liste fournie par les États parties si ces derniers ne présentent pas des candidats des deux sexes¹⁸²⁰. Cette règle a suscité énormément de contestations et de résistances¹⁸²¹, alors même qu'elle ne s'applique qu'au stade des présélections, au point qu'elle a été modifiée¹⁸²² : les États doivent désormais présenter des listes avec des candidats des deux sexes, *sauf circonstances exceptionnelles*¹⁸²³. De plus, les États parties peuvent ne pas présenter de candidats des deux sexes si aucun des deux sexes n'est sous-représenté parmi les juges déjà nommés¹⁸²⁴. Ainsi, la Belgique a présenté une liste de trois candidats masculins pour remplacer la juge Française TULKENS en 2011, puisqu'il y avait à l'époque plus de 40% de femmes juges à la Cour¹⁸²⁵. Cette seconde exception à la règle de présélection des juges a pour conséquence mathématique de faire décroître peu à peu le nombre de femmes juges, si bien qu'en 2017, il n'y avait plus que 29% de femmes juges à la Cour ce qui constitue un net recul de la représentation des femmes au sein de la juridiction. En 2022, 15 des 46 juges à la Cour sont des femmes, représentant 32% des effectifs. Surtout, et comme l'analyse Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ,

¹⁸²⁰ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 1366 (2004)*, *op. cit.* note 1816.

¹⁸²¹ Pour une analyse historique de l'adoption de la Résolution 1366 (2004) et des oppositions qu'elle a engendré, V. S. HENNETTE VAUCHEZ, « More Women - But Which Women? », *op. cit.* note 1817, pp. 195-221, notamment pp. 202 et s.

¹⁸²² Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 1426 (2005)*, 2005.

¹⁸²³ Ces circonstances ont par exemple été précisées dans un document d'information. V. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Procédure d'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, Mémoire préparé par la Secrétaire Générale de l'Assemblée*, Document d'information, SG-AS (2022) 01Rev4, 6 juillet 2022, notamment §10 : « En général, la liste de trois candidat(e)s dressée à l'issue de la procédure nationale de sélection doit comporter au moins un homme et une femme. [...] *Dans certaines circonstances exceptionnelles, lorsqu'un gouvernement a pris toutes les mesures nécessaires et adéquates pour s'assurer que la liste contient des candidat(e)s des deux sexes, l'Assemblée peut décider de prendre en considération une liste non mixte [...]* ». Nous soulignons. Il est également intéressant de relever qu'avant même ces précisions, la Lettonie avait argué de circonstances exceptionnelles (en l'occurrence l'absence de candidatures nationales pour la fonction) pour justifier sa liste exclusivement féminine en 2005. V. S. HENNETTE VAUCHEZ, « More Women - But Which Women? », *op. cit.* note 1817, pp. 195-221, p. 204.

¹⁸²⁴ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Procédure d'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, Mémoire préparé par la Secrétaire Générale de l'Assemblée*, *op. cit.* note 1822, §10 : « En général, la liste de trois candidat(e)s dressée à l'issue de la procédure nationale de sélection doit comporter au moins un homme et une femme. *Une liste non mixte est acceptable si les candidat(e)s appartiennent au sexe sous-représenté à la Cour* (c.-à-d. au sexe auquel appartiennent moins de 40% du nombre total des juges à un moment précis, à savoir la date de la lettre du Secrétaire général invitant un gouvernement à présenter une liste et l'informant de l'équilibre femmes hommes parmi les juges à ce moment [...]) ». Nous soulignons.

¹⁸²⁵ La justification de la Belgique reposait sur l'absence de candidature féminine sérieuse à l'échelle nationale, mais aussi sur la composition de la Cour au moment de l'établissement de la liste de candidatures, puisqu'il y avait 19 femmes juges à la Cour. V. S. HENNETTE VAUCHEZ, « More Women - But Which Women? », *op. cit.* note 1817, pp. 195-221, notamment p. 209 : « *[in] order to justify their list, the Belgian authorities argued that only one woman had applied after the national call for applications had been issued and that she was under-qualified. However, they also insisted that, since at the precise moment at which they were presenting their candidates 19 women were sitting on the Court, this was one unit in excess of the threshold of 40 per cent. Thus they claimed, there was no longer a manifest under-representation of either sex on the bench* ».

l'exception à la règle consistant à ne pas avoir à présenter de candidates féminines si aucun des deux sexes n'est sous-représenté à la Cour vaut dès lors que la proportion de femmes atteint 40%, faisant de ce chiffre le maximum à atteindre. Elle résume ainsi le raisonnement qui « *allows for states to consider the proportion of 40 per cent women on the benches as a maximum one – since, at the very minute that the 40 per cent of women threshold is met, states recover the ability to ignore any preoccupation of gender balance and propose only male candidates* »¹⁸²⁶. Par ailleurs, et du fait de l'application de ces règles, certains États n'ont jamais élu de juges femmes¹⁸²⁷.

605. Quant aux requérantes, la juge Françoise TULKENS notait qu'entre le 1^{er} novembre 1998 et le 1^{er} mars 2006 les femmes avaient introduit seulement 16% des requêtes devant la Cour¹⁸²⁸. Elles sont ainsi moins nombreuses à utiliser le recours individuel devant la Cour, ce qui peut s'expliquer par des difficultés d'accès au juge national plus importantes pour les femmes que pour les hommes¹⁸²⁹. En effet, pour l'ancienne juge belge, les femmes sont le plus souvent des victimes indirectes et doivent donc apporter des preuves supplémentaires de leur intérêt à agir. L'accès des requérantes au juge international pose de très nombreuses questions en cascade, tant sur l'application des conditions de recevabilité opposées aux femmes que sur les conditions socio-économiques nécessaires à l'introduction d'un recours devant la Cour de Strasbourg. Quant à la mobilisation du principe de non-discrimination, Hélène SURREL relève qu'en matière d'égalité des sexes « ce sont dans la plupart des cas des hommes qui se plaignent d'avoir fait l'objet de discriminations »¹⁸³⁰.

¹⁸²⁶ *Ibid.*, p. 209.

¹⁸²⁷ *Ibid.*, p. 200. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ relevait en 2015 que 21 des 47 États parties au Conseil de l'Europe n'ont jamais élu de juges femmes : Chypre, Espagne, Azerbaïdjan, Albanie, Malte, Luxembourg, Liechtenstein, Italie, Islande, Hongrie, Grèce, France, Slovaquie, Serbie, Russie, Royaume-Uni, République tchèque, Portugal, Pologne, Monténégro et République de Moldova. Depuis, l'Espagne (en 2018), Malte (en 2019), la République tchèque (en 2021), le Portugal (en 2020), le Monténégro (en 2018) et la République de Moldova (en 2021) ont élu des juges femmes. Ainsi, en 2022, 15 des 46 États parties au Conseil de l'Europe n'ont jamais élu de juges femmes.

¹⁸²⁸ F. TULKENS, « Droits de l'homme, droits des femmes. Les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme. », *op. cit.* note 1801, pp. 423-445, p. 432.

¹⁸²⁹ Les règles de recevabilité des recours, et notamment d'épuisement des voies de recours internes, s'appliquant à tous, les difficultés d'accès au juge national pour les femmes pourraient expliquer leur faible représentation dans les requêtes portées jusqu'à la Cour. Françoise TULKENS soulève quelques pistes afin de comprendre ce qui limite l'accès à la Cour pour les femmes. Elle soutient que ce chiffre « reflète une certaine situation de vulnérabilité [des femmes] par rapport au droit ». V. *Ibid.*, p. 432.

¹⁸³⁰ H. SURREL, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *RTDH*, 2004, pp. 141-174, p. 146.

606. La sous-représentation des femmes devant le juge conventionnel pourrait également s'expliquer par l'absence d'analyse par les juges des questions sexospécifiques comme relevant du principe d'égalité, et par suite par le peu de reconnaissance juridique des situations spécifiques aux femmes, tel que l'accès à l'avortement. Plusieurs sources du droit international des droits de l'homme reconnaissent que l'interdiction de l'avortement est contraire à l'égalité des sexes : le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies affirme par exemple que « l'égalité de genre impose [...] de tenir compte des besoins de santé des femmes, qui diffèrent de ceux des hommes, et d'assurer les services appropriés aux femmes selon le moment de leur vie où elles se trouvent »¹⁸³¹ ; le Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes rappelle quant à lui que les États ont « l'obligation [...] d'assurer aux femmes, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les moyens d'accéder aux services médicaux et aux services d'information et d'éducation en matière de santé [ce qui] implique celles de respecter, de protéger et de garantir la réalisation des droits des femmes en matière de soins de santé »¹⁸³². Pourtant, devant la Cour, l'interruption de grossesse n'est ni analysée comme un droit des femmes découlant de l'application de l'article 8 de la Convention¹⁸³³, ni appréhendée au prisme de l'égalité des sexes découlant de l'application de l'article 14¹⁸³⁴. Pis, dans l'arrêt *A., B. et C. contre Irlande*, le vocabulaire employé démontre d'une incompréhension de la situation des requérantes. En l'espèce, les trois requérantes, résidentes irlandaises, ont procédé à une interruption de leurs grossesses en Angleterre, car elles ont estimé qu'elles ne remplissaient pas les conditions (restrictives) pour avorter légalement en Irlande. Elles contestent la législation irlandaise au regard de l'article 8 de la Convention, mais également du principe de non-discrimination. La comparaison du vocabulaire employé par les juges et celui employé par les requérantes permet de démontrer l'absence de prise en compte de la situation spécifique des femmes par les juges : l'usage des termes tels que « bien-être »¹⁸³⁵ ou « crainte »¹⁸³⁶ ayant pour effet de souligner la dimension aléatoire et subjective des motifs

¹⁸³¹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations générale n° 22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative (article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, 2016, §25.

¹⁸³² Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandations générales n°24 : Article 12 de la Convention (Les femmes et la santé)*, 1999, §13.

¹⁸³³ Cour EDH (GC), *A., B. et C. c. Irlande*, 16 décembre 2010, *op. cit.* note 1803, §214 : « l'article 8 ne saurait [...] s'interpréter comme un consacrant un droit à l'avortement ».

¹⁸³⁴ *Ibid.*, §§269-270.

¹⁸³⁵ *Ibid.*, §§119, 125, 216, 235 et 239. S'il faut noter que la Cour reprend ici la formulation des arguments des requérantes et du gouvernement, la Cour précise : « Tout en prenant note de ce que le Gouvernement parle de "raisons sociales", la Cour juge utile d'établir une distinction entre les raisons de santé (physique ou mentale) et les autres raisons de bien-être pour décrire pourquoi les requérantes ont choisi la voie de l'avortement » (§125). De fait, la Cour distingue – de manière étrange – le bien-être des femmes et leur santé physique et mentale.

¹⁸³⁶ *Ibid.*, §279.

invoqués par les requérantes. Les requérantes au contraire usent de qualificatifs plus précis, voire objectifs, pour décrire leur situation. Ainsi, l'une des trois femmes conteste « l'absence de cadre législatif qui aurait pu lui permettre d'établir que sa grossesse lui faisait courir un *risque pour sa vie* »¹⁸³⁷. Elles estiment également que « le caractère restrictif du système juridique en Irlande causerait *un tort disproportionné aux femmes*. Les avortements tardifs – et donc souvent chirurgicaux – et la limitation inévitable de soins avant et après l'intervention *emporteraient des risques médicaux*. La *charge financière* aurait un impact particulièrement fort sur les femmes démunies et, indirectement, sur leurs familles. Les femmes subiraient une *stigmatisation et le poids psychologique* de l'accomplissement à l'étranger d'un acte constitutif d'une infraction grave dans leur pays »¹⁸³⁸. Les femmes sont ainsi moins incitées à présenter un recours devant une juridiction qui peut dénigrer leur vécu. L'argumentation de la Cour au sujet de la possibilité concrète pour les femmes de se rendre dans un autre État pour procéder à un avortement est également éclairante. Alors que les requérantes soulèvent que cette possibilité offerte par la législation irlandaise place les femmes les plus démunies dans une impossibilité matérielle d'avorter, la Cour estime que « considérant que les femmes en Irlande peuvent sans enfreindre la loi aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande, [...] en interdisant sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie et la protection à accorder en conséquence au droit à la vie des enfants à naître l'avortement pour des raisons de santé ou de bien-être sur son territoire, l'État irlandais n'excède pas la marge d'appréciation dont il jouit »¹⁸³⁹. La Cour ignore de fait la question du dénuement de certaines femmes et la situation de vulnérabilité dans laquelle la législation irlandaise les place. Face à ce constat d'une incompréhension des situations spécifiquement vécues par les femmes par la juridiction strasbourgeoise, l'augmentation de la présence des femmes parmi les juges, et l'amélioration des conditions d'accès des requérantes au juge pourraient permettre une meilleure pénétration des questions d'égalité de genre dans le contentieux de l'article 14, rendant plus efficace la lutte pour l'égalité concrète entre les genres.

607. D'autre part, la modification des raisonnements anciennement établis par la Cour reste délicate. Ces raisonnements sont empreints d'une conception formelle de l'égalité et ont été, de ce fait, vivement remis en question par la critique féministe du droit. Malgré des améliorations

¹⁸³⁷ *Ibid.*, §177. Nous soulignons.

¹⁸³⁸ *Ibid.*, §173. Nous soulignons.

¹⁸³⁹ *Ibid.*, §241.

certaines sur la prise en compte de l'égalité concrète – notamment par l'acceptation de la preuve d'une discrimination par l'utilisation de données statistiques et chiffrées, la traque des stéréotypes de genre, ou encore l'introduction de nouvelles notions clés telles que la discrimination indirecte – l'obstacle principal à une meilleure application de l'article 14 en matière d'égalité de genre est le raisonnement de la Cour elle-même. Les principes généraux d'application de l'article 14¹⁸⁴⁰ démontrent de l'ancrage important de la jurisprudence antérieure dans le raisonnement des juges (au point parfois d'y voir une technique du précédent¹⁸⁴¹). Pourtant, ces raisonnements ne sont pas exempts de critiques. Ainsi, le raisonnement comparatif pourrait être pour certains auteurs remplacé par un « test de la situation la moins favorable »¹⁸⁴², c'est-à-dire que le requérant doit prouver que la norme ou la pratique étatique le place dans une situation moins favorable qu'une autre personne ou un autre groupe de personnes¹⁸⁴³. La recherche d'un comparateur ne serait alors plus nécessaire, et le raisonnement du juge s'intéresserait directement aux justifications étatiques à l'existence d'une telle situation moins favorable. Dans les cas où aucun comparateur n'existe – telles les situations d'inégalités sexospécifiques – la démonstration du caractère discriminatoire de la mesure ou de la pratique serait simplifiée. Il suffirait en effet de prouver que la requérante est placée dans une situation moins favorable que d'autres personnes. Par exemple, l'interdiction du port du foulard place les femmes musulmanes dans une situation moins favorable que les femmes athées ou d'autres confessions, mais également par rapport aux hommes musulmans qui ne subissent pas cette interdiction. De même, l'interdiction de l'avortement place les femmes souhaitant avoir recours à une interruption volontaire de grossesse dans une situation moins favorable que les femmes souhaitant poursuivre leur grossesse, ou encore que les hommes qui n'ont pas à subir la charge financière, sociale, physique et mentale de la procréation. La comparaison est alors allégée et le raisonnement peut se concentrer davantage sur les justifications de l'interdiction. Cela permet de mieux traquer les discriminations et permet une analyse anti-stéréotype plus poussée. Un tel raisonnement pourrait même être applicable à toutes les plaintes individuelles mettant en cause des problèmes d'égalité de genre,

¹⁸⁴⁰ Ces principes sont rappelés par les juges au début de leurs arrêts avant l'application au cas d'espèce.

¹⁸⁴¹ A. PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* note 1155, p. 112.

¹⁸⁴² A. TIMMER, « Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *op. cit.* note 1789, pp. 707-738. L'auteure parle d'un « *disadvantage test* » (p. 719).

¹⁸⁴³ J. H. GERARDS, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Leiden et Boston, Martinus Nijhoff, 2005, cité par A. TIMMER, *Ibid.* : « Gerards argues for a "disadvantage test", which argument this article supports. The disadvantage test means that the complainant must prove that a rule or practice disadvantaged her compared to another person or group of persons. If it has been proven that the applicant suffered a genuine disadvantage, then the State must be able to justify this ».

et non pas seulement sur le fondement de l'article 14. Pour Ivana RADACIC, le test de la situation la moins favorable permettrait une application plus juste et plus efficace de l'égalité de genre¹⁸⁴⁴. À notre sens, ces critiques doctrinales révèlent une tension entre l'amélioration du raisonnement de la Cour appelée de leurs vœux par certains auteurs, et l'affirmation du juge conventionnel selon laquelle l'égalité des sexes est un principe clé du système conventionnel. La Cour est invitée à revoir les principes d'application de l'article 14 afin de mettre en œuvre une égalité plus concrète entre les femmes et les hommes.

608. L'indifférence aux différences, en imposant une neutralité du juge vis-à-vis des différences individuelles, peut donc conduire à une forme d'aveuglement à l'égard des inégalités vécues par certains groupes d'individus, notamment minoritaires. Or, cet aveuglement entraîne une relative inefficacité de la lutte contre certaines discriminations et inégalités. Une prise en compte plus concrète des situations améliorerait la protection effective des droits. En acceptant de voir et de prendre en considération les différences individuelles que l'universalisme des droits pourra, concrètement, être atteint.

2.2. La prise en compte concrète des situations : vers un universalisme concret

609. En prenant en compte concrètement la particularité des situations des individus, en mettant en exergue les différences entre les individus, le droit de la non-discrimination peut rendre concrète la protection des droits de tous les individus. En un sens, cela poursuit donc bien un objectif universaliste. Autrement dit, et paradoxalement, c'est en protégeant parfois des différences individuelles que le droit de la non-discrimination garantit une égalité concrète entre tous les individus. Deux pistes peuvent alors être explorées pour concrétiser cette égalité universelle.

610. Premièrement, la reconnaissance de l'existence de groupes pourrait permettre cette concrétisation. En effet, il convient de s'accorder sur le fait que cette reconnaissance garantit l'égalité entre les membres de groupes différents sans pour autant remettre en cause

¹⁸⁴⁴ I. RADACIC, « Gender equality jurisprudence of the European Court of Human Rights », *op. cit.* note 1180, pp. 841-857, notamment p. 857 : « *The disadvantage test should be the Court's test not only in sex discrimination cases, but in analysing any claim which raises gender equality issues. This would enable the Court to conceptualize sex-specific abuses as gender discrimination. The disadvantage approach would also offer a more just application of gender equality as the key interpretative principle of the Convention. (...) If the Court interpreted equality in accordance with the disadvantage test and continued to apply gender equality as one of the key interpretative principles of the Convention, the inclusiveness of the Court's jurisprudence could be significantly enhanced* ».

l'universalisme. Comme le rappelle Olivia BUI-XUAN, la lutte contre les discriminations possède à la fois une dimension individuelle et collective : « les différences de traitement considérées comme illégitimes touchent le plus souvent des personnes qui se caractérisent par un trait qui les distingue de la "majorité" »¹⁸⁴⁵. Dès lors, en luttant contre les discriminations touchant des membres de groupes minoritaires – et non les groupes eux-mêmes – les mesures antidiscriminatoires possèdent une dimension individuelle (en ce qu'elles ne visent que des individus), mais aussi collective (en ce qu'elles tendent à réduire les discriminations à l'encontre des membres de certains groupes). Pour l'auteure, la logique de la lutte contre les discriminations tend tacitement à la reconnaissance des groupes puisque, par exemple, « lorsque le droit réprime une différence de traitement à raison de l'origine, il sous-entend qu'il existe sur le territoire national un ou plusieurs groupes d'individus ayant pour trait commun une origine qui diffère de celle de la majorité »¹⁸⁴⁶.

611. Si prendre en compte des différences tend implicitement à la reconnaissance de l'existence des groupes, cela ne mène pas pour autant nécessairement à une remise en cause de l'universalisme¹⁸⁴⁷. Prise en compte des différences et universalisme ne sont pas opposés. En effet, « pointer le particularisme pour obtenir l'universel »¹⁸⁴⁸ est également possible. Précisément, Olivia BUI-XUAN soutient cette idée lorsqu'elle estime que la correction des conséquences des discriminations et la prétention à l'universalisme des droits nécessitent de renvoyer « la victime à son signe distinctif, à sa différence ». C'est en cela que le droit de la non-discrimination, dans son fonctionnement, comporte une part de reconnaissance des identités¹⁸⁴⁹. Pour l'auteure, « [c'est] sans doute le paradoxe le plus frappant de la politique de lutte contre les discriminations : le droit à l'indifférence vers lequel [cette politique] tend passe nécessairement par la réduction de la personne discriminée à sa différence, à son "marqueur identitaire" »¹⁸⁵⁰. La présence de la notion d'identité dans le droit de la non-discrimination apparaît comme un paradoxe dû à la construction de la lutte contre les discriminations. *In fine*, l'objectif reste la mise en œuvre de droits universels garantis à des individus et non la garantie d'une protection des particularismes. Dans une certaine mesure, la prise en compte des

¹⁸⁴⁵ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 188.

¹⁸⁴⁶ *Ibid.* V. également *supra* §§93 et s.

¹⁸⁴⁷ V. *supra* à propos des droits catégoriels universels. V. également : D. LOCHAK, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *op. cit.* note 1594.

¹⁸⁴⁸ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 190.

¹⁸⁴⁹ V. notamment à propos du raisonnement comparatif et de la liste des motifs, *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁸⁵⁰ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.* note 118, p. 190.

différences et la remise en cause de l'indifférence aux différences, loin de poursuivre un objectif communautariste ou particulariste, participe à la réalisation de l'universalisme des droits de l'homme. Quand bien même le droit de la non-discrimination met en lumière l'existence de traits ou de caractéristiques identitaires, son objectif principal reste la réduction des différenciations prohibées.

612. Deuxièmement, la prise en compte des situations concrètes des individus permet aussi de lutter plus efficacement contre certaines discriminations insidieuses ou moins visibles. Par principe, le droit de la non-discrimination repose en priorité sur l'imposition aux États d'une obligation négative de traiter différemment les individus à raison de leurs appartenances¹⁸⁵¹. En Europe, la formulation des clauses d'interdiction des discriminations tant en droit conventionnel qu'en droit de l'Union européenne va dans ce sens. De même, aux États-Unis, cette interprétation a été validée par le juge THOMAS qui, dans la décision de la Cour Suprême *Missouri v. Jenkins*¹⁸⁵², estimait que « *Brown I itself did not need to rely upon any psychological or social-science research in order to announce the simple, yet fundamental, truth that the government cannot discriminate among its citizens on the basis of race. ... At the heart of this interpretation of the Equal Protection Clause lies the principle that the government must treat citizens as individuals, and not as members of racial, ethnic, or religious groups* »¹⁸⁵³. Cette conception relève de la tradition universaliste des droits et a fondé l'indifférence aux différences. Pourtant, dans une conception plus concrète, le principe de non-discrimination implique également de ne pas aggraver ou perpétuer les inégalités subies par certains individus ou groupes, obligeant la reconnaissance de certaines différences. Or, Owen M. FISS, dans *Groups and the Equal Protection Clause*, définissait ce principe comme le « *group-disadvantaging principle* »¹⁸⁵⁴. Pour lui, il s'agissait d'une interprétation de l'*Equal Protection Clause* concurrente de l'interprétation formelle de l'interdiction des discriminations¹⁸⁵⁵. Pourtant, il semble que ces deux interprétations – celle de l'interdiction des différences de traitement arbitraires et celle de la lutte contre l'aggravation ou la perpétuation des inégalités subies par certains groupes – puissent être conciliées, voire sont complémentaires. À

¹⁸⁵¹ V. *supra* §§368 et s.

¹⁸⁵² SCOTUS, *Missouri v. Jenkins*, 12 juin 1995, 515 US 70.

¹⁸⁵³ Cité par R.B. SIEGEL, « Equality Talk : Antisubordination and Anti-classification Values in Constitutional Struggles over Brown », *op. cit.* note 1457, pp. 1470-1547, p. 1472.

¹⁸⁵⁴ O.M. FISS, « Groups and the Equal Protection Clause », *Phil. & Pub. Aff.*, hiver 1976, vol. 5, n° 2, pp. 107-177, notamment p. 157.

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*, pp. 170 et s. L'auteur analyse notamment les tenants et aboutissants selon « *The Choice of Principle* » réalisé par les juridictions.

l'obligation négative de ne pas différencier sur la base de certains critères s'ajoute l'obligation positive de lutter contre les inégalités subies prioritairement par certains membres de la société. La reconnaissance de l'existence sociale des groupes tout en protégeant les individus membres de ces groupes et non les groupes eux-mêmes rend en effet compatible ces deux interprétations : dans tous les cas, la dimension individuelle de l'égalité poursuivie reste préservée. La Cour européenne des droits de l'homme s'est déjà engagée dans cette voie notamment en matière de lutte contre les discriminations subies par les membres des groupes vulnérables¹⁸⁵⁶. La référence aux discriminations historiquement subies par la communauté rom pour justifier de la qualifier de groupe vulnérable en est une illustration¹⁸⁵⁷. Il ne s'agit alors plus tant de différencier les membres des groupes en tant qu'ils appartiennent à ces groupes – ce qui s'inscrirait dans une conception communautariste et serait incompatible avec l'universalisme des droits – mais il s'agit de viser explicitement la correction d'inégalités persistantes malgré les politiques de lutte contre les discriminations, inégalités que certains individus subissent en raison de leurs appartenances sociales.

613. Par ailleurs, l'interprétation du principe de non-discrimination comme un « *group-disadvantaging principle* » permettrait de corriger ou *a minima* de lutter contre les discriminations systémiques¹⁸⁵⁸. Cette forme de discrimination, dont l'origine provient du droit canadien de la non-discrimination¹⁸⁵⁹, peut être définie comme « une discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire un d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts [de situation] [...] entre une catégorie et

¹⁸⁵⁶ V. à propos de la minorité rom, *supra* §125.

¹⁸⁵⁷ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136, §13. La Cour y rappelle que la communauté rom a souffert « tout au long de [son] histoire, de rejet et persécutions, qui culminèrent avec la tentative d'extermination perpétrée par les nazis [...]. Ce rejet séculaire a aujourd'hui pour résultat que les Roms vivent bien souvent dans des conditions très difficiles, fréquemment en marge des sociétés des pays dans lesquels ils se sont installés et que leur participation à la vie publique est extrêmement limitée ». V. sur l'interdiction des discriminations indirectes comme outil mettant l'accent sur l'existence d'inégalités persistantes *supra* §§87 et s.

¹⁸⁵⁸ F. DHUME, « Les discriminations raciales dans l'accès à l'emploi des jeunes en Alsace », *Les Cahiers de l'Observatoire régional de l'intégration et de la ville*, 1997, n° 25, pp. 3-139 ; F. DHUME, O. NOËL, « Discrimination raciale dans l'accès à l'emploi. Un obstacle majeur à l'intégration et une place mineure dans le débat public », *Journal du Droit des Jeunes*, 1999, n° 182, pp. 40-42. V. également : M. MERCAT-BRUNS, « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, 24 novembre 2015, n° 11, p. 672 ; M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 7 juin 2018, n° 14, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/3972> (consulté le 25 septembre 2018).

¹⁸⁵⁹ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114 au para. 1139, cité par C. SHEPPARD, « Contester la discrimination systémique au Canada : Droit et changement organisationnel », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 7 juin 2018, n° 14, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/4161> (consulté le 21 septembre 2022).

une autre »¹⁸⁶⁰, ou encore comme « une situation d'inégalité cumulative et dynamique résultant de l'interaction [...] de pratiques, de décisions ou de comportements, individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les membres [d'un groupe stigmatisé] »¹⁸⁶¹. La Cour d'appel fédérale du Canada a également pu décrire la discrimination systémique comme « un phénomène continu qui a des origines profondes dans l'histoire et dans les attitudes sociétales. Elle ne peut être isolée sous la forme d'un seul acte ou d'une déclaration unique. Par sa nature même, elle s'étend sur une certaine période »¹⁸⁶². Pour Colleen SHEPPARD, la discrimination systémique, notamment dans les organisations professionnelles, repose sur certaines caractéristiques clés : l'existence de politiques, règles et pratiques institutionnelles « qui excluent ou désavantagent les individus de façon disproportionnée selon leur appartenance à un groupe »¹⁸⁶³ ; le fait que tant la discrimination directe que de la discrimination indirecte, mais aussi la présence de stéréotypes et préjugés conscients et inconscients, produisent les effets discriminatoires visés par la notion ; les caractères cumulatif, dynamique et relationnel de la discrimination systémique, en ce que « la discrimination engendre d'autres désavantages et encore plus d'exclusion »,¹⁸⁶⁴ mais également parce que « la discrimination actuelle est légitimée par les effets continus de la discrimination passée » ; enfin, les cultures et sous-cultures organisationnelles et les réalités extra-institutionnelles ont un impact sur la discrimination systémique. Si, dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les discriminations subies par la minorité rom en Europe, le juge européen n'emploie pas nécessairement le terme de discrimination systémique, les discriminations qu'il qualifie comme telles semblent bien en posséder les caractéristiques. La Cour constate en effet que la discrimination subie repose sur des préjugés, stéréotypes, pratiques et comportements discriminatoires ancrés de longue date dans les sociétés européennes, lesquels ont eu pour effet de produire encore plus d'exclusion, par exemple par la mise en place de la ségrégation

¹⁸⁶⁰ L. PECAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport au ministère de la Justice, 2013, p. 27.

¹⁸⁶¹ M.-T. CHICHA-PONTBRIAND, *Discrimination systémique, fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Québec, Éd. Yvon Blais, 1989, p. 85, cité par F. DHUME, « Du racisme institutionnel à la discrimination systémique ? Reformuler l'approche critique », *Migrations Société*, Centre d'Information et d'Études sur les Migrations Internationales, 2016, vol. 163, n° 1, pp. 33-46.

¹⁸⁶² *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 RCF 789, 1996 CanLII 4067 (CAF) au para. 16, cité par C. SHEPPARD, « Contester la discrimination systémique au Canada », *op. cit.* note 1858, §6.

¹⁸⁶³ *Ibid.*, §7.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, §8.

scolaire¹⁸⁶⁵. Il en est de même dans les affaires relatives aux violences, traitements inhumains et dégradants, ou atteintes à la vie subis par les membres de cette minorité¹⁸⁶⁶.

614. Toutefois, la Cour ne franchit pas le pas : la notion de discrimination systémique reste absente des arrêts et décisions rendues à Strasbourg. Loin d'être applicable seulement aux discriminations subies par la minorité rom, une telle notion permettrait d'éclairer la manière dont certaines discriminations persistent malgré les politiques nationales de lutte contre les discriminations. La persistance des violences à l'égard des femmes en est un autre exemple. Pourtant, ni dans l'affaire *Opuz contre Turquie*¹⁸⁶⁷, ni dans les applications suivantes de cette jurisprudence¹⁸⁶⁸, la Cour n'utilise de la notion de discrimination systémique pour décrire les manquements des autorités nationales à leur devoir de protection contre les violences domestiques. Une brèche semble toutefois s'être ouverte avec l'affaire *Talpis contre Italie*¹⁸⁶⁹. D'une part, le juge EICKE emploie dans son opinion concordante des termes se rapprochant de cette notion, notamment en parlant de « manquement systémique à protéger les femmes »¹⁸⁷⁰. D'autre part – et surtout –, alors que plusieurs juges dissidents considéraient qu'il était nécessaire, pour conclure à une violation de l'article 14 en l'espèce, de prouver des comportements discriminatoires plus concrets, comme lorsque les autorités turques ont incité la victime à retirer sa plainte dans l'affaire *Opuz*, la majorité a fait le choix de ne pas limiter

¹⁸⁶⁵ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136.

¹⁸⁶⁶ Cour EDH (GC), *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, *op. cit.* note 138, notamment §161 sur l'obligation faite aux États « de rechercher s'il existe un lien entre des attitudes racistes et un acte de violence » (nous soulignons). À plusieurs reprises dans sa décision, la Cour lie ces « attitudes racistes » à l'existence de « préjugés raciaux » à l'égard de la minorité rom.

¹⁸⁶⁷ Cour EDH, 3^{ème} Section, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, *op. cit.* note 140.

¹⁸⁶⁸ Par exemple : Cour EDH, 2^{ème} Section, *Eremia c. Moldavie*, 28 mai 2013, *op. cit.* note 140 ; Cour EDH, 3^{ème} Section, *Mudric c. Moldavie*, 16 juillet 2013, *op. cit.* note 1568 ; Cour EDH, 3^{ème} Section, *T.M. et C.M. c. Moldavie*, 28 janvier 2014, *op. cit.* note 140 ; Cour EDH, 1^{ère} Section, *Talpis c. Italie*, 2 mars 2017, *op. cit.* note 140.

¹⁸⁶⁹ Cour EDH, 1^{ère} Section, *Talpis c. Italie*, 2 mars 2017, *op. cit.* note 140. En l'espèce, la requérante, ressortissante moldave, après avoir suivi son mari en Italie, se plaignait d'un manquement des autorités italiennes à leur devoir de protection contre les violences domestiques qu'elle a subi et qui ont conduit à une tentative de meurtre sur elle et à la mort de son fils. La controverse sur cette affaire, dans laquelle la Cour a conclu à la violation de l'article 14 en raison de manquements des autorités italiennes à protéger les victimes de violences domestiques, reposait sur deux arguments : premièrement, de nombreuses législations et mesures ont été adoptées en Italie pour lutter contre le harcèlement et les violences domestiques subies par les femmes et/ou les enfants mineurs ; deuxièmement, la question de la capacité des autorités nationales d'avoir connaissance de la réalité et de l'immédiateté du risque encouru par les victimes a été soulevée, notamment par le juge SPANO dans son opinion dissidente. V. Opinion partiellement dissidente du juge SPANO, sous *Ibid.*, notamment §§16 et 21.

¹⁸⁷⁰ Opinion en partie concordante et en partie dissidente du juge EICKE, sous Cour EDH, 1^{ère} Section, *Talpis c. Italie*, 2 mars 2017, *op. cit.* note 140, §12 : « La requérante [...] argue [...] que "la passivité déraisonnable des autorités démontre que le système de réglementation et de protection en vigueur n'est pas suffisant pour assurer la protection des femmes victimes de violence domestiques" et que ce système est ainsi inefficace ou inadapté et, en conséquence, discriminatoire à l'égard des femmes. Ce qu'elle dénonce dans le cadre de ce grief, c'est donc un manquement systémique à protéger les femmes, reposant sur une discrimination illicite ». Nous soulignons.

cette forme de discrimination. En cela, certains observateurs de la décision, telle Lourdes PERONI¹⁸⁷¹, ont pu considérer que la Cour avait une conception large de la discrimination genrée systémique, ne se limitant pas à certaines situations typiques.

615. Ces deux éléments – la prise compte concrète des différences y compris si elle passe par la reconnaissance de l'existence de groupes et la lutte contre les discriminations systémiques – permettraient de concrétiser l'objectif d'égalité poursuivi par le principe de non-discrimination, afin que tous les individus soient concrètement égaux. En cela, un nouvel universalisme semble devoir être dessiné, un universalisme de l'accès aux droits où tous les individus doivent pouvoir exercer les droits énoncés dans la Convention¹⁸⁷².

616. **Conclusion de section.** Le sujet des droits de l'homme dans le système conventionnel, s'il apparaît dans le texte de la Convention comme un individu abstrait, est largement concrétisé par l'action de la Cour. En particulier, la concrétisation du sujet des droits passe ainsi par la mise en œuvre du recours individuel, par l'affirmation de la protection de droits concrets et effectifs, ainsi que par l'instauration d'un contrôle concret de l'application des droits de l'homme. En examinant concrètement les allégations de violation des droits et les situations des requérants, la Cour concrétise la figure de l'individu qui se présente devant elle : d'un homme abstrait, il devient un homme situé. Cependant, cette dynamique reste incomplète. D'une part, le principe de l'indifférence aux différences reste le principal obstacle à cette concrétisation en rendant parfois inefficace la lutte pour l'égalité. D'autre part, certaines notions restent absentes du discours jurisprudentiel – telle la notion de discrimination systémique – alors qu'elles permettraient d'analyser plus finement la situation réelle des requérants.

* * *

617. **Conclusion du chapitre.** L'égalité poursuivie par la mise en œuvre du principe de non-discrimination est une égalité entre individus et non entre groupes¹⁸⁷³. Mais s'agit-il seulement d'une égalité formelle entre individus abstraits ou bien s'agit-il d'une égalité concrète entre individus réels et situés ? La Cour européenne des droits de l'homme a fait le choix de poursuivre une égalité entre individus situés, en concrétisant les recours, les contrôles et en prenant en considération les situations concrètes des individus qui déposent une requête devant

¹⁸⁷¹ L. PERONI, « Talpis v. Italy : Elements to Show An Article 14 Violation in Domestic Violence Cases », *Strasbourg Observers*, 19 avril 2017, en ligne : <https://strasbourgobservers.com/2017/04/19/talpis-v-italy-elements-to-show-an-article-14-violation-in-domestic-violence-cases/> (consulté le 19 avril 2017).

¹⁸⁷² Sur ce point V. également : D. THARAUD, *Universalisme*, *op. cit.* note 1078, pp. 363-364.

¹⁸⁷³ V. *supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

elle. Or, si cette dynamique est incomplète et si le principe d'indifférence aux différences reste un obstacle à cette concrétisation, le constat demeure : l'article 14 de la Convention tel qu'interprété et mis en œuvre par la Cour protège l'égalité entre des individus concrétisés.

* * *

618. **Conclusion du titre.** L'égalité visée par le principe de non-discrimination est ainsi une égalité entre individus, les membres des groupes étant alors protégés comme individus et non en raison de leurs appartenances sociales. Ces individus, abstraitement désignés dans la Convention à l'origine, se sont concrétisés dans la jurisprudence conventionnelle. Au départ sujet abstrait à qui la Convention garantit des droits, la figure de l'individu protégé est désormais celle d'un individu situé dans la jurisprudence conventionnelle, auquel la Cour garantit des droits « concrets et effectifs »¹⁸⁷⁴. Si cette concrétisation est incomplète, c'est en partie en raison de l'interprétation majoritaire du principe de non-discrimination comme garantissant l'indifférence du droit aux différences. La neutralité du droit à l'égard des différences individuelles doit parfois être dépassée afin de garantir une égalité réelle entre les individus.

619. Ainsi, admettre l'existence de différences entre les individus et de leurs appartenances sociales et culturelles n'implique pas de remettre en cause le principe selon lequel l'égalité garantie devant la Cour européenne des droits de l'homme est une égalité individuelle. En revanche, à l'égalité individuelle, abstraite et formelle des textes normatifs (dont la Convention), s'ajoute une conception plus concrète, réelle et matérielle de l'égalité poursuivie par l'article 14, ce qui implique de situer le sujet des droits de l'homme.

* * *

¹⁸⁷⁴ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, *op. cit.* note 1758, §24.

620. **Conclusion de la partie.** Le discours selon lequel le droit de la non-discrimination n'est pas compatible avec l'universalisme des droits relève à notre sens – et tout comme le discours voyant dans ce domaine une consécration d'un potentiel « droit à l'identité » – davantage de la chimère. Plusieurs éléments vont en effet dans le sens d'une compatibilité entre le droit de la non-discrimination et l'universalisme des droits. Le principe de l'indifférence aux différences est bien ancré dans la jurisprudence conventionnelle et la Cour interprète largement le principe de non-discrimination comme imposant une obligation de réduire les différenciations juridiques. Par ailleurs, les mécanismes qui reposent au contraire sur de la différenciation juridique – qu'il s'agisse de mécanismes de discrimination positive ou des aménagements raisonnables – font l'objet de peu de décisions en nombre. Sur le fond, ces mécanismes sont également encadrés par le juge tant via le contrôle de proportionnalité que par le fait que ces mesures, dérogoires au principe de l'indifférenciation, sont réputées temporaires. Enfin, la Cour garantit dans sa jurisprudence une égalité entre individus, la notion de groupe permettant de qualifier la situation concrète des individus qui en sont membres sans pour autant aboutir à la garantie d'une égalité collective.

621. Comme le rappelle Delphine THARAUD, « [foisonnant], complexe, technique, le droit de la non-discrimination vient affirmer un nouvel universalisme concret cette fois »¹⁸⁷⁵. Loin de remettre en cause l'universalisme, le droit de la non-discrimination vient le redessiner en s'assurant de l'effectivité des droits garantis dans la Convention.

¹⁸⁷⁵ D. THARAUD, *Universalisme*, *op. cit.* note 1078, pp. 363-364, p. 364.

Conclusion générale

622. Nous avons débuté notre étude par le constat de critiques nombreuses à l'encontre de la Cour. Il nous semblait alors important de confronter ces critiques à la jurisprudence conventionnelle, et plus particulièrement à celle relative à l'article 14 de la Convention, afin de déterminer si la Cour faisait droit à une conception identitaire, si ce n'est communautaire, du droit de la non-discrimination. L'étude du contentieux antidiscriminatoire de la Cour EDH permet de conclure à une place relativement limitée de la question identitaire dans la jurisprudence conventionnelle.

623. Il faut convenir que l'identité est bien présente dans le droit de la non-discrimination. Ce n'est toutefois pas propre au droit conventionnel de la non-discrimination. En effet, premièrement, cette place est inhérente à la relation entretenue par les motifs de discrimination et les « caractéristiques personnelles » en application de la ligne jurisprudentielle *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen contre Danemark*¹⁸⁷⁶. Les motifs de discrimination peuvent ainsi renvoyer tout autant à des éléments de l'identité subjective des personnes qu'à des éléments de leur identité objective (identification). Deuxièmement, cette place est liée aux mobilisations contentieuses par les requérants de concepts et formes de discrimination qui acceptent de prendre en compte les différences de situation, lesquelles peuvent être fondées sur l'identité des personnes. Les jurisprudences *Thlimmenos contre Grèce*¹⁸⁷⁷ (discrimination par absence de différenciation) et *D.H. et autres contre République tchèque*¹⁸⁷⁸ (discrimination indirecte) ont ainsi introduit en droit conventionnel des formes de discrimination prohibée qui renouvellement les mobilisations contentieuses de l'article 14. D'une part, l'interdiction de la discrimination par absence de différenciation invite à différencier juridiquement les personnes placées dans des situations différentes, ce qui nécessite de prendre en compte les différences de situation en droit, et implique de lutter contre les inégalités de fait. D'autre part, la discrimination indirecte mène à prendre en compte les effets des normes, y compris lorsqu'elles sont formulées de manière neutre, sur les individus, et plus spécifiquement sur les *groupes* d'individus. Dans les deux cas, la différence est mise en lumière, qu'il s'agisse d'une différence de situation ou entre groupes de personnes. Or, comme la construction identitaire relève à la fois d'un monologue

¹⁸⁷⁶ Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 145.

¹⁸⁷⁷ Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, *op. cit.* note 77.

¹⁸⁷⁸ Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, *op. cit.* note 136.

individuel et d'un dialogue avec l'autre¹⁸⁷⁹, la différence est souvent au cœur de questions identitaires. Troisièmement, la place de l'identité dans le droit de la non-discrimination tient également au raisonnement antidiscriminatoire lui-même qui, du fait de la comparaison des situations, focalise l'attention sur l'existence de différences, de particularités et de singularités.

624. Cette place de l'identité ne mène toutefois pas à la garantie en droit conventionnel de la non-discrimination d'un « droit à l'identité », notion floue formulée sous le vocable du *droit à tout* en n'en épousant pas les contours et caractéristiques. L'article 14 de la Convention qui garantit contre les discriminations fondées sur une liste de motifs ouverte et interprété soit comme des caractéristiques personnelles¹⁸⁸⁰, soit comme relevant de « toute autre situation » y compris donc les fondements impersonnels¹⁸⁸¹. Cette garantie n'a toutefois pas muté en une protection d'un « droit à l'identité ». D'ailleurs, considérer que le principe de non-discrimination ne garantit désormais qu'un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité serait réducteur, notamment au regard de la ligne jurisprudentielle *Engel et autres contre Pays-Bas*¹⁸⁸² sur laquelle repose une interprétation large de la liste de motifs prohibés de discrimination comme incluant également des motifs impersonnels. Il ne garantit pas non plus un droit à des traitements préférentiels sur le fondement de son identité, la seule mise en avant d'une identité particulière n'étant pas un facteur de déclenchement de tels mécanismes.

625. Au regard de la place relativement limitée qu'occupe l'identité dans le droit conventionnel de la non-discrimination, conclure à une remise en cause par la Cour de l'universalisme des droits de l'homme sur ce fondement apparaît erroné. En effet, la Cour s'inscrit majoritairement dans une conception universaliste des droits fondée sur l'indifférence aux différences et par suite l'interdiction des différences de traitement entre les individus. Lorsqu'elle admet des différences de traitement, de manière dérogatoire, ces dernières sont peu nombreuses, restreintes à des cas de figure particuliers. Tel est le cas des aménagements raisonnables accordés aux personnes en situation de handicap¹⁸⁸³. De la même manière, la Cour ne remet pas non plus en cause la conception individualiste des droits et notamment de l'égalité, qui fonde le principe de non-discrimination. Elle garantit, par l'application faite de l'article 14

¹⁸⁷⁹ Sur la construction identitaire, V. *supra* §§138 et s.

¹⁸⁸⁰ Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, *op. cit.* note 145, §56.

¹⁸⁸¹ Cour EDH [plén.], *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *op. cit.* note 146, §72.

¹⁸⁸² *Ibid.*

¹⁸⁸³ Cour EDH, 2ème Section, *Çam c. Turquie*, 23 février 2016, *op. cit.* note 924.

de la Convention, une égalité entre individus et non entre groupes de personnes, la notion de groupe étant par ailleurs présente dans le discours jurisprudentiel sans pour autant constituer une catégorie de sujets de droits. Il convient toutefois d'admettre que la jurisprudence conventionnelle s'inscrit désormais dans un mouvement de concrétisation des droits, des sujets de droit et plus généralement de l'égalité. Le principe de non-discrimination protège ainsi contre les discriminations des individus non pas abstraits mais situés. Ce caractère concret des individus protégés inclut assurément leurs identités subjective et objective.

Bibliographie

1. Ouvrages généraux

1.1. Dictionnaires, encyclopédies, répertoires

ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy PUF, Quadrige Dicos poche, 2003, 1649 pages.

BOYER-CAPELLE (C.), THARAUD (D.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, Le Droit aujourd'hui, 2021, 394 pages.

CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010, 764 pages.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige Dicos poche, 8e éd. mise à jour, 2007, 986 pages.

ILIOPOULOU-PENOT (A.), « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », *Répertoire de droit européen*, octobre 2018.

MALAURIE (P.), *Les personnes, les incapacités*, Paris, Répertoire Defrénois, 2ème édition, 2004, 330 pages.

MESURE (S.), SAVIDAN (P.), *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, Presses universitaires de France, Quadrige Dicos poche, 2006, 1277 pages.

1.2. Traités et manuels

AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit*, Paris, PUF, Que sais-je ? n° 1808, 10e éd. mise à jour, 2007, 128 pages.

BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Montchrestien, Cours, 2012, 661 pages.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, 440 pages.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Editions de Boccard, 3e éd., 1927, 763 pages.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *Introduction générale au droit*, Paris, Flammarion, Champs, Éd. revue et augmentée, 2006, 371 pages.

FAVOREU (L.) et al., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Précis, 7e éd., 2016, 774 pages.

GRAWITZ (M.), *Méthodes des sciences sociales*, Paris, Dalloz, Précis Dalloz, 11e éd., 2001, 1019 pages.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Hypercours cours & travaux dirigés, 4e éd., 2020, 774 pages.

MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, Manuels, 2002, 791 pages.

MICHOUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, t. 1. Notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1998, 513 pages.

RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme : droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Paris, LGDJ, Manuels, 7e éd., 2017, 506 pages.

RIVERO (J.), *Cours de libertés publiques : rédigé d'après la sténotypie du cours de M. Jean Rivero*, Paris, Les Cours de droit, 1962, 297 pages.

RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Libertés publiques. Tome 1*, Paris, Presses universitaires de France, Thémis Droit public, 9e éd. mise à jour, 2003, 271 pages.

STARCK (B.), *Droit civil : introduction*, Paris, Librairies techniques, n° 144, 1972, 217 pages.

SUDRE (F.) et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, Thémis Droit, 7e éd. mise à jour, 2015, 944 pages.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, Droit fondamental Classiques, 15e éd. mise à jour, 2021, 1013 pages.

2. Ouvrages spéciaux

2.1. Ouvrages en langue française

BALANDIER (G.), *Le Désordre. Eloge du mouvement*, Paris, Fayard, 1988, 252 pages.

BOUVET (L.), *Le communautarisme : mythes et réalités*, Paris, Lignes de repères, 2007, 157 pages.

BURDEAU (G.), *La démocratie : essai synthétique*, Paris, Éditions du Seuil, nouvelle édition, 1966, 185 pages.

CALVES (G.), *La discrimination positive*, Paris, PUF, Que sais-je ? 3712, 2e éd. mise à jour, 2008, 127 pages.

CHARLESWORTH (H.), *Sexe, genre et droit international*, Paris, A. Pedone, Doctrine(s), 2013, 351 pages.

CONSTANT (F.), *La citoyenneté*, Paris, LGDJ, Clefs, 2e éd., 2000, 160 pages.

COSTA (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme : des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, Les sens du droit essai, 2e éd., augmentée, 2017, 282 pages.

DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, DL 1952, 313 pages.

DAU VAN HONG (P.), *Paul Ricoeur, le monde et autrui*, Paris, L'Harmattan, Ouverture philosophique, 2012, 271 pages.

DE FUNES (J.), *Le siècle des égarés*, Paris, Editions de l'observatoire, 2022, 144 pages.

DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses Universitaires de France, Léviathan, 1995, 515 pages.

EDEL (F.), *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2010, 164 pages.

EDELMAN (B.), *Ni chose, ni personne*, Paris, Hermann, Hermann Philosophie, 2009, 143 pages.

ERIKSON (E.H.), *Adolescence et crise: la quête de l'identité*, Paris, Flammarion, impr. 2011, 1972, trad. NASS (J.), LOUIS-COMBET (C.), 348 pages.

GAUCHET (M.), *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, Collection tel n° 317, 2002, 385 pages.

GAUCHET (M.), *L'avènement de la démocratie. IV: Le Nouveau monde*, Paris, France, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 2017, 770 pages.

GOFFMAN (E.), *Stigmate: les usages sociaux des handicaps*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1975, trad. KIHM (A.), 175 pages.

HAROUEL (J.-L.), *Les droits de l'homme contre le peuple*, Perpignan, Desclée De Brouwer, 19 mai 2016, 147 pages.

HARRIS (C.), *La Magna Carta, son importance pour le Canada: La démocratie, le droit et les droits de la personne*, Toronto, Dundurn, 2015, 129 pages.

HEINICH (N.), *Ce que n'est pas l'identité*, Lonrai, Gallimard, Le débat, 2018, 134 pages.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, France, L'Harmattan, 2004, 447 pages.

HERRERA (C.M.), *Les droits sociaux*, PUF, Que sais-je ?, 2009, 127 pages.

KAUFMANN (J.-C.), *L'invention de soi: une théorie de l'identité*, Paris, Hachette littératures, Pluriel, 2005, 351 pages.

KELSEN (H.), *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, M. Giard, 1927, 94 pages.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, Philosophie du droit, 1962, trad. EISENMANN (C.), 496 pages.

LEVI-STRAUSS (C.), *L'identité: séminaire interdisciplinaire dirigé par Claude Lévi-Strauss, professeur au Collège France, 1974-1975*, Paris, Bernard Grasset, 1977, 344 pages.

LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, Les voies du droit, 2010, 254 pages.

LYOTARD (J.-F.), *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Éditions de Minuit, Collection Critique, 1979, 109 pages.

MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 7e édition, 2016, 212 pages.

MARX (K.), BAUER (B.), *La question juive [1844]. Suivi de La question juive par Bruno Bauer*, Paris, Union Générale d'Éditions, 1968, trad. PALMIER (J.-M.), CAILLE (J.-M.), 183 pages.

MASTOR (W.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, Paris, Dalloz, À savoir, 2021, 117 pages.

MATHIEU (B.), *Justice et politique : la déchirure ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Forum, 2015, 191 pages.

MATHIEU (B.), *Le droit contre la démocratie ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 303 pages.

MERCAT-BRUNS (M.), *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, À droit ouvert, 2013, 584 pages.

PATEMAN (C.), *Le contrat sexuel*, Paris, Éditions la Découverte Institut Émilie du Châtelet, Textes à l'appui Genre & sexualité Bibliothèque de l'IEC, 2010, trad. NORDMANN (C.), 332 pages.

PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, Droit et société Série Droit, 2004, trad. PELE (I.A.), 497 pages.

RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Paris, Éd. du Seuil, Empreintes, 1987, trad. AUDARD (C.), 666 pages.

RICŒUR (P.), *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, Essais, 1990, 424 pages.

ROSA (H.), *Accélération : une critique sociale du temps*, Paris, France, La Découverte, 2010, trad. RENAULT (D.), 474 pages.

ROUSSEAU (J.-J.), *Oeuvres complètes de J.-J. Rousseau. Tome 6 / réimprimées d'après les meilleurs textes sous la direction de Louis Barré*, Paris, J. Bry aîné, 1857-1856, 323 pages.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Paris, Flammarion, GF 1058, édition revue et mise à jour en 2012, 2012, 255 pages.

SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique : histoire et théories vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Rousseau & Co, 2e éd., 1922, 684 pages.

SEN (A.), *Repenser l'inégalité*, Paris, Éditions du Seuil, Points Economie E63, 2012, trad. CHEMLA (P.), 318 pages.

SIEYES (E.J.), *Ecrits politiques.*, Paris, Éditions des archives contemporaines - EAC, 1985, 277 pages.

TAGUIEFF (P.-A.), *La République enlisée : pluralisme, communautarisme et citoyenneté*, Paris, Éditions des Syrtes, 2005, 345 pages.

TAYLOR (C.), *Grandeur et misère de la modernité*, Editions Fides, L'essentiel, 1992, trad. MELANÇON (C.), 156 pages.

TAYLOR (C.), *La liberté des modernes*, Paris, France, Presses universitaires de France, 1999, 308 pages.

TAYLOR (C.), *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Flammarion, Champs Essais 372, 2009, trad. CANAL (D.-A.), 144 pages.

TAYLOR (C.), *Le malaise de la modernité*, Paris, Éditions du Cerf, 2015, trad. MELANÇON (C.), 125 pages.

TAYLOR (C.), *Les sources du moi : la formation de l'identité moderne*, Paris, Éditions Points, 2018, trad. MELANÇON (C.), 901 pages.

TOCQUEVILLE (A. De), *De la démocratie en Amérique. Tome 1*, Paris, Garnier-Flammarion, Collection GF brochée n° 353, 12ème édition (1ère édition : 1835), 1981, 569 pages.

VIGOUR (C.), *La comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes*, Paris, La Découverte, Repères, 2005, 336 pages.

VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, Questions, 3e éd, 1998, 169 pages.

WEBER (M.), *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme, suivi de Les sectes protestantes et l'esprit du capitalisme*, Paris, Pocket, Agora n° 6, 2008, 286 pages.

2.2. Ouvrages en langue étrangère

BARAK (A.), *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge Studies in Constitutional Law, 2012, 638 pages.

COLLINS (H.), KHAITAN (T.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, 291 pages.

DEMBOUR (M.-B.), *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge New York, Cambridge University Press, The law in context series, 2006, 310 pages.

DONNELLY (J.), *Universal human rights in theory and practice*, Ithaca & London, Cornell University Press, 3rd ed., 2013, 320 pages.

FERRARA (F.), *Le persone giuridiche*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 2e éd., 1956, vol. 2 de Trattato di diritto civile italiano, 346 pages.

GILLIGAN (C.), *In A Different Voice - Psychological Theory And Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 38th Ed., 2003, 217 pages.

HAVELKOVÁ (B.), MÖSCHEL (M.) (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, 310 pages.

JELLINEK (G.), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Heidelberg, Aalen, 2e éd., 1905, 366 pages.

KENNEY (S.J.), *Gender and Justice : Why Women in the Judiciary Really Matter*, New York, Routledge, Perspectives on gender, 2012, 328 pages.

KHAITAN (T.), *A theory of discrimination law*, Oxford (GB), Oxford University Press, 2015, 262 pages.

KOCH (I.E.), *Human rights as indivisible rights : the protection of socio-economic demands under the European Convention on human rights*, Leiden Boston, M. Nijhoff, International studies in human rights 101, 2009, 347 pages.

MARSHALL (J.), *Human Rights Law and Personal Identity*, Oxon New-York, Routledge, Research in Human Rights Law, 2014, 271 pages.

PARETO (V.) et al. (dir.), *Manual of Political Economy: A Critical and Variorum Edition*, Oxford, New York, Oxford University Press, 24 septembre 2020, 720 pages.

ROSE (M.A.), *The Post-Modern and the Post-Industrial : A Critical Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 336 pages.

3. Thèses

3.1. Thèses publiées

ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003, 638 pages.

BOSSUYT (M.J.), *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Emile Bruylant, 1976, 262 pages.

BRILLAT (M.), *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, Collection des thèses n°110, 2015, 491 pages.

BRUNET (R.), *Le principe d'égalité en droit français*, Paris, Félix Alcan, 1910, 270 p.

BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, Corpus Essais, 2004, 533 pages.

CALVES (G.), *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, Paris, LGDJ, 1998, 380 pages.

CARPENTIER (M.), *Norme et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, Clermont-Ferrand, Paris, Institut universitaire Varenne diff. LGDJ Lextenso éditions, Collection des thèses 99, 2014, 686 pages.

CATTO (M.-X.), « Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps », Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, 731 pages.

CHEYRE (G.), *La proportionnalité de la répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, Bayonne, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, Collection des Thèses n°197, 2020, 759 pages.

DUBOUT (E.), *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 845 pages.

GOGOS-GINTRAND (A.), *Les statuts des personnes : étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc Tome 30, 2011, 490 pages.

GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2000, 652 pages.

HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003, 555 pages.

HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 1019 pages.

JOUANJAN (O.), *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, Droit public positif, 1999, 449 pages.

KAFKA (C.), *L'autonomie personnelle : Étude des jurisprudences de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique et de la Cour Suprême du Canada*, Thèse de doctorat, Amiens, 2012, 325 pages.

MEDARD INGHILTERRA (R.), *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2022, 720 pages.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris Aix-en-Provence, Economica Presses universitaires d'Aix-Marseille, Collection droit public positif, 1997, 397 pages.

PALANCO (A.), *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 718 pages.

PICHARD (M.), *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, Economica, Recherches juridiques, 2006, 566 pages.

SABBAGH (D.), *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, 452 pages.

SWEENEY (M.), *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges : essai en droit social*, Toulouse Issy-les-Moulineaux, Éditions L'Építoge - Lextenso, Collection L'unité du droit Volume V, 2016, 292 pages.

THARAUD (D.), *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, 2013, 555 pages.

UNTERMAIER (É.), *Les règles générales en droit public français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public tome 268, 2011, 556 pages.

VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, Droit, 2001, 785 pages.

3.2. Thèses dactylographiées

BLONDEL (M.), *La personne vulnérable en droit international*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, 599 pages, en ligne <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01424139> (consulté le 24 novembre 2017).

CHARRUAU (J.), *La notion de non-discrimination en droit public français*, Thèse de doctorat, Université d'Angers, 12 décembre 2017, 828 pages.

DE TONNAC (A.), *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Université Panthéon Sorbonne, 7 février 2019, 625 pages.

FONDIMARE (E.), *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 2018, 810 pages.

JOBART (J.-C.), *L'individualisme en droit public français*, Thèse de doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, 2009, 940 pages.

MALBLANC (M.), *La technique des notions autonomes en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat, Université Lumière Lyon 2, 2019, 748 pages.

MARGUET (L.), *Le droit de la procréation en France et en Allemagne : étude sur la normalisation de la vie*, Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 2018, 848 pages.

MOUTOUH (H.), *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse de doctorat, Université Bordeaux-IV, 1996, 597 pages.

RINGELHEIM (J.), *Diversité culturelle et droits de l'homme. L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, European University Institute, Department of Law, 2005, 394 pages.

RIVIERE (A.), *Le juge européen et les droits sociaux en temps de crise économique*, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2022, 590 pages.

ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 16 novembre 2016, 674 pages.

STEPHAN (J.), *L'identité de la personne humaine: droit fondamental*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille Université, 2017.

4. Travaux collectifs

4.1. Ouvrages collectifs

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et al., *Pédagogie et droits de l'homme. Actes de la journée d'étude du 2 novembre 2011, Nanterre*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, Sciences juridiques et politiques, 2016.

DOAT (M.), RIOS RODRIGUEZ (J.), *L'identité en droit*, Paris, Mare et Martin, Droit & science politique, 2022, 248 pages.

GAUCHET (M.), AZOUVI (F.), PIRON (S.), *La condition historique. Entretiens avec François Azouvi et Sylvain Piron*, Paris, Stock, 2003, 353 pages.

HABERMAS (J.), BOUCHINDHOMME (C.), ROCHLITZ (R.), *Le discours philosophique de la modernité : douze conférences*, Paris, Gallimard, 1988, 484 pages.

HAVELKOVÁ (B.), MÖSCHEL (M.) (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, 310 pages.

LACORNE (D.) et al., *Les États-Unis*, Paris, Fayard : CERI, 2006, 672 pages.

MALEWSKA-PEYRE (H.) (dir.), *Crise d'identité et déviance chez les jeunes immigrés : recherche pluridisciplinaire*, Paris, Documentation française, 1983, 404 pages.

MALLET-BRICOURT (B.), FAVARIO (T.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, Actes, 2015, 200 pages.

PETTITI (L.-E.) et al., *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Paris, Economica, 2e éd, 1999, 1232 pages.

SUDRE (F.), SURREL (H.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, Droit et justice, 2008, 474 pages.

VELU (J.), ERGEC (R.), *Convention européenne des droits de l'homme*, Cork, Bruylant, 2014.

4.2. Rapports de recherche collective

ANDOLAFATTO (D.) et al., *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, Rapport final, 214.04.03.21, CREDESPO - Université de Bourgogne, avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice, juin 2016, 471 pages.

4.3. Mélanges

Les droits de l'homme à la croisée des droits : mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, Paris, LexisNexis, 2018, 854 p.

Mélanges offerts à Polys Modinos : problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne, Paris, A. Pédone, 1968, 498 p.

5. Articles

5.1. Articles de doctrine en langue française

a. Articles de doctrine (ouvrages collectifs, rapports, Mélanges)

ACAR (T.), « La théorie du droit de Ronald Dworkin : une théorie pédagogique à l'égard des juges », *Pédagogie et droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2014, pp. 167-180.

- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes (1) - Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme », in SUDRE (F.), SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, Droit et justice, 2008, pp. 197-222.
- ARDANT (P.), « L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », *La personne humaine, sujet de droit (quatrième journées René Savatier, Poitiers, 25 et 26 mars 1993)*, Paris, PUF, 1994, p. 135.
- BADIE (B.), « Sens de la différence », *L'État pluriculturel et les droits aux différences : colloque organisé à Nouméa du 3 au 5 juillet 2002*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 9-21.
- BAUDRILLARD (J.), BRUNN (A.), LAGEIRA (J.), « Modernité », *Encyclopedia Universalis*, 1985.
- BENOIT-ROHMER (F.), « L'égalité dans la typologie des droits de l'Homme », *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 134-152.
- BIOY (X.), « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, Droit et justice, 2008.
- BOUVET (L.), « Le tournant identitaire américain. Du "pluralisme-diversité" au "pluralisme-différence" », *Les États-Unis*, Paris, Fayard, 2006, pp. 233-244.
- BRAIBANT (G.), « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, Recherches politiques, 1989, pp. 97-121.
- CALVES (G.), « Principe d'égalité », *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, p. 377.
- CALVES (G.), « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in POTVIN-SOLIS (L.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités entre les personnes dans l'Union européenne. Actes des Septièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet, 27, 28 et 29 novembre 2006*, Bruxelles, Bruylant, Colloques Jean Monnet, 2010, pp. 47-53.
- CALVES (G.), « Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques », *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2011, pp. 9-23.
- CARPENTIER (M.), « Normes, interprétation, défaisabilité », *Normes, institutions et régulation publique*, Paris, Hermann, 2015, pp. 259-297.
- CASSIN (R.), « L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », in ROUSSEAU (C.), *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, LGDJ, 1950, vol. 1, pp. 67-91.
- CHEVALIER (E.), « Discrimination à rebours », in BOYER-CAPELLE (C.), THARAUD (D.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, Le Droit aujourd'hui, 2021, pp. 109-110.

DE SCHUTTER (O.), « Les générations des droits de l'Homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », *Juger les droits sociaux. Actes du colloque organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001*, Limoges, Pulim, 2004, pp. 13-45.

DECAUX (E.), « Article II-81-§1, non-discrimination », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article. Tome 2 Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 289-297.

DEROUSSIN (D.), « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, Actes, 2015.

EDEL (F.), « Égalité (théories de l') », in THARAUD (D.), BOYER-CAPELLE (C.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, Le Droit aujourd'hui, 2020, pp. 140-143.

GARRAU (M.), « Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique (J. Lacroix et J.-Y. Planchère) », *Encyclopædia Universalis*, 2022, en ligne <http://www.universalis-edu.com/faraway.parisnanterre.fr/encyclopedie/le-proces-des-droits-de-l-homme-genealogie-du-scepticisme-democratique/> (consulté le 21 août 2022).

GEISSBUEHLER (G.), « L'armée suisse face à la CourEDH », *L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse*, Genève/Zurich, Schulthess, 2016, pp. 51-68.

GONZALEZ (G.), « La convergence des jurisprudences », *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, 2008.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Présentation - Le droit international malgré elle », *Sexe, genre et droit international*, Paris, A. Pedone, Doctrine(s), 2013, pp. 3-42.

IMBERT (P.-H.), « Ouverture », *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs : actes du colloque des 15 et 16 juin 2001*, Faculté de droit, des sciences politiques et de gestion de l'Université Robert-Schuman, Strasbourg, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, Collections de l'Université Robert Schuman Institut de recherches Carré de Malberg, 2003, pp. 9-15.

IZORCHE (M.-L.), « Réflexions sur la distinction », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, vol. 1, pp. 53-68.

JOUANJAN (O.), « Égalité », in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy PUF, Quadrige Dicos poche, 2003, pp. 585-589.

KOUBI (G.), « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives. Colloque, 11-12 juin 1998, Université de Cergy Pontoise*, Paris, Éditions La Découverte, Recherches, 2000, pp. 69-113.

LAGARDE (X.), « Avant-propos », *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2009*, Paris, Documentation française, 2010, pp. 55-72.

LANGLAIS-FONTAINE (C.), « Le communautarisme dans le contentieux des droits de l'homme. De la pertinence des critiques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Paris, Éditions A. Pedone, Publications du Centre de Recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire, 2019, pp. 181-197.

LANQUETIN (M.-T.), « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, 2009, vol. 21, n° 1, pp. 91-106.

LE POURHIET (A.-M.), « Droit à la différence et revendication égalitaire : les paradoxes du postmodernisme », *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, France, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, pp. 251-261.

LE POURHIET (A.-M.), « Égalité et discrimination », *Les discriminations : actes du colloque organisé les 13 & 14 octobre 2011*, Paris, Éd. Cujas, 2012, pp. 25-33.

LEMAIRE (F.), « Égalité formelle », in BOYER-CAPELLE (C.), THARAUD (D.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 160-163.

LOCHAK (D.), « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences », *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, pp. 111-189.

LOCHAK (D.), « L'Autre saisi par le droit », *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996, pp. 179-199.

LOCHAK (D.), « La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen », *Égalités des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Société de législation comparée, 2006, pp. 39-60.

LOCHAK (D.), « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 621-631.

LOCHAK (D.), « V. Universalisation et universalité des droits de l'homme », *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, Repères, 2018, pp. 43-54.

LOISEAU (G.), « L'identité... finitude ou infinitude », *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, Actes, 2015.

MARGUENAUD (J.-P.), « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits revendiqués au profit des minorités », *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, PUF, 2002, pp. 205-221.

MARGUENAUD (J.-P.), « La dimension européenne de l'identité : les enseignements de la jurisprudence européenne », *Qui suis-je ? Dis moi qui tu es. L'identification des différents aspects juridiques de l'identité. [colloque, 13 et 15 décembre 2013, à Douai ; organisé par Centre de recherche Ethique et Procédures de l'Université d'Artois]*, Arras, Artois Presses Université, 2015, pp. 105-118.

MATHIEU (B.), « Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels », *Les droits de l'homme à la croisée des droits : mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 453-459.

- MAZERES (J.-A.), « Qu'est-ce que l'identité ? », in DOAT (M.), RIOS RODRIGUEZ (J.), *L'identité en droit*, Paris, Mare et Martin, Droit & science politique, 2022, pp. 11-29.
- MERTENS (P.), « Égalité et droits de l'Homme : de l'Homme abstrait à l'Homme "situé" », in PERELMAN (C.), DEKKERS (R.), FORIERS (P.), *L'Égalité*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, 1975, vol. IV, pp. 266-302.
- MILLARD (E.), « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », *Mélanges en l'honneur du doyen P. Blanc*, Perpignan, Toulouse, Presses Universitaires de Perpignan et Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 723.
- MORON-PUECH (B.), « Regards comparatistes sur la mention du sexe à l'état civil pour les personnes transgenres et intersexuées », in COURDURIER (J.), DOURLENS (C.), HERAULT (L.), *État civil de demain et transidentité*, Presses Universitaires de Provence, 2020.
- MORRI (J.), « Affirmative action », *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 23-24.
- PATAUT (E.), « Nationalité étatique et citoyenneté européenne, entre convergence et autonomie », *La nationalité : enjeux et perspectives*, Éditions Varenne, Colloques & Essais, 2019, pp. 43-55.
- PENA-SOLER (A.), « À la recherche de la liberté personnelle désespérément », *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1709-1721.
- PICHERAL (C.), « L'incertaine détermination des différences de traitement », *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, Droit et justice, 2008, pp. 87-118.
- RAIMOND (M.), « Chapitre I - Renouveau de l'antimoderne », *Éloge et critique de la modernité*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, Perspectives littéraires, 2000, pp. 15-29.
- RIGAUX (F.), « Le droit à la différence aux États-Unis d'Amérique », *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, pp. 45-70.
- RIVERO (J.), « Rapport sur les notions d'égalité et de non-discrimination en droit public français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1962 1961, vol. t. XIV, pp. 343-360.
- ROMAN (D.), « Le corps des femmes. Autonomie et intégrité corporelles dans la Convention », in ROMAN (D.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Éditions A. Pedone, 2014, pp. 183-218.
- SEILLER (B.), « Contribution à la résolution de quelques incohérences dans la formulation prétorienne du principe d'égalité », *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, 2007, pp. 979-1000.
- SUDRE (F.), « Rapport introductif », in SUDRE (F.), SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, Droit et justice, 2008, p 17-48.

SURREL (H.), « L'appréciation contingente des justifications », in SUDRE (F.), SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant Nemesis, Droit et justice, 2008, pp. 141-158.

SWEENEY (M.), « Action positive », *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 19-21.

THARAUD (D.), « Discrimination positive », *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 121-123.

THARAUD (D.), « Universalisme », in THARAUD (D.), BOYER-CAPELLE (C.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 363-364.

TULKENS (F.), « Droits de l'homme, droits des femmes. Les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme. », *Liber amicorum Luzius Wildhaber : Droits de l'homme, regards de Strasbourg.*, Kehl, Strasbourg, Arlington, Édition Lucius Caflisch and al., 2007, pp. 423-445.

VEDEL (G.), « L'égalité », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines sa pérennité. Colloque*, Paris, Documentation française, 1990, pp. 171-180.

VIDAL-NAQUET (A.), « De l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Aix-en-Provence, France, 2012, en ligne <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01735368> (consulté le 21 août 2018).

VOLTAIRE, « L'égalité », *Questions sur l'Encyclopédie*, Genève, Cramer, 1777-1768, vol. tomes 23-24.

WEBER (M.), « La profession et la vocation de savant », *Le savant et le politique*, Paris, La Découverte, Poche n° 158, une nouvelle traduction, 2003, trad. COLLIOT-THELENE (C.), pp. 61-110.

WIEVIORKA (M.), « Culture, société et démocratie », in WIEVIORKA (M.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, La Découverte, 1997, pp. 9-60.

b. Articles de doctrine, chroniques et études (revues)

A. ROKAS (K.), « Molla Sali : l'apport de la CEDH à la problématique des relations entre religion, droit interne et droit international privé », *RDIA*, 2019, n° 2, pp. 448-465.

AFROUKH (M.), « L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public : ou quand la subsidiarité permet la coexistence harmonieuse des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité », *Constitutions*, 2014, p. 483.

AFROUKH (M.), « Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment "dicté" par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 04, en ligne : <http://www.revuedlf.com/cedh/le-controle-de-conventionnalite-in-concreto-est-il-vraiment-dicte-par-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/> (consulté le 10 août 2022).

AUBIN (C.), JOLY (B.), « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Droit Social*, 2007, n° 12, p. 1295.

BARBEROUSSE (S.), GALLISSOT (R.), « Au-delà de l'idéologie occidentale des droits de l'homme : le droit à la vie, le droit à l'égalité et à l'humanité sans partage », *L'Homme et la société*, 1987, vol. 85, n° 3, pp. 58-71.

BARROIS DE SARIGNY (C.), « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil État », *Titre VII [en ligne]*, avril 2020, n° 4, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-principe-d-egalite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-et-du-conseil-d-etat> (consulté le 17 mai 2022).

BELLOUBET-FRIER (N.), « Le principe d'égalité », *AJDA*, 20 juillet 1998, n° spécial, pp. 152-164.

BENOIT-ROHMER (F.), « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », *RTDH*, 2002, n° 51, pp. 563-586.

BOBINEAU (O.), « La troisième modernité, ou « l'individualisme confinitaire » », *SociologieS*, 6 juillet 2011, en ligne : <https://journals.openedition.org/sociologies/3536> (consulté le 10 novembre 2022).

BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821.

BORGETTO (M.), « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, 1 septembre 2008, n° 148, pp. 8-17.

BOSSUYT (M.), « L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme », *RBDI*, 1980, n° 1, pp. 53-81.

BOUVET (L.), « La France du tournant identitaire », *Outre-Terre*, 26 octobre 2017, n° 51, pp. 96-101.

BRIBOSIA (E.), RINGELHEIM (J.), RORIVE (I.), « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, 2009, n° 78, pp. 319-373.

BURGORGUE-LARSEN (L.), « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2017, n° 3, p. 157.

BURGORGUE-LARSEN (L.), « La CEDH ne mérite pas d'être le bouc-émissaire du réductionnisme de la pensée », *RDLF*, 2020, chron. n°73, en ligne : <http://www.revuedlf.com/cedh/la-cedh-ne-merite-pas-detre-le-bouc-emissaire-du-reductionnisme-de-la-pensee/> (consulté le 26 novembre 2021).

CABRAL BARRETO (I.), « Le droit de recours individuel devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *Revue québécoise de droit international*, 2002, n° 15-2, pp. 1-23.

CALVES (G.), « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, 2001, vol. 5, n° 117, pp. 163-174.

CALVES (G.), « « De manière générale... » : le Conseil d'État face au droit communautaire de la non-discrimination », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 9, pp. 553-556.

CALVES (G.), « Entretien avec Gwénaële Calvès. Propos recueillis par Frédéric Dupin », *Le Philosophoire*, Association Le Lisible et l'illisible, 2012, vol. 37, n° 1, pp. 11-25.

CASTETS-RENARD (C.), « Les métamorphoses du contrat en droit européen », *Métamorphoses de l'Acte Juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Travaux de l'IFR, 2018, pp. 203-216.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 11 février 2016, n° 9, en ligne : <https://revdh.revues.org/2049> (consulté le 1 mars 2017).

CHASSANG (C.), « La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation en demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1701.

DE MONTECLER (M.-C.), « La CEDH admet l'interdiction du voile intégral, au nom du « vivre ensemble » (CEDH 1er juill. 2014, S.A.S. c. France, aff. n° 43835/11) », *Dalloz Actualités*, 3 juillet 2014.

DERRIDA (J.), « Qu'est-ce que la déconstruction ? », *Commentaire*, 2004, vol. 108, n° 4, pp. 1099-1100.

DHUME (F.), « Les discriminations raciales dans l'accès à l'emploi des jeunes en Alsace », *Les Cahiers de l'Observatoire régional de l'intégration et de la ville*, 1997, n° 25, pp. 3-139.

DHUME (F.), NOËL (O.), « Discrimination raciale dans l'accès à l'emploi. Un obstacle majeur à l'intégration et une place mineure dans le débat public », *Journal du Droit des Jeunes*, 1999, n° 182, pp. 40-42.

DHUME (F.), « Du racisme institutionnel à la discrimination systémique ? Reformuler l'approche critique », *Migrations Société*, Centre d'Information et d'Etudes sur les Migrations Internationales, 2016, vol. 163, n° 1, pp. 33-46.

DUBOUT (E.), « Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ? (en marge de l'arrêt D. H. et autres c. République tchèque du 7 février 2006) », *RTDH*, 2006, n° 68, pp. 851-883.

DUBOUT (E.), « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007) », *RTDH*, 2008, n° 75, pp. 821-856.

DUBOUT (E.), « La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale - À propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., Orsus et autres c. Croatie, 16 mars 2010) », *RTDH*, 2010, n° 84, p. 987.

EDEL (F.), « Le chaos des interprétations du principe d'égalité ou de non-discrimination », *Droits*, 2015, n° 61, pp. 117-142.

EDELMAN (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 28, pp. 1946-1953.

EDELMAN (B.), « Qu'est devenue la personne humaine ? », *Droits*, 2012, n° 55, pp. 129-138.

- EDELMAN (B.), « Naissance de l'homme sadien », *Droits*, 9 octobre 2015, n° 49, pp. 107-134.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *Recueil Dalloz*, 8 décembre 2005, p. 2973.
- FABRE-MAGNAN (M.) et al., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008, n° 48, pp. 3-58.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 31.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Totems et tabous en matière de discrimination », *Revue des contrats*, 1 octobre 2010, n° 4, p. 1433.
- FIORINA (D.), « Mode de vie : la consécration d'un droit à la différence », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2758.
- FLAUSS (J.-F.), « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *RFDC*, 1998, n° 36, p. 721.
- FONDIMARE (E.), « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes ? », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 18 janvier 2017, n° 11, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/2885> (consulté le 23 mars 2018).
- FRASER (N.), « Penser la justice sociale : entre redistribution et revendications identitaires », *Politique et sociétés*, 1998, vol. 17, n° 3, pp. 9-36.
- FROMONT (M.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, p. 156.
- FULCHIRON (H.), « L'arrêt Taddeucci et McCall c/ Italie et les discriminations indirectes entre couples homosexuels et hétérosexuels : avis de tempête ? », *Recueil Dalloz*, 20 octobre 2016, p. 2100.
- GAUCHET (M.), « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000, vol. 110, n° 3, pp. 258-288.
- GAUCHET (M.), « Trois figures de l'individu », *Le Débat*, 1 novembre 2010, vol. 160, n° 3, pp. 72-78.
- GERVIER (P.), « L'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public », *AJDA*, 2014, p. 1866.
- GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2007, n° 22, Dossier "Le réalisme en droit constitutionnel", en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-de-proportionnalite-exerce-par-le-conseil-constitutionnel> (consulté le 5 avril 2022).
- GONZALEZ (G.), « Vade-mecum pour interdire les signes religieux au travail », *Rev. UE*, 12 juin 2017, n° 609, p. 342.

GONZALEZ (G.), « La protection de la liberté de religion en détention par la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 11 mai 2021, n° 93, pp. 9-15.

HABER (S.), « L'idéologie de la modernité. À propos de : Marcel Gauchet, L'Avènement de la démocratie, IV : Le Nouveau monde, Gallimard », *La Vie des Idées [en ligne]*, 28 février 2018, pp. 1-7.

HAMOU (S.), « La condition de stérilité comme préalable au changement de sexe à l'état civil constitue une violation du droit au respect de la vie privée », *Gaz. Pal.*, 4 juillet 2017, n° 25.

HELALI (M.S.), « La question Kurde devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Civitas Europa*, 2015, vol. 34, n° 1, pp. 55-69.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Vademecum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme. La théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de « splendide isolement » », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1360.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), GIRARD (C.), « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir/Agir*, 6 août 2014, vol. 2, n° 20, pp. 53-59.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Nous sommes Achbita », *RTD Eur.*, 29 avril 2019, n° 1, p. 105.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé : questions de recherche autour des Réflexions sur Little Rock de Hannah Arendt », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 21 juin 2021, n° 20, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/12575> (consulté le 13 juillet 2021).

HENRI (W.), « Alain Thomasset, Paul Ricœur. Une poétique de la morale. Aux fondements d'une éthique herméneutique et narrative dans une perspective chrétienne (coll. Bibliotheca Ephemeridum Theologicarum Lovaniensium, 124). », *Revue Théologique de Louvain*, 1997, n° 28-2, pp. 279-281.

HERNU (R.), « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE », *Titre VII [en ligne]*, avril 2020, n° 4, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-principe-d-egalite-et-le-principe-de-non-discrimination-dans-la-jurisprudence-de-la-cjue> (consulté le 17 mai 2022).

HERVIEU (N.), « Valse-hésitation de la jurisprudence strasbourgeoise sur la notion d'"accommodement raisonnable" en matière religieuse », *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, *Actualités Droits-Libertés*, 15 avril 2012, <http://revdh.org/2012/04/15/liberte-de-religion-art-9-cedh-valse-hesitation-de-la-jurisprudence-strasbourgeoise-sur-la-notion-daccomodement-raisonnable-en-matiere-religieuse/>.

HOFFMANN (F.), RINGELHEIM (J.), « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2004, vol. 52, pp. 109-142.

HONNETH (A.), « La théorie de la reconnaissance : une esquisse », *Revue du MAUSS*, 2004, vol. 23, n° 1, pp. 133-136.

- HURPY (H.), « L'identité et le corps », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 2015, n° 8, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/1601> (consulté le 20 octobre 2020).
- JULIEN-LAFERRIERE (F.), « Nature des droits attachés à la nationalité », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, février 2008, n° 23, Dossier "La citoyenneté", en ligne <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/nature-des-droits-attaches-a-la-nationalite> (consulté le 29 mars 2022).
- KOUBI (G.), « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France », *RTDH*, 1993, n° 14, pp. 244-262.
- KRENC (F.), « « Dire le droit », « rendre la justice ». Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2017, n° 114, pp. 311-346.
- LABAYLE (H.), SUDRE (F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2002, p. 1103.
- LANGLAIS-FONTAINE (C.), « La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme : une source d'imprévisibilité », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 15 janvier 2019, n° 15, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/5202> (consulté le 19 novembre 2019).
- LARRALDE (J.-M.), « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », *RTDH*, 2003, n° 56, pp. 1247-1274.
- LARROUTUROU (T.), « Convention européenne des droits de l'homme et contrôle de la loi - Europe des Droits & Libertés », *Europe des Droits & Libertés*, mars 2022, vol. 1, n° 5, pp. 166-180.
- LATRAVERSE (S.), « Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, 2005, vol. 5, n° 125, p. 95.
- LAZZERI (C.), CAILLE (A.), « La reconnaissance aujourd'hui. Enjeux théoriques, éthiques et politiques du concept », *Revue du MAUSS*, 2004, vol. 23, n° 1, pp. 88-115.
- LAZZERI (C.), « Identité et appartenance sociale », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 1 décembre 2013, n° 13, pp. 73-102.
- LE POURHIET (A.-M.), « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, 1998, n° 3, pp. 519-525.
- LE POURHIET (A.-M.), « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, avril 2004, n° 114, pp. 166-177.
- LE POURHIET (A.-M.), « L'hégémonie des droits fondamentaux ou l'inversion des fins ? », *Politéia*, 2016, n° 30, pp. 317-322.
- LE POURHIET (A.-M.), « La Cour européenne des droits de l'homme et la démocratie », *Constitutions*, 2018, pp. 205-214.

LEBEN (C.), « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, avril 1982, p. 295.

LECUYER (Y.), « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2019, chron. n°53, <http://www.revuedlf.com/cedh/les-critiques-ataviques-a-lencontre-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/>.

LEMAIRE (F.), « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, pp. 301-308.

LEPOUTRE (J.), « Citoyenneté et nationalité, deux types d'appartenance distincts ? », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 5 septembre 2022, n° 22, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/15160#bodyftn5> (consulté le 28 octobre 2022).

LOCHAK (D.), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, 1987, vol. 11, pp. 778-790.

LOCHAK (D.), « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 26 novembre 2013, n° 3, en ligne : <http://revdh.revues.org/187> (consulté le 26 août 2016).

LOCHAK (D.), « Les usages militants du droit », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), n° 10, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/2178> (consulté le 14 octobre 2021).

LOCHAK (D.), CHEVALLIER (J.), « Les juristes dans l'espace public », *Droit et Société*, 2016, n° 93, pp. 359-374.

LOENEN (T.), BOLAIN (N.), « L'égalité des sexes ? Un droit fondamental à repenser », *Les Cahiers du GRIF*, 1994, n° 48, p. 45.

MAISONNEUVE (M.), « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *RFDA*, 2002, p. 561.

MARGUENAUD (J.-P.), « Requiem pour l'adage *Ubi lex non distinguit* ? La Cour européenne des droits de l'homme pourfend les lois trop générales qui n'établissent pas de discriminations positives », *RTD Civ.*, 2000, n° 2, p. 434.

MARGUENAUD (J.-P.), « La lente émergence d'un droit européen au respect des modes de vie minoritaires (Cour EDH grande chambre, Chapman, Jane Smith, Lee, Coster, Beard c/ Royaume-Uni, 18 janv. 2001) », *RTD Civ.*, 2001, p. 448.

MARGUENAUD (J.-P.), « Volte-face européenne sur le droit du célibataire homosexuel de pouvoir adopter », *RTD Civ.*, 2008, p. 249.

MARGUENAUD (J.-P.), « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle (CEDH, 24 juin 2010, n° 30141, Schalk, Kopf c/ Autriche ...) », *RTD Civ.*, 2010, n° 04, pp. 738-740.

- MARGUENAUD (J.-P.), « Le « vivre ensemble » et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public ou le bricolage d'un nouveau concept européen aux fins de sauvegarde d'une incrimination malvenue (CEDH, 1er juillet 2014, gr. ch., n° 43835/11, S.A.S. c/ France) », *RSC*, 2014, p. 626.
- MARGUENAUD (J.-P.), « La négation du droit du transsexuel à rester marié sous sa nouvelle identité (CEDH, gr. ch., 16 juill. 2014, req. n° 37359/09, Hämäläinen c/ Finlande ...) », *RTD Civ.*, 2014, n° 04, pp. 831-834.
- MARGUENAUD (J.-P.), « L'épilogue européen du « mariage de Bègles » : l'article 12 de la CEDH ne confère toujours pas le droit de se marier aux couples de personnes de même sexe (CEDH, 5e sect., 9 juin 2016, n° 40183/07, Chapin et Charpentier c/ France ...) », *RTD Civ.*, 2016, n° 04, pp. 797-798.
- MARGUENAUD (J.-P.), « De la nécessité de favoriser les couples homosexuels n'ayant pas pu se marier par rapport aux couples hétérosexuels n'ayant pas voulu se marier ou les paradoxes de la comparabilité (Note sous CEDH, 1ère sect., 30 juin 2016, n°51362/09, Taddeucci et McCall c/ Italie) », *RTD Civ.*, 2016, p. 799.
- MARGUENAUD (J.-P.), « La promotion européenne du « vivre ensemble » comme instrument de lutte contre la dissimulation du visage dans l'espace public (CEDH, 2e sect., 11 juillet 2017, n° 4619/12, Dakir c/ Belgique et n° 27798/13, Belcacemi et Oussar c/ Belgique) », *RTD Civ.*, 2017, p. 823.
- MARTENS (P.), « La nouvelle controverse de Valladolid », *RTDH*, 2014, n° 98, pp. 307-331.
- MEDEVIELLE (G.), « La difficile question de l'universalité des droits de l'homme », *Transversalités*, Institut Catholique de Paris, 2008, vol. 107, n° 3, pp. 69-91.
- MERCAT-BRUNS (M.), « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, 24 novembre 2015, n° 11, p. 672.
- MERCAT-BRUNS (M.), « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des Droits de l'Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 7 juin 2018, n° 14, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/3972> (consulté le 25 septembre 2018).
- MUCCHIELLI (A.), « L'Identité individuelle et les contextualisations de soi », *Le Philosophoire*, Vrin, 12 mai 2015, vol. 43, n° 1, pp. 101-114.
- NOUR (S.), « La reconnaissance : le droit face à l'identité personnelle », *Droit et société*, 4 octobre 2011, n° 78, pp. 355-368.
- OLLARD (R.), « Irrecevabilité des requêtes individuelles par la CEDH : quand l'hôpital se moque de la charité », *Gaz. Pal.*, 17 mai 2016, n° 18, pp. 46-49.
- ORIOU (M.), « L'ordre des identités », *Revue européenne des migrations internationales*, 1985, vol. 1, n° 2, pp. 171-185.
- PATAUT (E.), « Tours et détours de l'Europe sociale », *RTD Eur.*, 2018, n° 1, pp. 9-24.
- PERREAU (E.-H.), « Des droits de la personnalité », *RTD Civ.*, 1909, vol. t. VIII, pp. 501-536.

PICHERAL (C.), HUSSON-ROCHCONGAR (C.), AFROUKH (M.), « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme – Second semestre 2017 », *RDLF*, 2018, chron. n°11, en ligne : <http://www.revuedlf.com/cedh/evolutions-de-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-second-semester-2017/#return-note-6836-51> (consulté le 14 mai 2022).

PORTA (J.), « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l’égalité dans le droit de l’égalisation (2ème partie) », *Revue de droit du travail*, 17 juin 2011, n° 6, p. 354.

RAMBAUD (T.), « Les droits sociaux comme droits fondamentaux », *Revue internationale de droit comparé*, 2014, vol. 66, n° 2, pp. 605-623.

REDOR-FICHOT (M.-J.), « L’indivisibilité des Droits de l’homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 31 décembre 2009, n° 7, pp. 75-86.

RENAULD (B.), « Les discriminations positives. Plus ou moins d’égalité », *RTDH*, 1997, n° 31, p. 430.

RICŒUR (P.), « L’identité narrative », *Esprits*, juillet 1988, pp. 295-304.

ROBIN-OLIVIER (S.), « Neutraliser la religion dans l’entreprise ? », *RTD Eur.*, juillet 2017, n° 2, pp. 229-240.

ROBIN-OLIVIER (S.), « Chronique Politique sociale de l’UE - Discriminations au travail », *RTD Eur.*, juillet 2022, n° 2, pp. 296-310.

ROMAN (D.), « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l’édification sociaux ou les enjeux de l’édification d’un État de droit social », *La Revue des Droits de l’Homme [en ligne]*, 1 juin 2012, n° 1, pp. 1-40.

ROMAN (D.), « Vulnérabilité et droits fondamentaux – Rapport de synthèse », *RDLF*, 2019, chron. n° 19, en ligne : <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/dossier/vulnerabilite-et-droits-fondamentaux-rapport-de-synthese/> (consulté le 24 juin 2022).

ROTA (M.), « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l’homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2020, n° 18, pp. 39-46.

ROUSSEAU (D.), « La CEDH, stop ? Non, encore ! », *Dalloz Actualités*, Le droit en débats, 29 novembre 2016, en ligne : <https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/cedh-stop-non-encore> (consulté le 6 février 2018).

RUET (C.), « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *RTDH*, 2015, n° 102, pp. 317-340.

SÄGESSER (C.), « Les droits de l’homme », *Dossiers du CRISP*, CRISP, 2009, vol. 73, n° 2, pp. 9-96.

SCOTT (J.W.), « L’énigme de l’égalité », *L’égalité, une utopie ?*, *Cahiers du genre*, 2002, n° 33, trad. MAURY (H.), HEINEN (J.), pp. 17-41.

SHEPPARD (C.), « Contester la discrimination systémique au Canada : Droit et changement organisationnel », *La Revue des Droits de l’Homme [en ligne]*, Centre de recherches et d’études

sur les droits fondamentaux (CREDOF), 7 juin 2018, n° 14, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/4161> (consulté le 21 septembre 2022).

SLAMA (A.-G.), « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *Pouvoirs*, 2004, vol. 4, n° 111, pp. 133-143.

SUDRE (F.), « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme : De quoi est-il question ? », *La Semaine Juridique Édition Générale*, 13 mars 2017, n° 11, p. 289.

SURREL (H.), « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *RTDH*, 2004, pp. 141-174.

SURREL (H.), « La sanction des discriminations par la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre VII [en ligne]*, Le principe d'égalité, avril 2020, n° 4, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-sanction-des-discriminations-par-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme> (consulté le 17 mai 2022).

SVANDRA (P.), « Repenser l'éthique avec Paul Ricœur », *Recherche en soins infirmiers*, 19 avril 2016, vol. 124, n° 1, pp. 19-27.

SWEENEY (M.), « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 87.

SZUREK (S.), « La composition des juridictions internationales permanentes : de nouvelles exigences de qualité et de représentativité », *Annuaire Français de Droit International*, 2010, vol. 56, n° 1, pp. 41-78.

TAGUIEFF (P.-A.), « L'identité nationale saisie par les logiques de racisation. Aspects, figures et problèmes du racisme différentialiste », *Mots. Les langages du politique*, 1986, n° 12, pp. 91-128.

TAPIA (C.), « Modernité, postmodernité, hypermodernité », *Connexions*, Érès, 2012, vol. 97, n° 1, pp. 15-25.

TORANIAN (V.), « Marcel Gauchet : "Que faire des droits de l'homme ?" », *Revue Des Deux Mondes*, 1 février 2018, en ligne <https://www.revuedesdeuxmondes.fr/marcel-gauchet-faire-droits-de-lhomme/> (consulté le 27 avril 2020).

THARAUD (D.), « La discrimination en matière de handicap mineur : commentaire de l'arrêt Glor (CEDH, 30 avril 2009, Glor contre Suisse) », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2010, p. 1033.

WEILER (J.H.H.), « Je suis Achbita ! », *RTD Eur.*, 29 avril 2019, n° 1, p. 85.

5.2. Articles de doctrine en langue étrangère

AL TAMIMI (Y.), « Human Rights and the Excess of Identity: A Legal and Theoretical Inquiry into the Notion of Identity in Strasbourg Case Law », *Social & Legal Studies*, 31 juillet 2017, pp. 1-16.

- BAER (S.), « Citizenship in Europe and the Construction of Gender by Law », in KNOP (K.) (dir.), *Gender and Human Rights*, Oxford, University Press, The collected courses of the Academy of European Law 12, 2, 2004, pp. 83-112.
- BYRNES (A.), « Women, Feminism and International Human Rights Law - Methodological Myopia, Fundamental Flaws or Meaningful Marginalisation? Some Current Issues », *Aust. YBIL*, 1, 1988-1989, n° 12, pp. 205-240.
- CANNOOT (P.), « The pathologisation of trans* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, vol. 37, n° 1, pp. 14-35.
- CARTABIA (M.), « The Many and the Few : Clash of Values of Reasonable Accommodation », *Am. U. Int. L. Rev.*, 2018, vol. 33, pp. 667-680.
- CHARLESWORTH (H.), CHINKIN (C.), WRIGHT (S.), « Feminist Approaches to International Law », *AJIL*, octobre 1991, vol. 85, n° 4, pp. 613-645.
- COLLINS (H.), KHAITAN (T.), « Indirect Discrimination Law : Controversies and Critical Questions », in COLLINS (H.), KHAITAN (T.) (dir.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford etc., Royaume-Uni , Etats-Unis, Hart Publishing, 2018, pp. 1-30.
- COVA (B.), « V. Derrida, Deleuze et Lyotard : French Theory, Postmodernisme et autres », *Regards croisés sur la consommation*, Caen, EMS Editions, Versus, 2015, pp. 125-139.
- DAVIS (K.C.), « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », *Harvard Law Review*, janvier 1942, vol. 55, n° 3, pp. 364-425.
- DE SCHUTTER (O.), « Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights », in LAWSON (A.), GOODING (C.) (dir.), *Disability Rights in Europe : From Theory to Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 35-63.
- DEMBOUR (M.-B.), « Following the movement of a pendulum: between universalism and relativism », in COWAN (J.K.), WILSON (R.A.), DEMBOUR (M.-B.) (dir.), *Culture and rights: anthropological perspectives*, New York, Cambridge University Press, 2001, pp. 56-79.
- FISS (O.M.), « Groups and the Equal Protection Clause », *Philosophy & Public Affairs*, hiver 1976, vol. 5, n° 2, pp. 107-177.
- GERARDS (J.), « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2013, vol. 13, n° 1, pp. 99-124.
- GROSSMAN (N.), « Sex on the Bench : Do Women Judges Matter to Legitimacy of International Courts ? », *Chicago Journal of International Law*, 2012, vol. 12, n° 2, pp. 647-684.
- HAVELKOVÁ (B.), « Judicial Scepticism of Discrimination at the ECtHR », in COLLINS (H.), KHAITAN (T.) (dir.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 83-103.
- HAVELKOVÁ (B.), MÖSCHEL (M.), « Introduction : Anti-Discrimination Law's Fit into Civil Law Jurisdictions and the Factors Influencing it », in HAVELKOVÁ (B.), MÖSCHEL (M.) (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, pp. 1-30.

HAVELKOVÁ (B.), « The Pre-Eminence of the General Principle of Equality over Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia », in HAVELKOVÁ (B.), MÖSCHEL (M.) (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, pp. 76-93.

HELLMAN (D.), « Indirect Discrimination and the Duty to Avoid Compounding Injustice », in COLLINS (H.), KHAITAN (T.) (dir.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 105-121.

HENNETTE VAUCHEZ (S.), « More Women - But Which Women ? The Rule and the Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights », *European Journal of International Law*, 2015, vol. 26, n° 1, pp. 195-221.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), FONDIMARE (E.), « Incompatibility between the “French Republican Model” and Anti-Discrimination Law? Deconstructing a Familiar Trope of Narratives of French Law », in HAVELKOVÁ (B.), MÖSCHEL (M.) (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, New-York, Oxford University Press, 2019, pp. 56-75.

LACEY (N.), « Feminist Legal Theory and the Rights of Women », in KNOP (K.) (dir.), *Gender and Human Rights*, Oxford, University Press, The collected courses of the Academy of European Law 12, 2, 2004, pp. 13-55.

LANNUNG (H.), « The right of minorities », *Mélanges offerts à Polys Modinos : problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, A. Pédone, 1968.

LAWRENCE (C.), « The Id, the Ego and Equal protection: Reckoning with unconscious racism », *Stanford Law Review*, 1987, vol. 39, p. 317.

MCKEAN (W.A.), « The Meaning of Discrimination in International and Municipal Law », *B.Y.I.L.*, 1970, vol. 44, pp. 177-192.

MOWBRAY (A.), « The Consideration of Gender in the Process of Appointing Judges to the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2008, n° 8, pp. 549-559.

MULDER (J.), « Cultural Narratives and the Application of Non-Discrimination Law », in HAVELKOVÁ (B.), MÖSCHEL (M.) (dir.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, New-York, Oxford University Press, 2019, pp. 31-55.

PATEMAN (C.), « Feminist critiques of the public/private dichotomy », *Feminism and Equality*, New York, Etats-Unis d'Amérique, New York University Press, 1987, p. 103.

PERONI (L.), OUALD-CHAIB (S.), « Francesco Sessa v. Italy: A Dilemma Majority Religion Members Will Probably Not Face », *Strasbourg Observers*, 5 avril 2012, en ligne : <https://strasbourg.weichie.dev/2012/04/05/francesco-sessa-v-italy-a-dilemma-majority-religion-members-will-probably-not-face/> (consulté le 4 mai 2022).

PERONI (L.), TIMMER (A.), « Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law », *Int. J. Const. Law*, Oxford Academic, octobre 2013, vol. 11, n° 4, pp. 1056-1085.

PERONI (L.), « Talpis v. Italy : Elements to Show An Article 14 Violation in Domestic Violence Cases », *Strasbourg Observers*, 19 avril 2017, en ligne :

<https://strasbourgobservers.com/2017/04/19/talpis-v-italy-elements-to-show-an-article-14-violation-in-domestic-violence-cases/> (consulté le 19 avril 2017).

PORAT (I.), COHEN-ELIYA (M.), « American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins », *Int. J. Const. Law*, 2010, vol. 8, p. 263.

RADACIC (I.), « Gender equality jurisprudence of the European Court of Human Rights », *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, n° 4, pp. 841-857.

SCOTT (C.), « Reaching beyond (without Abandoning) the Category of Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, 1999, vol. 21, n° 3, pp. 633-660.

SIEGEL (R.B.), « Equality Talk : Antisubordination and Anti-classification Values in Constitutional Struggles over Brown », *Harvard Law Review*, mars 2004, vol. 117, n° 5, pp. 1470-1547.

TARNOPOLSKY (W.S.), « Discrimination in Canada: Our History and our Legacy », in TARNOPOLSKY (W.S.) et al. (dir.), *Discrimination in the law and the administration of justice*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, pp. 3-20.

TIMMER (A.), « Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2011, vol. 11, pp. 707-738.

TSAVOUSOGLOU (Í.), « The Curious Case of Molla Sali v. Greece: Legal Pluralism Through the Lens of the ECtHR », *Strasbourg Observers*, 11 janvier 2019, en ligne : <https://strasbourg.weichie.dev/2019/01/11/the-curious-case-of-molla-sali-v-greece-legal-pluralism-through-the-lens-of-the-ecthr/> (consulté le 10 mai 2022).

WALTON (D.N.), « Argumentation Schemes for Argument from Analogy », in JALES RIBEIRO (H.) (dir.), *Systematic Approaches to Argument by Analogy*, New York, Springer, Argumentation Library n° 25, 2014, pp. 23-40.

WESTEN (P.), « The Empty Idea of Equality », *Harvard Law Review*, janvier 1982, vol. 95, n° 3, pp. 537-596.

6. Working papers et comptes-rendus d'interventions

AL TAMIMI (Y.), « Identity and belonging at the European Court of Human Rights », *Working paper* (2017) d'une intervention au forum *Identities and Identifications : Politicized Uses of Collective Identities (7th Edition)*, Lucca, 14-15 juin 2018, en ligne : <https://euroacademia.eu/presentation/identity-and-belonging-at-the-european-court-of-human-rights/> (consulté le 4 février 2019).

CALVES (G.), *Les discriminations indirectes à raison du sexe ou de l'orientation sexuelle : évolution et hésitation du droit européen*, intervention au colloque international organisé par le GEDI, Université d'Angers, Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, 10 mai 2017.

CÉDIEY (É.), FRAISSE-D'OLIMPIO (S.) (dir.), *Dossier « Discriminations et politiques discriminatoires »*, ENS Lyon, 2008, en ligne <http://ses.ens-lyon.fr/articles/discriminations-et-politiques-antidiscriminatoires-31414> (consulté le 10 janvier 2019).

RINGELHEIM (J.), *La non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bilan d'étape*, Working paper, n° 2, Université catholique de Louvain, 2017, 27 pages.

7. Sources institutionnelles

7.1. Droit du Conseil de l'Europe

a. Traités, protocoles et conventions-cadres

CONSEIL DE L'EUROPE, 4.XI.1950, Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 4 novembre 1950.

CONSEIL DE L'EUROPE, 16.IX.1963, Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, STE n°46, 16 septembre 1963.

CONSEIL DE L'EUROPE, Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de La dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et La médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine, STE n°164, 4 avril 1997.

CONSEIL DE L'EUROPE, 1.II.1995, Convention-Cadre pour la protection des minorités nationales, STE n°157, 1 février 1998.

CONSEIL DE L'EUROPE, Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STCE n° 213, 24 juin 2013.

b. Résolutions et recommandations

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 1366 (2004)*, 30 janvier 2004.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 1426 (2005)*, 2005.

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *Recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, 31 mars 2010.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 1723 (2010) « Discrimination sur la base de l'orientation et de l'identité de genre »*, 29 avril 2010.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution CM/Res. 2010(26) sur « la création d'un Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme »*, 10 novembre 2010.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 2318 (2020) « La protection de la liberté de religion ou de croyance sur le lieu de travail »*, 29 janvier 2020.

c. Autres documents

CONSEIL DE L'EUROPE, *Travaux préparatoires de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Travaux préparatoires, CDH (67) 3, 9 mai 1967, en ligne <http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART14-CDH%2867%293-BIL1338901.pdf> (consulté le 23 mai 2017).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Violations par article et par État 1959-2021*, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 1 janvier 2022, 2 pages, en ligne https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2021_FRA.pdf (consulté le 24 juin 2022).

Cour européenne des droits de l'homme, *La CEDH en faits & chiffres - 2021*, février 2022, 11 pages.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 15015, Recueil des amendements écrits, « Projet de résolution "La protection de la liberté de religion ou de croyance sur le lieu de travail" », 28 janvier 2020, en ligne : <https://pace.coe.int/fr/files/28322/compendium#drafttext-B> (consulté le 23 novembre 2021).

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Procédure d'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Mémoire préparé par la Secrétaire Générale de l'Assemblée, Document d'information, SG-AS (2022) 01Rev4, 6 juillet 2022.

Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 1 du Protocole n°12 à la Convention. Interdiction de la discrimination*, 31 août 2022, 72 pages.

7.2. Droit de l'Union européenne

a. Traités et protocoles

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, publiée au *JOUE* C 326, 26 octobre 2012, p. 391.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, publié au *JOUE* C 202, 7 juin 2016, p. 47.

Traité sur l'Union européenne, publié au *JOUE* C 202, 7 juin 2016, p. 13.

b. Droit dérivé

CONSEIL DES MINISTRES, Directive 75/117/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, 10 février 1975.

CONSEIL DES MINISTRES, Directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, 9 février 1976.

CONSEIL DES MINISTRES, Directive 79/7/CEE relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, 19 décembre 1978.

CONSEIL DES MINISTRES, Directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, 29 juin 2000.

CONSEIL DES MINISTRES, Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, 27 novembre 2000.

CONSEIL DES MINISTRES, Directive 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et des services et la fourniture de biens et services, 13 décembre 2004.

CONSEIL DES MINISTRES, Directive 2006/54/CE 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, 5 juillet 2006.

c. Autres documents

Commission européenne, *Communication « un droit européen des contrats plus cohérent – un plan d'action »*, COM (2003) 68 final, 12 février 2003.

TOBLER (C.), *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Commission européenne, septembre 2008.

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Manuel, 2011, 176 pages.

7.3. Organisation des Nations Unies

a. Traités

Déclaration universelle des droits de l'Homme, 10 décembre 1948.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966.

Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, Résolution n°53/152, 11 novembre 1997.

b. Résolutions et recommandations

Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, *Recommandation générale n°19*, U.N. Doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15, 1992.

Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, Résolution n°48/104, 20 décembre 1993.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandations générales n°24 : Article 12 de la Convention (Les femmes et la santé)*, 1999.

Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, *Recommandation générale n°35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la recommandation générale n°19*, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/35, 2017.

c. Autres documents

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations générale n° 22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative (article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, 2016.

Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, *Yaker c. France*, 17 juillet 2018, CCPR/C/123/D/2747/2016.

7.4. Droit français

a. Textes normatifs

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789.

Loi n° 10-680, conférant aux administrateurs des communes mixtes en territoire civil la répression, par voie disciplinaire, des infractions spéciales à l'indigénat, 28 juin 1881.

Loi sur l'exercice des professions ambulantes et la réglementation de la circulation des nomades, 16 juillet 1912, JORF du 19 juillet 1912.

Décret du 16 février 1913 portant réglementation publique pour l'exécution de la loi du 16 juillet 1912, JORF du 19 février 1913.

Loi du 3 octobre 1940 portant statut des Juifs, JORF du 18 octobre 1940, p. 5323

Loi du 27 octobre 1940 instituant la carte d'identité de Français, JORF du 20 novembre 1940, p. 5740.

b. Rapports et études de l'Assemblée nationale

Étude d'impact annexée au projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, n° 2520, déposé le 19 mai 2010.

Rapport n°1275 de M. Jean-Louis DEBRE, fait au nom de la Mission d'informations sur la question du port des signes religieux à l'école, enregistré le 4 décembre 2003.

c. Rapports du Sénat

Rapport n° 253 (2007-2008) de Mme Muguette DINI, fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, déposé le 2 avril 2008.

Rapport n°156 (1998-1999) de M. Guy-Pierre CABANEL au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, déposé le 20 janvier 1999.

Rapport d'information n°698 (2009-2010) de Mme Christiane HUMMEL, fait au nom de la Délégation aux droits des femmes, déposé le 8 septembre 2010 Intervention de Mme Michèle ALLIOT-MARIE, ministre d'État, lors de la séance du 14 septembre 2010 relative au projet de loi n°2520 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

Audition de Mme Michèle ALLIOT-MARIE, ministre d'État, retranscrite dans le Rapport n°2648 de M. Jean-Paul GARRAUD, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°2520 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

d. Autres documents

Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif, Rapport (Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue, Ministère de la Justice, Ministère des droits des femmes) de Mme Laurence PECAUT-RIVOLIER et M. Damien PONS, remis le 17 décembre 2013.

7.5. Autres sources

a. Sources d'autres droits nationaux

i. Canada

Chinese Immigration Act, 1885, S.C. 1885, chap. 71.

Electoral Franchise Act, 1885, S.C. 1885, c. 40, sec. 2.

The Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947, SS 1947, chap. 35.

Charte des droits et libertés de la personne, vol. C-12, 27 juin 1975.

Human Rights Code, R.S.O. 1990, chap. H.19.

Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, chap. 2010.

ii. États-Unis d'Amérique

Déclaration d'indépendance États-Unis d'Amérique, 4 juillet 1776.

Civil Rights Act, 2 juillet 1964 (Pub. L. 88-352), U.S.C., vol. 42, §2000(d)-1.

Age Discrimination in Employment Act, 1967 (Pub. L. 90-202), U.S.C. vol. 19, sec. 621.

Equal Pay Act, 1963 (Pub. L. 88-38), U.S.C. vol. 19, sec. 206(d).

Pregnancy Discrimination Act, 1978 (Pub. L. 95-555), sec. 995.

American with Disability Act, 1990 (Pub. L. 101-336), U.S.C., vol. 42, chap. 126, §12101.

b. Rapports d'associations et ONG

MIPROF, *La lettre de l'Observatoire nationale des violences faites aux femmes*, Lettre, n°13, novembre 2018, 24 pages.

MIPROF, *La lettre de l'Observatoire nationale des violences faites aux femmes*, Lettre, n°17, novembre 2021, 28 pages.

ECLJ, *Rapport - La CEDH et les ONG*, février 2020.

c. Autres sources de droit international des droits de l'homme

OUA, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982) Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, 27 juin 1981.

OEA, Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969.

8. Table des jurisprudences citées

8.1. Jurisprudence de Commission et de la Cour EDH¹⁸⁸⁴

a. Commission EDH

Commission EDH [plén.], *G. et E. c. Norvège*, 3 octobre 1983, req. n°9278/81 et 9415/81.

Commission EDH, *Konttinen c. Finlande (décision)*, 3 décembre 1996, n° 24949/94.

Commission EDH [plén.], *L'association culturelle israélite Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 7 avril 1997, req. n°27417/95.

Commission EDH, *Stedman c. Royaume-Uni (décision)*, 9 avril 1997, req. n°29107/95, *D.R. no. 89-B, p. 104*.

b. Cour EDH

Cour EDH, *De Becker c. Belgique*, 27 mars 1962, req. n°214/56, *Série A n°4*.

Cour EDH [plén.], *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, 23 juillet 1968, req. n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, *Série A n°6*.

Cour EDH [plén.], *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n°5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, *Série A n°22*.

Cour EDH, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, req. n°5095/71, 5920/72 et 5926/72, *Série A n°23*.

Cour EDH [plén.], *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n°5493/72, *Série A n°24*.

¹⁸⁸⁴ N° apparaissent dans cette table de jurisprudence que les arrêts et décisions cités dans la thèse.

Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, req. n°5856/72, *Série A n°26*.

Cour EDH [plén.], *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n°5029/71, *Série A n°28*.

Cour EDH [plén.], *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n°6833/74, *Série A n°31*.

Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, *Série A n°32*.

Cour EDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, req. n° 8777/79, *Série A n°87*.

Cour EDH [plén.], *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. n°9214/80, 9473/81 et 9474/81, *Série A n°94*.

Cour EDH [plén.], *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, req. n° 8793/79, *Série A n°98*.

Cour EDH [plén.], *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, req. n° 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 et 9405/81, *Série A n°102*.

Cour EDH [plén.], *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, req. n°9532/81, *A n°106*.

Cour EDH, *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, req. n°8695/79, *Série A n°26*.

Cour EDH [plén.], *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, req. n°11329/85, *Série A n°128*.

Cour EDH [plén.], *Olsson c. Suède n°1*, 24 mars 1988, req. n° 10465/83, *Série A n°130*.

Cour EDH [plén.], *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n°10454/83, *Série A n°160*.

Cour EDH, *Pine Valley Developments LTD et autres c. Irlande*, 29 novembre 1991, req. n° 12742/87, *Série A n°222*.

Cour EDH, *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, req. n°12849/87, *Série A n°214-C*.

Cour EDH [plén.], *B. c. France*, 25 mars 1992, req. n°13343/87, *Série A n°232-C*.

Cour EDH, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, req. n°13710/88.

Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, req. n°14307/88, *A260-A*.

Cour EDH, *Hoffman c. Autriche*, 23 juin 1993, req. n°12875/87, *Série A n°255-C*.

Cour EDH, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, req. n°14518/89, *Série A n°263*.

Cour EDH, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, req. n°16213/90, *Série A n°280-B*.

Cour EDH, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, req. n°13580/88, *Série A n°291-B*.

Cour EDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, req. n°17371/90, *Rec. CEDH 1996-IV*.

Cour EDH (GC), *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, req. n° 21893/93, *Rec. CEDH 1996-IV*.

Cour EDH, *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, req. n°20348/92, *Rec. CEDH 1996-IV*.

Cour EDH, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, req. n° 22083/93 et 22095/93, *Rec. CEDH 1996-IV*.

Cour EDH, *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, req. n°20060/92, *Rec. CEDH 1997-I*.

Cour EDH (GC), *Larkos c. Chypre*, 21 février 1997, req. n°29515/95.

Cour EDH, *Z contre Finlande*, 25 février 1997, req. n°22009/93.

Cour EDH (GC), *Menteş et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, req. n° 23186/94, *Rec. CEDH 1997-VIII*.

Cour EDH, *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, req. n° 22729/93, *Rec. CEDH 1998-I*.

Cour EDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, req. n° 20458/92, *Rec. CEDH 1998-I*.

Cour EDH, *Selçuk et Asker c. Turquie*, 24 avril 1998, req. n° 23184/94 et 23185/94, *Rec. CEDH 1998-II*.

Cour EDH, *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, req. n° 24276/94, *Rec. CEDH 1998-III*.

Cour EDH, *Tekin c. Turquie*, 9 juin 1998, req. n° 22496/93, *Rec. CEDH 1998-IV*.

Cour EDH, *Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998, req. n° 23818/94, *Rec. CEDH 1998-IV*.

Cour EDH (GC), *Çakıcı c. Turquie*, 8 juillet 1999, req. n° 23657/94, *Rec. CEDH 1999-IV*.

Cour EDH (GC), *Tanrikulu c. Turquie*, 8 juillet 1999, req. n° 23763/94, *Rec. CEDH 1999-IV*.

Cour EDH (GC), *Gerger c. Turquie*, 8 juillet 1999, req. n° 24919/94.

Cour EDH, 3ème Section, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999, req. n° 33985/96 et 33986/96, *Rec. CEDH 1999-VI*.

Cour EDH, 4ème Section, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, req. n°33290/96, *Rec. CEDH 1999-IX*.

Cour EDH, 3ème Section, *Mazurek c. France*, 1 février 2000, req. n°34406/97, *Rec. CEDH 2000-II*.

Cour EDH (GC), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, req. n°34369/97, *Rec. CEDH 2000-IV*.

Cour EDH, 3ème Section, *Magee c. Royaume-Uni*, 6 juin 2000, req. n° 28135/95, *Rec. CEDH 2000-VI*.

Cour EDH (GC), *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, req. n° 27417/95, *Rec. CEDH 2000-VII*.

Cour EDH, 1ère Section, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, 3 octobre 2000, req. n°28369/95, *Rec. CEDH 2000-X*.

Cour EDH, 2ème Section, *Bilgin c. Turquie*, 16 novembre 2000, req. n° 23819/94.

Cour EDH (GC), *Beard c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n° 24882/94.

Cour EDH (GC), *Coster c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n° 24876/94.

Cour EDH (GC), *Jane Smith c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n° 25154/94.

Cour EDH (GC), *Lee c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n° 25289/94.

Cour EDH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n° 27238/95, *Rec. CEDH 2001-I*.

Cour EDH, 3ème Section, *Bensaid c. Royaume-Uni*, 6 février 2001, req. n°44599/98, *Rec. CEDH 2001-I*.

Cour EDH, 2ème Section, *Dahlab c. Suisse (décision)*, 15 février 2001, req. n°42393/98, *Rec. CEDH 2001-V*.

Cour EDH, 3ème Section, *Tanli c. Turquie*, 10 avril 2001, req. n° 26129/95, *Rec. CEDH 2001-III*.

Cour EDH, 3ème Section, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n° 24746/94.

Cour EDH, 3ème Section, *McKerr c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n° 28883/95, *Rec. CEDH 2001-III*.

Cour EDH, 3ème Section, *Kelly et autres c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n° 30054/96.

Cour EDH, 3ème Section, *Shanaghan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n° 37715/97.

Cour EDH [GC], *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, req. n°25781/94, *Rec. CEDH 2001-IV*.

Cour EDH, 1ère Section, *Avşar c. Turquie*, 10 juillet 2001, req. n° 25657/94, *Rec. CEDH 2001-VII*.

Cour EDH, 1ère Section, *Mikulić c. Croatie*, 7 février 2002, req. n°53176/99, *Rec. CEDH 2002-I*.

Cour EDH, 3ème Section, *Fretté c. France*, 26 février 2002, req. n° 36515/97, *Rec. CEDH 2002-I*.

Cour EDH, 4ème Section, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, *Rec. CEDH 2002-III*.

Cour EDH, 2ème Section, *Şemsi Önen c. Turquie*, 14 mai 2002, req. n° 22876/93.

Cour EDH, 4ème Section, *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002, req. n°36042/97, *Rec. CEDH 2002-IV*.

Cour EDH (GC), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n°28957/95, *Rec. CEDH 2002-VI*.

Cour EDH, 2ème Section, *Bucheň c. République tchèque*, 26 novembre 2002, req. n°36541/97.

Cour EDH, 1ère Section, *L. et V. c. Autriche*, 9 janvier 2003, req. N°39392/98 et 39829/98, *Rec. CEDH 2003-I*.

Cour EDH, 4ème Section, *Peck c. Royaume-Uni*, 28 janvier 2003, req. n°44647/98, *Rec. CEDH 2003-I*.

Cour EDH (GC), *Odièvre c. France*, 13 février 2003, req. n° 42326/98, *Rec. CEDH 2003-III*.

Cour EDH (GC), *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 février 2003, req. n°41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, *Rec. CEDH 2003-II*.

Cour EDH, 2ème Section, *Tepe c. Turquie*, 9 mai 2003, req. n° 27244/95.

Cour EDH, 3ème Section, *Van Kuck c. Allemagne*, 12 juin 2003, req. n°35968/97, *Rec. CEDH 2003-VII*.

Cour EDH (GC), *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003, req. n°30943/96, *Rec. CEDH 2003-VIII*.

Cour EDH (GC), *Sommerfeld c. Allemagne*, 8 juillet 2003, req. n°31871/96, *Rec. CEDH 2003-VIII*.

Cour EDH, 2ème Section, *Ernst et autres c. Belgique*, 15 juillet 2003, req. n° 33400/96.

Cour EDH, 2ème Section, *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, req. n°40892/98, *Rec. CEDH 2003-X*.

Cour EDH, 2ème Section, *Tekdağ c. Turquie*, 15 janvier 2004, req. n° 27699/95.

Cour EDH (GC), *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 février 2004, req. n°44158/98, *Rec. CEDH 2004-I*.

Cour EDH, 2ème Section, *Ipek c. Turquie*, 17 février 2004, req. n° 25760/94, *Rec. CEDH 2004-II*.

Cour EDH, 1ère Section, *Natchova et autres c. Bulgarie*, 26 février 2004, req. n°43577/98 et 43579/98.

Cour EDH, 1ère Section, *Connors c. Royaume-Uni*, 27 mai 2004, n° 66746/01.

Cour EDH, 2ème Section, *Aziz c. Chypre*, 22 juin 2004, req. n°69949/01, *Rec. CEDH 2004-V*.

Cour EDH, 4ème Section, *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004, req. n°69498/01, *Rec. CEDH 2004-VIII*.

Cour EDH, 1ère Section, *Woditschka et Wilfling c. Autriche*, 21 octobre 2004, req. n°69756/01 et 6306/02.

Cour EDH, 4ème Section, *Ünal Tekeli c. Turquie*, 16 novembre 2004, req. n°29865/96, *Rec. CEDH 2004-X*.

Cour EDH, 1ère Section, *Merger et Cros c. France*, 22 décembre 2004, req. n°68864/01.

Cour EDH [GC], *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, req. n°46827/99 et n°46951/99, *Rec. CEDH 2005-I*.

Cour EDH, 1ère Section, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005, req. n°42758/98 et 45558/99.

Cour EDH (GC), *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, req. n°43577/98 et 43579/98, *Rec. CEDH 2005-VII*.

Cour EDH, 2ème Section, *Moldovan et autres c. Roumanie n°2*, 12 juillet 2005, req. n°41138/98 et 64320/01, *Rec. CEDH 2005-VII*.

Cour EDH, 3ème Section, *Străin et autres c. Roumanie*, 21 juillet 2005, req. n°57001/00, *Rec. CEDH 2005-VII*.

Cour EDH, 1ère Section, *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, 20 octobre 2005, req. n°74989/01, *Rec. CEDH 2005-X*.

Cour EDH (GC), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, req. n° 44774/98, *Rec. CEDH 2005-XI*.

Cour EDH, 4ème Section, *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, 13 décembre 2005, req. n°15250/02, *Rec. CEDH 2005-XIII*.

Cour EDH, 2ème Section, *Timichev c. Russie*, 13 décembre 2005, req. n°55762/00 et 55974/00, *Rec. CEDH 2005-XII*.

Cour EDH, 2ème Section, *D.H. et autres c. République tchèque*, 7 février 2006, req. n°57325/00.

Cour EDH (GC), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, req. n° 65731/01 et 65900/01, *Rec. CEDH 2006-VI*.

Cour EDH, 3ème Section, *Kosteski c. « L'ex-République Yougoslave de Macédoine »*, 13 avril 2006, req. n° 55170/00.

Cour EDH, 4ème Section, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, req. n°17209/02, *Rec. CEDH 2006-VIII*.

Cour EDH, 3ème Section, *Jäggi c. Suisse*, 13 juillet 2006, req. n°58757/00, *Rec. CEDH 2006-X*.

Cour EDH, 1ère Section, *Branche de Moscou de l'Armée du Salut c. Russie*, 5 octobre 2006, req. n°72881/01, *Rec. CEDH 2006-XI*.

Cour EDH, 4ème Section, *Hobbs, Richard, Walsh et Geen c. Royaume-Uni*, 14 novembre 2006, req. n°63684/00, 63475/00, 63484/00 et 63468/00.

Cour EDH, 2ème Section, *Membres de la congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, 3 mai 2007, req. n°71156/01.

Cour EDH, 1ère Section, *Šečić c. Croatie*, 31 mai 2007, req. n°40116/02.

Cour EDH, 5ème Section, *Anguelova et Iliev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, req. n°55523/00.

Cour EDH, 3ème Section, *Cobzaru c. Roumanie*, 26 juillet 2007, req. n°48254/99.

Cour EDH, 3ème Section, *Tapkan et autres c. Turquie*, 20 septembre 2007, req. n° 66400/01.

Cour EDH (GC), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, req. n°57325/00, *Rec. CEDH 2007-IV*.

Cour EDH, 1ère Section, *Pfeifer c. Autriche*, 15 novembre 2007, req. n°12556/03.

Cour EDH, 1ère Section, *Petropoulou-Tsakiris c. Grèce*, 6 décembre 2007, req. n°44803/04.

Cour EDH (GC), *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, req. n°43546/02.

Cour EDH, 3ème Section, *Stoica c. Roumanie*, 4 mars 2008, req. n°42722/02.

Cour EDH, 1ère Section, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, 27 mars 2008, req. n°26698/05.

Cour EDH (GC), *Burden c. Royaume-Uni*, 29 avril 2008, req. n°13378/05, *Rec. CEDH 2008-III*.

Cour EDH, 1ère Section, *Sampanis et autres c. Grèce*, 5 juin 2008, req. n°32526/05.

Cour EDH, 1ère Section, *Oršuš et autres c. Croatie*, 17 juillet 2008, req. n°15766/03.

Cour EDH (GC), *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et 30566/04, *Rec. CEDH 2008-V*.

Cour EDH (GC), *Andrejeva c. Lettonie*, 18 février 2009, req. n°55707/00, *Rec. CEDH 2009-II*.

Cour EDH, 5ème Section, *Hachette Filipacchi presse automobile et Dupuy c. France*, 5 mars 2009, req. n°13353/05.

Cour EDH, 5ème Section, *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, 5 mars 2009, req. n°26935/05.

Cour EDH, 1ère Section, *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, req. n°13444/04, *Rec. CEDH 2009-III*.

Cour EDH, 5ème section, *Brauer c. Allemagne*, 28 mai 2009, req. n°3545/04.

Cour EDH, 3ème Section, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, req. n°33401/02, *Rec. CEDH 2009-III*.

Cour EDH, 5ème Section, *Si Amer c. France*, 29 octobre 2009, req. n°29137/06.

Cour EDH, 3ème Section, *Muñoz Diaz c. Espagne*, 8 décembre 2009, req. n°49151/07, *Rec. CEDH 2009-VI*.

Cour EDH, 5ème Section, *Gardel c. France*, 17 décembre 2009, req. n°16428/05, *Rec. CEDH 2009-V*.

Cour EDH (GC), *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, req. n°27996/06 et 34836/06, *Rec. CEDH 2009-VI*.

Cour EDH (GC), *Oršuš et autres c. Croatie*, 16 mars 2010, req. n°15766/03, *Rec. CEDH 2010-II*.

Cour EDH (GC), *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, req. n°42184/05, *Rec. CEDH 2010-II*.

Cour EDH, 5ème Section, *Paraskeva Todorova c. Bulgarie*, 25 mars 2010, req. n°37193/07.

Cour EDH, 2ème Section, *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, req. n°38832/06.

Cour EDH, 4ème Section, *Petrakidou c. Turquie*, 27 mai 2010, req. n°16081/90.

Cour EDH, 1ère Section, *Schwizgebel c. Suisse*, 10 juin 2010, req. n° 25762/07, *Rec. CEDH 2010-V*.

Cour EDH, 1ère Section, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, req. n°30141/04, *Rec. CEDH 2010-IV*.

Cour EDH, 4ème Section, *Clift c. Royaume-Uni*, 13 juillet 2010, req. n°7205/07.

Cour EDH, 4ème Section, *J.M. c. Royaume-Uni*, 28 septembre 2010, req. n°37060/06.

Cour EDH, 2ème Section, *Guroglu c. Turquie (décision)*, 28 septembre 2010, req. n°47188/06.

Cour EDH, 1ère Section, *Konstantin Markin c. Russie*, 7 octobre 2010, req. n°30078/06.

Cour EDH, 3ème Section, *Pétrina c. Roumanie*, 14 octobre 2010, req. n°78060/01.

Cour EDH, 4ème Section, *Jakóbski c. Pologne*, 7 décembre 2010, req. n°18429/06.

Cour EDH (GC), *A., B. et C. c. Irlande*, 16 décembre 2010, req. n°25579/05, *Rec. CEDH 2010-VI*.

Cour EDH (GC), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n°30696/09, *Rec. CEDH 2011-I*.

Cour EDH, 5ème Section, *Andrle c. République tchèque*, 17 février 2011, req. n°6268/08.

Cour EDH, 1ère Section, *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, req. n°2700/10, *Rec. CEDH 2011-II*.

Cour EDH, 4ème Section, *Bah c. Royaume-Uni*, 27 septembre 2011, req. n°56328/07, *Rec. CEDH 2011-VI*.

Cour EDH, 3ème Section, *Laduna c. Slovaquie*, 13 décembre 2011, req. n°31827/02, *Rec. CEDH 2011-VI*.

Cour EDH (GC), *Chiragov et autres c. Arménie (décision)*, 14 décembre 2011, req. n°13216/05.

Cour EDH (GC), *Von Hannover c. Allemagne (n°2)*, 7 février 2012, req. n°40660/08 et 60641/08, *Rec. CEDH 2012-I*.

Cour EDH, 5ème Section, *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012, req. n°25951/07, *Rec. CEDH 2012-II*.

Cour EDH (GC), *Konstantin Markin . Russie*, 22 mars 2012, req. n°30078/06, *Rec. CEDH 2012-III*.

Cour EDH, 2ème Section, *Francesco Sessa c. Italie*, 3 avril 2012, n° 28790/08, *Rec. CEDH 2012-III*.

Cour EDH, 3ème Section, *Genderdoc-M c. Moldavie*, 12 juin 2012, req. n°9106/06.

Cour EDH (GC), *Kurić et autres c. Slovénie*, 26 juin 2012, n° 26828/06, *Rec. CEDH 2012-IV*.

Cour EDH, 3ème Section, *B.S. c. Espagne*, 24 juillet 2012, req. n°47159/08.

Cour EDH, 5ème Section, *Fedorchenko et Lozenko c. Ukraine*, 20 septembre 2012, req. n°387/03.

Cour EDH, 2ème Section, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquie*, 25 septembre 2012, req. n°20641/05, *Rec. CEDH 2012-III*.

Cour EDH, 2ème Section, *X. c. Turquie*, 9 octobre 2012, req. n°24626/09.

Cour EDH, 4ème Section, *Yotova c. Bulgarie*, 23 octobre 2012, req. n°43606/04.

Cour EDH, 3ème Section, *Lăcătuș et autres c. Roumanie*, 13 novembre 2012, req. n°12694/04.

Cour EDH, 1ère Section, *Sampani et autres c. Grèce*, 11 décembre 2012, req. n°59608/09.

Cour EDH, 4ème Section, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, req. n°48420/10, 36516/10, 51671/10 et 59842/10.

Cour EDH, 2ème Section, *Horváth et Kiss c. Hongrie*, 29 janvier 2013, req. n°11146/11.

Cours EDH (GC), *Fabris c. France*, 7 février 2013, req. n°16574/08, *Rec. CEDH 2013-I*.

Cour EDH (GC), *X. et autres c. Autriche*, 19 février 2013, req. n°19010/07, *Rec. CEDH 2013-II*.

Cour EDH, 5ème Section, *L.H. et v.S. c. Belgique (décision)*, 7 mai 2013, req. n°67429/10.

Cour EDH, 3ème Section, *Leventoglu Abdulkadiroglu c. Turquie*, 28 mai 2013, req. n°7971/07.

Cour EDH, 2ème Section, *Eremia c. Moldavie*, 28 mai 2013, req. n°2564/11.

Cour EDH, 1ère Section, *Lavida et autres c. Grèce*, 30 mai 2013, req. n°7973/10.

Cour EDH, 1ère Section, *Wallishauser c. Autriche n°2*, 20 juin 2013, req. n° 14497/06.

Cour EDH, 2ème Section, *Altinay c. Turquie*, 9 juillet 2013, req. n°37222/04.

Cour EDH, 3ème Section, *Mudric c. Moldavie*, 16 juillet 2013, req. n°74839/10.

Cour EDH, 2ème Section, *M.C. et autres c. Italie*, 3 septembre 2013, req. n°5376/11.

Cour EDH, 5ème Section, *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013, req. n°27013/07.

Cour EDH (GC), *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 novembre 2013, req. n°29381/09 et 32684/09.

Cour EDH, 2ème Section, *Cusan et Fazzo c. Italie*, 7 janvier 2014, req. n°77/07.

Cour EDH, 3ème Section, *T.M. et C.M. c. Moldavie*, 28 janvier 2014, req. n°26608/11.

Cour EDH, 4ème Section, *Abdu c. Bulgarie*, 11 mars 2014, req. n°26827/08.

Cour EDH, 2ème Section, *Biao c. Danemark*, 25 mars 2014, req. n°38590/10.

Cour EDH, 1ère Section, *Konstantinidis c. Grèce*, 3 avril 2014, req. n°58809/09.

Cour EDH, 2ème Section, *Rumor c. Italie*, 27 mai 2014, req. n°72964/10.

Cour EDH, 5ème Section, *Menesson c. France*, 26 juin 2014, req. n°65192/11, *Rec. CEDH 2014-III*.

Cour EDH (GC), *S.A.S. c. France*, 1 juillet 2014, req. n°43835/11, *Rec. CEDH 2014-III*.

Cour EDH (GC), *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, req. n° 37359/09, *Rec. CEDH 2014-IV*.

Cour EDH, 2ème Section, *Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turquie*, 2 décembre 2014, req. n°32093/10.

Cour EDH, 3ème Section, *Ciorcan et autres c. Roumanie*, 27 janvier 2015, req. n°29414/09 et 44841/09.

Cour EDH (GC), *Chiragov c. Arménie*, 16 juin 2015, req. n°13216/05, *Rec. CEDH 2015-III*.

Cour EDH, 3ème Section, *G.S.B. c. Suisse*, 22 décembre 2015, req. n°28601/11.

Cour EDH, 2ème Section, *Di Trizio c. Suisse*, 2 février 2016, req. n°7186/09.

Cour EDH, 2ème Section, *Çam c. Turquie*, 23 février 2016, req. n°51500/08.

Cour EDH (GC), *Izzetin Doğan et autres c. Turquie*, 26 avril 2016, req. n°62649/10.

Cour EDH (GC), *Biao c. Danemark*, 24 mai 2016, req. n°38590/10, *Rec. CEDH 2016*.

Cour EDH, 5ème Section, *Chapin et Charpentier c. France*, 9 juin 2016, req. n°40183/07.

Cour EDH, 1ère Section, *Taddeucci et McCall c. Italie*, 30 juin 2016, req. n°51362/09.

Cour EDH, 1ère Section, *Mamatas et autres c. Grèce*, 21 juillet 2016, req. n°63066/14, 64297/14 et 66106/14.

Cour EDH, 1ère Section, *Kanaginis c. Grèce*, 26 octobre 2016, req. n°27662/09.

Cour EDH (GC), *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, 24 janvier 2017, req. n°60367/08 et 961/11.

Cour EDH, 5ème Section, *Mitzinger c. Allemagne*, 9 février 2017, req. n°29762/10.

Cour EDH, 1ère Section, *Talpis c. Italie*, 2 mars 2017, n° 41237/14.

Cour EDH, 5ème Section, *Wolter et Sarfert c. Allemagne*, 23 mars 2017, req. n°59752/13 et 66277/13.

Cour EDH, 5ème Section, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, *Rec. CEDH 2017*.

Cour EDH, 3ème Section, *Bayev et autres c. Russie*, 20 juin 2017, req. n°67667/09, 44092/12 et 56717/12, *Rec. CEDH 2017*.

Cour EDH, 2ème Section, *Belkacem c. Belgique (décision)*, 27 juin 2017, n° 34367/14.

Cour EDH, 2ème Section, *Dakir c. Belgique*, 11 juillet 2017, req. n°4619/12.

Cour EDH, 2ème Section, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, 11 juillet 2017, req. n°37798/13.

Cour EDH, 4ème Section, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, 25 juillet 2017, req. n°17484/15.

Cour EDH, 5ème Section, *Ratzenböck et Seydl c. Autriche*, 26 octobre 2017, req. n°28475/12.

Cour EDH, 2ème Section, *Enver Şahin c. Turquie*, 30 janvier 2018, req. n°23065/12.

Cour EDH, 4ème Section, *S.C. Scut S.A. c. Roumanie*, 26 juin 2018, req. n°43733/10.

Cour EDH, 5ème Section, *Saidani c. Allemagne (décision)*, 4 septembre 2018, req. n°17675/18.

Cour EDH (GC), *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, req. n°20452/14.

Cour EDH, 3ème Section, *Volodina c. Russie*, 9 juillet 2019, req. n°41261/17.

Cour EDH, 1ère Section, *J.D. et A c. Royaume-Uni*, 24 octobre 2019, req. n°32949/17 et 34614/17.

Cour EDH, 5ème Section, *D. c. France*, 16 juillet 2020, req. n°11288/18.

Cour EDH, 3ème section, *B. c. Suisse*, 20 octobre 2020, req. n°78630/12.

Cour EDH, 1ère Section, *Jurčić c. Croatie*, 4 février 2021, req. n°54711/15.

Cour EDH, 3ème Section, *León Madrid c. Espagne*, 26 octobre 2021, req. n°30306/13.

8.2. Jurisprudence de la CJUE

CJCE, *Italie c. Commission de la CEE*, 17 juillet 1963, aff. 13-63, *Rec. 1963 00337*.

CJCE, *Defrenne c. État belge*, 25 mai 1971, aff. C-80/70, *Rec. 1971 00445*.

CJCE, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, 12 février 1974, aff. 152/73, *Rec. 1974 00153*.

CJCE, *Albert Ruckdeschel et autres c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, 18 octobre 1977, aff. C-117/76 et 16/77, *Rec. 1977 01753*.

CJCE, *Defrenne c. Sabena*, 15 juin 1978, aff. C-149/77, *Rec. 1978 001365*.

CJCE, *Razzouk e.a. c. Commission*, 20 mars 1984, aff. C-75/82 et C-117/82, *Rec. 1984 01509*.

CJCE, 5^{ème} ch., *Schräder c. Hauptzollamt Gronau*, 11 juillet 1989, aff. C-265/87, *Rec. 1989 02237*.

CJCE, *Commission c. Italie*, 18 janvier 2001 ; aff. C-162/99, *Rec. 2001 I-00541*.

CJCE, GC, *Wener Mangold c. Rüdiger Helm*, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Rec. 2005 I-09981*.

CJUE, GC, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG.*, 19 janvier 2010, aff. C-555/07, *Rec. 2010 I-00365*.

CJUE, GC, *G4S Secure Solutions*, 14 mars 2017, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, vol. Rec. numérique CJUE mars 2017.

CJUE, GC, *Bouagnaoui et ADDH*, 14 mars 2017, aff. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204, vol. Rec. numérique CJUE mars 2017.

CJUE, GC, *WABE eV et MH Müller Handels GmbH*, 15 juillet 2021, aff. Jointes C-341/19 et C-804/18, ECLI:EU:C:2021:594.

8.3. Jurisprudence française

a. Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, 12 juillet 1979, n°79-107 DC.

Conseil constitutionnel, 20 mars 1988, n° 97-388 DC.

Conseil constitutionnel, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, 29 juillet 1998, n°98-403 DC.

Conseil constitutionnel, 15 janvier 2015, n° 2014-436 QPC.

Conseil constitutionnel, *Mme Lejay-Lefebvre*, 29 juillet 2019, n° 2011-155 QPC.

b. Cour de cassation

Ccass, ass. plén., 11 décembre 1992, n° 9111900.

Ccass, ass. plén., 11 décembre 1992, n° 9112373.

Ccass, 1ère ch. civile, 7 juin 2012, n° 1026947.

Ccass, 1ère ch. civile, 7 juin 2012, n° 1122490.

8.4. Autre jurisprudence

a. Cour interaméricaine des droits de l'homme

Cour IADH, *Situation juridique et droits des travailleurs migrants sans-papier*, 17 septembre 2003, Avis consultatif OC-18/03.

b. Canada

Judicial Committee of the Privy Council, *Union Colliery v. Bryden*, 27 juillet 1899, [1899] UKPC 58, [1899] AC 580.

Judicial Committee of the Privy Council, *Cunningham v. Tomey Homma*, 17 décembre 1902, [1902] UKPC 60, [1903] 9 AC 151, CCS 45.

Cour suprême du Canada, *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) v. Simpsons-Sears*, 17 décembre 1985, n° 17328, [1985] 2 RCS 536.

Cour suprême du Canada, *Andrews c. Law Society British Columbia*, 1989, 1 RCS 143.

Cour suprême du Canada, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Commission des droits de la personne)*, 13 septembre 1990, n° 20850, [1990] 2 RCS 489.

Cour suprême du Canada, *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, 9 septembre 1999, n° 26274, [1999] 3 RCS 3.

c. États-Unis d'Amérique

SCOTUS, *Plessy v. Ferguson*, 18 mai 1896, 163 U.S. 537.

SCOTUS, *Brown v. Board of Education*, 17 mai 1954, 347 US 483.

SCOTUS, *Griggs v. Duke Power Co.*, 8 mars 1971, 401 U.S. 424.

SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, 28 juin 1978, 438 U.S. 265.

SCOTUS, *Missouri v. Jenkins*, 12 juin 1995, 515 US 70.

d. République fédérale d'Allemagne

BVerfG, 7, *Lüth*, 15 janvier 1958, BVerfGE n° 198.

BVerfG, 7, *Apotheken-Urteil*, 11 juin 1958, BVerfGE n° 378.

BVerfG, 11 janvier 2011, 1 BvR 3295/07.

9. Autres sources

9.1. Articles de presse

GOYARD (J.-B.), « Rousseau “s’invite” à la Déclaration d’indépendance », septembre 2008, en ligne <https://www.historia.fr/rousseau-sinvite-a-la-declaration-dindépendance> (consulté le 16 février 2022).

HERVIEU (N.), « «Non, la CEDH n’a pas érigé la charia en droit de l’homme !» », *Le Figaro.fr*, 28 décembre 2018, en ligne <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2018/12/28/31003-20181228ARTFIG00078-non-la-cedh-n-a-pas-erige-la-charia-en-droit-de-l-homme.php> (consulté le 18 mars 2019).

MATHIEU (B.), « S’opposer à la Cour européenne des droits de l’homme ? C’est possible et justifié », *Le Figaro.fr*, 17 novembre 2016.

PUPPINCK (G.), « Charia : ce que révèle la décision de la CEDH », *Le Figaro.fr*, 28 décembre 2018, en ligne <http://www.lefigaro.fr/vox/monde/2018/12/26/31002-20181226ARTFIG00181-charia-ce-que-revele-la-decision-de-la-cedh.php> (consulté le 4 février 2019).

TAGUIEFF (P.-A.), « Être français, une évidence et une énigme », *L’Express.fr*, 25 juin 2015, https://www.lexpress.fr/actualite/societe/etre-francais-une-evidence-et-une-énigme_1693280.html (consulté le 15 juillet 2021).

9.2. Sites internet

Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales : <https://www.cnrtl.fr/definition>

Hudoc : <https://hudoc.echr.coe.int/>

Table des graphiques

Graphique n°1 : Répartition des arrêts rendus selon le motif de discrimination allégué.....	77
Graphique n°2 : Évolution depuis 1968 des arrêts rendus selon le motif de discrimination soulevé.....	79
Graphique n°3 : Évolution du nombre de requêtes déposées devant la Cour depuis 1999 (entrée en vigueur du Protocole n° 11).....	84
Graphique n°4 : Évolution depuis 1968 du nombre de requêtes portées par un groupe de particuliers et ayant donné lieu à un arrêt portant sur l'article 14.....	84
Graphique n°5 : Évolution depuis 1968 du nombre de requêtes portées par un individu seul et ayant donné lieu à un arrêt.....	87
Graphique n°6 : Répartition des arrêts rendus selon le motif de discrimination allégué.....	199
Graphique n°7 : Répartition des constats de violation de l'article 14 selon le motif de discrimination allégué.....	201
Graphique n°8 : Répartition des arrêts rendus par catégorie selon la poursuite d'un objectif d'indifférenciation (cat. 1 et 2) ou de différenciation (cat. 3 à 6).....	259
Graphique n°9 : Répartition des arrêts rendus selon la poursuite d'un objectif d'indifférenciation (cat.1 et 2) ou de différenciation (cat. 3 à 6) depuis le 6 avril 2000 (<i>Thlimmenos c. Grèce</i>).....	263
Graphique n°10 : Répartition des arrêts selon qu'ils citent la jurisprudence <i>Thlimmenos</i> pour fonder une décision différentialiste.....	264
Graphique n°11 : Répartition des arrêts selon qu'ils citent la jurisprudence <i>Stec</i> pour fonder une décision différentialiste.....	265
Graphique n°12 : Nombre d'arrêts rendus contre la Turquie depuis 1994, et répartition selon la solution rendue par la Cour.....	374

Index

Les numéros renvoient aux paragraphes.

A

Allemagne

- Comparaison France/Allemagne : 396, 460, 465.
- Cour constitutionnelle fédérale : 396, 460-461.

Aménagements raisonnables : 43, 313-317, 331, 390, 392, 473.

Autonomie personnelle : 8, 17-19, 34-37, 187, 230-233, 235, 270, 274, 278, 283, 325.

C

Canada

- Cour suprême : 79, 203, 314-316, 612.
- *Judicial Committee of the Privy Council* : 492.
- *Racial Discrimination Act* : 493.
- *Human Rights Code* (Colombie-britannique) : 493.
- *Human Rights Code* (Ontario) : 493.
- Charte des droits et des libertés de la personne (Québec) : 493.

Catégories

- Catégorie juridique : 100, 121-122, 194, 343, 370-373, 376-382, 434-438, 443-446, 469, 523, 525, 529, 553, 597.
- Catégorie de personne : 4, 29-30, 62-63, 121-122, 312, 314, 341, 355, 357, 363, 472-473, 523-524, 526, 536, 538, 578-580, 592-593.

Convention EDH

- Préambule : 343, 362, 401, 466
- Article 3 : 534, 544.
- Article 8 : 16-18, 95, 156, 185, 187, 229-237, 246, 249, 251, 254, 301, 320, 325, 385, 395, 535, 540, 605.
- Article 9 : 117, 157, 239-241, 246, 301, 315, 326, 385, 389, 473, 541.
- Article 10 : 117, 326, 461, 540, 587.
- Article 11 : 117, 243-246, 326 535.
- Protocole n°1 : 82, 85, 126, 253, 327-328, 381, 426, 535, 584.
- Protocole n°11 : 106, 583.
- Protocole n°12 : 512, 532, 544.
- Protocole n°15 : 466.

Comparaison

- Comparabilité : 84, 145, 156, 162.
- Comparaison des situations : 93, 132, 134, 135-159, 161-162, 165, 167-168, 189, 204, 304, 422, 622.

D

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : 4, 271-272, 274, 284, 286, 341, 348-349, 351, 356, 358, 361, 363, 365, 420, 553, 563, 579, 591-592.

Déclaration universelle des droits de l'homme : 16, 21, 30, 274, 241, 362, 494, 557, 569-570, 592.

Différenciation

- Différencialisme : 397, 411-413, 449, 453, 455, 475, 546.

- Différence de traitement : 22, 24, 26, 60, 63-64, 74, 77, 83-86, 93, 95, 107, 110, 132, 135, 143-146, 149-154, 155, 159, 161-163, 181, 194, 295, 303-306, 311, 328, 343, 357, 365, 368-373, 376-377, 382-383, 400, 420-422, 424, 428-449, 453-477.
- Différenciation juridique : 36, 164, 344, 384, 406, 408-411, 415, 425-426, 428, 444, 448-449, 452-456, 619.

(V. aussi *indifférenciation juridique*)

Discrimination

- Définition : 21-26, 31.
- Principe de non-discrimination : 26, 29, 31, 33-36, 47.
- Discrimination directe : 23, 93, 96, 170, 390, 492.
- Discrimination indirecte : 23, 54, 76-92, 170, 326.
 - Effet de groupe : 93-94, 527, 537.
 - *Disparate impact* : 491-494.
 - *D.H. et autres c. République tchèque* : 41, 52, 63-64, 75, 82-88, 92-93, 126-127, 236, 326, 424-425, 482, 523, 536-537, 612, 622.
- Discrimination identitaire : 5.
- Discrimination par absence de différenciation : 54, 58-61, 143, 145, 155-158, 203, 257.
- Discrimination positive (actions positives) : 63-69, 258, 278, 472.
- Traitements préférentiels : 68, 71, 258, 472.
- Discrimination systémique : 612-613.
- Discrimination *prima facie* (apparence de discrimination) : 143-144.

Diversité : 43, 246, 343, 351, 570.

Droits subjectifs

- Droit subjectif : 207, 209, 213, 214-217, 222, 247-249, 252, 255, 258, 261, 293, 303, 308, 319,
- Droit-créance (droits de) : 214, 220, 225, 248.
- Droits de la personnalité : 218-219.
- *Droits à* : 219-264, 270, 293, 322, 354, 493, 533, 560, 579.

E

Égalité

- Principe d'égalité : 43, 103, 252-253, 341, 351-359, 361-365, 400, 404, 406, 409-410, 413-421, 431, 462, 465, 482-500, 503-519, 536, 589, 596-597.
- Égalité formelle : 24, 26, 43, 52, 86, 311, 340, 472, 502.
- Égalité réelle : 43, 472, 502, 579.
- Égalité concrète : 43, 316, 523, 550, 600-615.
- Égalité matérielle : 43, 472, 502.
- Égalité substantielle : 26, 52, 472-473, 502.
- Égalité de traitement : 24, 26, 71, 80, 254, 312, 328, 364, 415-421, 497-498.
- Dérogation : 416-423, 428-436, 476.
- Égalité collective : 523-527, 529-532, 536, 538-539, 546.
- Égalité catégorielle : 523-527, 536, 538, 546.

États-Unis d'Amérique

- Cour suprême (SCOTUS) : 79-80, 290, 490-491, 494, 611.
- Déclaration d'indépendance : 271, 348, 361, 490, 574.
- Déclaration de Virginie : 348.

F

France

- Conseil constitutionnel : 420, 422, 465, 488, 504.
- Ancien Régime : 4, 350-351, 355-356, 556.
- Révolution française : 43, 355-356, 406, 479, 488.
- Législations discriminatoires : 30, 492-493.

G

Genre

- *Gender based violence* : 603.
- Neutralité face au genre : 561, 590-599.
- Identité de genre : 188, 235, 254, 384-386, 395-396.
- Personnes trans (transgenre) : 181, 185-186, 234, 254, 325, 384-386, 393-396.

Groupe (groupe de personnes) : 3-5, 11-15, 55-56, 72, 74, 93-98, 100, 106-112, 114-131, 153, 251, 257-258, 310, 313, 326, 335, 341, 355-357, 406, 444, 469, 472, 482, 520, 525-527, 533-534, 536-538, 543-547, 609-614, 622, 624.

I

Identité

- Identité narrative : 140, 172, 175.
- Identité subjective : 134, 160, 172-184, 196, 221, 223, 233, 298, 327, 398, 622.
- Identité objective : 134, 160, 171-182, 191, 196, 200, 209, 233, 298, 325, 395, 622.
- Identité personnelle : 10, 12, 18, 55, 110, 134, 137, 139, 173, 177, 180-

187, 231-234, 239, 249, 251, 258, 263, 266, 298, 303, 306, 317, 325, 385.

- Identité collective : 12, 35-36, 50, 55-56, 249, 258, 303, 306.
- Identité universelle : 12, 14-15.
- Identité-*ipse* : 139-140, 325.
- Identité-*idem* : 11, 139-140.
- Revendications identitaires : 5, 35-36, 38, 41-42, 55, 121, 188, 209-210, 251, 304, 336.

Indifférenciation

- Principe d'indifférence aux différences : 339, 341-342, 383, 385-386, 388, 392, 397, 582, 588-590, 615-620.
- Indifférence (neutralité) : 339, 341-342, 347, 350-359, 363-364, 367-368, 385, 397-398, 413-414, 476-478, 491, 561, 566, 569, 588-599, 607, 610-611, 624.
- Indifférenciation juridique : 24, 43, 47, 352, 343-347, 352-355, 358-363, 367-379, 388, 395, 398, 420, 428, 434, 444, 527.

Individualisme

- Notion : 15, 31, 208, 269, 273, 276-279, 287, 291, 332, 336, 341, 350, 555.
- Sujet des droits (individu abstrait) : 96, 158, 274-275, 283, 291, 478, 545, 551, 554, 563-566, 569, 576, 578, 582-583, 588, 615, 618.

J

Jusnaturalisme : 269, 275, 281-285, 289, 349, 354.

Justifications objectives et raisonnables : 57, 107, 115, 120, 132, 143, 157, 167-168, 194, 239-240, 304-306, 314, 326,

328-329, 363-365, 374, 390, 399, 426,
452, 464-472, 586, 606.

M

Modernité : 266, 270-273, 279, 288, 333.

Minorité : 5, 12, 28, 36-37, 46, 49, 81, 88,
94, 99-101, 107, 114, 117, 119, 121-122,
126-128, 158-159, 164, 188, 212, 227,
236, 240, 243-244, 256-261, 266, 310,
313, 327-329, 336, 343-344, 384-387,
392, 425, 475, 479, 482, 497, 520, 525-
526, 533, 536, 540-544, 547, 570, 579,
587, 612-613.

Motifs de discrimination

- Liste : 100, 165, 167, 170, 190-191,
196-199, 297, 335, 337, 341, 417,
623.
- Interprétation : 170, 191-192, 195,
197, 297, 623.
- Caractéristiques personnelles (ou
identitaires) : 27, 134, 136, 160, 164,
168, 170, 189, 191-192, 196-198,
249-297, 372, 610, 622-623.
- Rôle : 162-168.

O

Obligations positives : 62, 72, 74, 446, 448,
519.

P

PIDCP : 16, 30, 119, 362, 388, 494, 512.

PIDESC : 21, 362, 494.

Post-modernité : 266, 269-271, 273, 277-
279, 288, 333.

R

Religion

- Motif : 12, 34, 59, 100, 112, 115, 153,
157, 170, 188, 207, 301, 316, 389,
445.
- Minorités religieuses : 28, 119, 121,
128, 153, 157, 212, 313, 315-316,
328, 384-385, 387-392, 450, 479,
541, 569-570.
- Identité religieuse : 239-241, 246,
301, 395.

Requêtes : 100-105, 543.

- Individuelles : 106, 112-116.
- Collectives : 106-111, 118, 127, 534,
538.

Roms (minorité rom) : 72, 82, 88, 93, 125-
127, 259-260, 424-426, 448, 536-537.

U

Union européenne

- TCEE : 496.
- TCE : 409, 497-498.
- TFUE : 496-497.
- Cour de justice (CJCE/CJUE) : 80,
390-391, 465, 497-499, 508.
- Directive 76/207/CEE : 80, 497.
- Directive 79/7/CEE : 497.
- Directive 2000/43/CE : 80, 341, 498.
- Directive 2000/78/CE : 80, 341, 498.

Universalisme :

- Universalisme des droits : 35, 38,
43, 340, 342, 347-348, 354, 356,
358, 385-386, 406, 410-411, 452-
453, 455-456, 490, 550-552, 568-
569, 572, 577-579, 589, 607, 610,
611, 619, 624.
- Universalité : 34, 287, 362, 527,
551.

- Modèle républicain : 2, 43, 290, 339-340, 348, 350-351, 353, 402, 411, 414, 483, 500, 553, 557-558.

Table des matières

Remerciements	i
Abréviations	iii
Sommaire	vii
Introduction générale.....	1
1. Les rapports entre identité et non-discrimination.....	4
1.1. Identité et principe d'autonomie personnelle	5
a. L'identité : une notion polysémique et complexe.....	5
b. La protection juridique des identités et l'émergence du principe d'autonomie personnelle	9
1.2. Discrimination, non-discrimination et principe de non-discrimination.....	14
1.3. Lier identité et non-discrimination	19
a. Un lien historique : l'identification comme fondement de la discrimination	19
b. Un lien stratégique : l'usage reconnaissant des principes d'autonomie personnelle et de non-discrimination au fondement d'une remise en cause de l'universalisme des droits de l'homme.....	23
2. Méthodologie de la recherche : la confrontation de la critique de la Cour à la jurisprudence relative à l'article 14	26
3. Démarche de la thèse : l'identité présente au sein du droit de la non- discrimination conventionnel, mais ne remettant pas en cause les principes universalistes du droit des droits de l'homme	29
Partie 1. La notion d'identité dans le droit conventionnel de la non-discrimination..	33
Titre 1. Une dimension « identitaire » du droit de la non-discrimination ?.....	37
Chapitre 1. Les mutations du droit conventionnel de la non-discrimination.....	39
Section 1. Le renouvellement des qualifications du droit de la non-discrimination .	41

1.	Les différenciations juridiquement admises : la prise en compte des différences individuelles	42
1.1.	La discrimination par absence de différenciation : la nécessaire prise en compte des différences individuelles	43
1.2.	De l'autorisation des discriminations positives à l'obligation de mise en œuvre de certaines mesures différenciées : questionnements autour de l'adaptation du droit aux différences.....	46
a.	Les hésitations quant aux contours de la notion de « discrimination positive »	46
b.	Les hésitations quant à l'existence d'une obligation à prendre en compte les différences : une adaptation du droit en demi-teinte	52
2.	L'introduction de la notion de discrimination indirecte : le renouvellement de l'appréhension des différences de situation	56
2.1.	Une prise en compte plus complète des situations de fait	56
a.	L'interdiction des discriminations indirectes : un élargissement du champ d'application du droit antidiscriminatoire	57
b.	L'interdiction des discriminations indirectes : une mutation du droit antidiscriminatoire mettant l'accent sur l'existence d'inégalités persistantes .	65
2.2.	Une prise en compte des différences entre <i>groupes</i> de personnes.....	69
Section 2. Le renouvellement des usages du droit de la non-discrimination		75
1.	L'émergence de revendications collectives.....	80
1.1.	Les requêtes collectives dans le cadre du droit de recours individuel.....	81
1.2.	Les requêtes individuelles fondées sur l'appartenance à un groupe ethnoculturel.....	86
2.	La réception des revendications collectives par la Cour	89
2.1.	L'absence de définition explicite du groupe de personnes par la Cour.....	90
2.2.	Une hiérarchisation implicite des groupes selon le critère de la vulnérabilité	94

Chapitre 2. La notion d'identité dans les méthodes du droit conventionnel de la non-discrimination.....	101
Section 1. La comparaison des situations.....	102
1. La mise en évidence d'un lien entre identité et raisonnement comparatif : la singularisation des situations.....	103
1.1. La notion d'identité : la singularisation du soi	103
1.2. Le raisonnement comparatif : entre singularisation et analogie des situations	106
2. Les effets du raisonnement comparatif : une focalisation sur les particularités... ..	109
2.1. La focalisation sur des singularités individuelles en matière de discrimination comme indifférenciation	110
2.2. La focalisation sur des singularités en matière de discrimination comme absence de différenciation	117
Section 2. Le motif de discrimination	122
1. Le rôle du motif prohibé dans le raisonnement antidiscriminatoire.....	122
1.1. Le motif : une focale permettant la comparaison	122
1.2. Le motif : un critère d'identification de la situation de fait.....	126
2. Motif prohibé et identité des personnes	127
2.1. Des motifs identitaires	128
a. La notion d'identité : entre identité objective et identité subjective.....	130
b. Le rattachement des motifs prohibés à des éléments de l'identité	132
i. Énoncer l'évidence : des motifs appréhendés comme éléments objectifs de l'identité permettant l'identification des personnes.....	133
ii. Lever le doute : des motifs appréhendés comme éléments subjectifs de l'identité	135
2.2. Une grille de lecture seulement relative	138

Titre 2. Le malentendu du « droit à l'identité »	147
Chapitre 1. Le « droit à l'identité », une notion floue	151
Section 1. Le « droit à l'identité » : un droit subjectif ?	151
1. Droit subjectif, <i>droit à</i> et droit de la personnalité : distinctions théoriques ...	152
1.1. Le droit subjectif.....	152
1.2. Les droits de la personnalité	153
1.3. Les droits subjectifs formulés comme <i>droit à</i>	154
2. Le « droit à l'identité » : un faux <i>droit à</i>	155
Section 2. Un « droit à l'identité » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	158
1. Le sens du « droit à l'identité » dans la jurisprudence de la Cour	158
1.1. Le « droit à l'identité » dans la jurisprudence relative à l'article 8	158
a. L'identité personnelle et privée	159
b. L'identité sociale et culturelle	162
1.2. Le « droit à l'identité » dans la jurisprudence relative à l'article 9	164
1.3. Le « droit à l'identité » dans la jurisprudence relative à l'article 11	166
2. L'insaisissable sens du « droit à l'identité » dans la jurisprudence relative à l'article 14	168
2.1. Un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité ?	169
2.2. Un droit à des traitements favorables en raison de son identité ?.....	175
Chapitre 2. Un « droit à l'identité » fantasmé	181
Section 1. Une critique doctrinale à recontextualiser	182
1. Une posture critique de la conception moderne et postmoderne du droit des droits de l'homme.....	183
2. Une posture proche du jusnaturalisme	190
2.1. Des références à un ordre moral ou naturel préexistant	190

2.2. Une posture prescriptive	194
Section 2. Une critique doublement restreinte.....	196
1. L'objet restreint de la critique	196
1.1. Un droit à ne pas subir de discrimination sur le fondement de son identité à relativiser.....	197
a. L'application du droit à la non-discrimination en dehors de toute rhétorique identitaire.....	197
b. L'identité, un non-facteur de déclenchement de l'article 14.....	204
1.2. Une critique restreinte à la remise en cause des mécanismes de discrimination positive	209
a. La réduction du nombre de traitements préférentiels octroyés.....	209
b. Un usage restreint des aménagements raisonnables	211
2. Le champ restreint de la critique	215
2.1. Une critique portant sur des décisions relativement peu nombreuses	215
2.2. Une conception de la portée des décisions critiquable	218
Partie 2. La permanence d'une conception universaliste du droit conventionnel de la non-discrimination	231
Titre 1. L'absence de remise en cause du principe d'indifférence aux différences	235
Chapitre 1. L'indifférenciation du droit	239
Section 1. Un objectif d'indifférenciation au cœur de la construction du droit de la non-discrimination	240
1. L'indifférenciation au service de l'universalisme	240
1.1. La difficile définition de l'universalisme des droits.....	241
1.2. Indifférence aux différences, universalisme et égalité	244
1.3. L'universalisme et l'indifférence aux différences : une relation ambiguë	246
2. L'indifférenciation : un objectif du principe de non-discrimination.....	250

Section 2. Un objectif d'indifférenciation au cœur de l'application du principe de non-discrimination.....	255
1. L'indifférence aux différences : un principe central dans l'application faite par la Cour de l'article 14.....	256
1.1. Une application centrale sur le plan statistique	256
1.2. Une application centrale maintenue depuis la jurisprudence <i>Thlimmenos</i>	260
2. Une remise en cause minoritaire	267
2.1. Le cas des droits des minorités religieuses	269
2.2. Le cas des droits des personnes transgenres.....	274
Chapitre 2. Les différenciations dans le droit.....	281
Section 1. Les différenciations compatibles avec l'universalisme	282
1. Des différences de traitement compatibles avec l'universalisme.....	283
1.1. Une compatibilité théorique	284
1.2. La différenciation, une dérogation universaliste à l'égalité de traitement	289
a. La différenciation comme dérogation à l'égalité de traitement : une analyse doctrinale classique	289
b. Une dérogation conditionnée, modalité d'application nécessaire à la compatibilité avec l'universalisme.....	293
i. Un objectif légitime : la lutte contre les « inégalités factuelles » persistantes	294
ii. Une dérogation temporaire : la nécessité de mettre fin à la différence de traitement une fois l'objectif atteint	296
2. Des situations différencialistes statistiquement minoritaires	299
2.1. Les différences de traitement acceptées	301
2.2. Les différences de traitement préconisées	304
Section 2. Les différenciations incompatibles avec l'universalisme.....	309
1. Le rôle des justifications objectives et raisonnables	310

1.1.	La contrainte de nécessité pesant sur la différence de traitement.....	310
1.2.	La contrainte de la proportionnalité pesant sur la différence de traitement 312	
a.	Les principes du contrôle de proportionnalité	312
i.	Les principes généraux	313
ii.	Les principes dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme	314
b.	Le test des justifications objectives et raisonnables dans le cadre du contrôle de la légitimité des différences de traitement.....	316
2.	Une jurisprudence minoritaire.....	323
Titre 2. L'absence de conception collective de l'égalité.....		331
Chapitre 1. La permanence d'une conception individualiste de l'égalité.....		333
Section 1. La relation complexe entre égalité et non-discrimination		334
1.	L'opposition traditionnelle dans la doctrine française de l'égalité et de la non- discrimination.....	334
1.1.	Les origines de l'égalité et de la non-discrimination au cœur de l'opposition entre les deux notions	336
a.	Le droit de la non-discrimination, issu de la tradition juridique nord- américaine	337
b.	L'introduction de la non-discrimination en Europe : l'influence de l'Union européenne	343
1.2.	La difficulté tenant à la définition de l'égalité	347
2.	Le principe de non-discrimination, un outil au service de l'égalité	351
2.1.	L'égalité : un objectif poursuivi par l'article 14 de la Convention	352
2.2.	L'objectif d'égalité dans l'application du principe de non-discrimination : l'exemple de l'égalité entre les sexes	354
Section 2. La poursuite d'un objectif d'égalité individuelle		358

1.	L'opposition entre conception individuelle, conception collective et conception catégorielle de l'égalité	359
2.	Une conception collective dans la jurisprudence conventionnelle ?.....	362
2.1.	Indices d'une conception collective	363
2.2.	Rejet d'une conception collective de l'égalité.....	370
Chapitre 2.	Un objectif d'égalité individuelle entre personnes situées	379
Section 1.	Écueils et limites de la conception d'un sujet abstrait titulaire de droits	380
1.	« L'homme abstrait » au cœur des critiques de l'universalisme	380
1.1.	L'abstraction du sujet dans la tradition universaliste et républicaine.....	380
1.2.	L'abstraction du sujet, un élément critiquable.....	383
a.	La critique féministe : le sujet abstrait masculin	384
b.	La critique relativiste : le sujet abstrait occidental	387
2.	« L'homme situé », une piste de dépassement ?	389
2.1.	« L'homme situé » comme concept théorique.....	390
2.2.	« Homme situé », universalisme, égalité	393
Section 2.	La concrétisation du sujet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	396
1.	La concrétisation du sujet de droit, une dynamique visible dans la jurisprudence de la Cour	396
2.	L'indifférence aux différences : un aveuglement à dépasser	401
2.1.	L'exemple de l'égalité des sexes : une Cour plus aveugle que neutre face au genre	402
a.	Les principes sous-tendant la neutralité face au genre	402
b.	L'absence de prise en compte des inégalités sexospécifiques, conséquence de l'indifférence aux différences.....	404
c.	L'inefficacité de la lutte pour l'égalité concrète entre les sexes.....	406

2.2. La prise en compte concrète des situations : vers un universalisme concret..	413
.....	413
Conclusion générale	424
Bibliographie	428
Table des jurisprudences citées	459
Table des graphiques	472
Index	473
Table des matières	479

L'identité en droit conventionnel de la non-discrimination

Selon une critique régulièrement adressée à la Cour européenne des droits de l'homme, sa jurisprudence exacerberait l'individualisme et favoriserait le communautarisme, compris comme le fait de différencier les individus en fonction de leur appartenance à des groupes identitaires minoritaires. La question est d'autant plus importante qu'elle intervient dans un contexte plus généralisé de repli des ordres juridiques nationaux sur eux-mêmes, et de remise en cause des ordres juridiques supranationaux, notamment européens. Si ces critiques visent l'ensemble de la jurisprudence européenne, elles ont un écho particulier en droit de la non-discrimination. La matière connaît en effet un débat juridique et de philosophie politique relatif à la remise en cause supposée de l'universalisme ou du principe universaliste d'égalité, lesquels se trouveraient remplacés par d'autres paradigmes tels que le communautarisme ou le différentialisme. Ces critiques peuvent donc être analysées à la lumière des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatives au principe de non-discrimination (art. 14) de manière à établir leur correspondance au droit positif. L'identité est bien présente dans la jurisprudence conventionnelle de la non-discrimination, non seulement s'agissant des liens entre les motifs de discrimination et les caractéristiques identitaires des personnes, mais également du fait des évolutions du droit au cours des années 2000. L'emploi de cette notion ne conduit toutefois pas à remettre en cause les principes universalistes au fondement du principe de non-discrimination, à savoir l'indifférence aux différences et la conception individualiste du sujet de droits.

Mots-clés : Principe de non-discrimination ; identité ; Cour européenne des droits de l'homme ; communautarisme ; différentialisme ; universalisme

Identity in ECHR antidiscrimination law

The European Court of Human Rights (ECtHR)'s jurisprudence is frequently criticized for its alleged tendency to reinforce individualism and communautarism (in the French conception of this word, meaning that the differences between individuals ought to be defined in relation to their belonging to identity minority groups). The question is particularly crucial in the current context of national legal order's declining and challenges to the supranational and European legal orders stability. Although the critics are relevant to the entire ECtHR's jurisprudence, they have a particularly high stakes in antidiscrimination law. Indeed, antidiscrimination law is often criticized for its impact on the challenge of universalism and to the universalist principle of equality in law. These principles could allegedly be replaced by other paradigms such as communautarism or differentialism. This thesis discussed these criticisms in light of judgments made by the ECtHR in application of article 14 of the Convention (principle of non-discrimination), in order to determine the actual critics' grounds in positive law. Identity is indeed present in non-discrimination case-law, not only as a means to assert the link between motives of discrimination and identity characteristics, but also in view of the evolution of the law during the years 2000s. However, the uses of the notion of identity do not go so far as to challenge the universalist principles, which are still at the very foundation of the principle of non-discrimination, namely the principle of indifference to differences and the individualistic conception of the legal subject.

Key-words : Principle of non-discrimination ; identity ; European Court of Human Rights ; communautarianism ; universalism