
Les entraves à l'approche « intersectionnelle » canadienne de la discrimination

Hilème Kombila



Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les
droits fondamentaux

Édition électronique

URL : <http://revdh.revues.org/2056>

ISSN : 2264-119X

Référence électronique

Hilème Kombila, « Les entraves à l'approche « intersectionnelle » canadienne de la discrimination », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 07 mars 2016, consulté le 24 novembre 2016. URL : <http://revdh.revues.org/2056> ; DOI : 10.4000/revdh.2056

Ce document a été généré automatiquement le 24 novembre 2016.

Tous droits réservés

Les entraves à l'approche « intersectionnelle » canadienne de la discrimination

Hilème Kombila

- 1 Au Canada, la recherche d'effectivité des droits fondamentaux a conduit à l'adoption d'une approche « contextualisée » ou « contextuelle » de la discrimination. Il s'agit de tenir compte de la réalité vécue par les victimes potentielles et du contexte social, historique et politique de l'acte discriminatoire. Ce cadre méthodologique contextualisé permet d'analyser la discrimination lorsque les plaintes sont fondées sur des motifs multiples, notamment en cas de discrimination intersectionnelle¹. Le terme « intersectionnel » émerge aux États-Unis, dans les années 1980, notamment au sein du *Black feminism*. L'idée est de dénoncer l'absence de prise en compte de la singularité des discriminations que subissent les femmes noires. Leur situation, à l'intersection de plusieurs axes de domination, est éludée par les mouvements et les politiques publiques, féministes ou antiracistes. En fait, l'approche intersectionnelle critique la traduction juridique d'une vision unidimensionnelle des rapports sociaux². Afin de mieux saisir juridiquement ces discriminations spécifiques, la doctrine américaine a dégagé une typologie basée sur une « lecture sociologique des différentes situations »³. Tout d'abord, il y a multidiscrimination ou « discrimination combinée », quand une personne est défavorisée en raison d'un cumul d'obstacles ou de stéréotypes. Ensuite, il peut y avoir une « discrimination successive » de deux ou plusieurs ordres. Enfin, le terme de « discrimination intersectionnelle », concerne les cas où les différents vecteurs discriminatoires sont interactifs et interdépendants. A l'instar de son voisin américain, le Canada est une terre fertile pour le développement du concept d'intersectionnalité.
- 2 La population canadienne, héritière de nombreuses migrations, est multiculturelle. Toutefois, avec l'arrivée européenne, les premiers peuples furent soumis à une politique de différenciation et de ségrégation géographique. Avec l'idée du « séparés mais égaux », le principe de la séparation devient un moyen de contrôle social. Aux États-Unis, le Noir

doit être considéré comme différent afin de justifier son exploitation. Au Canada, l'Autochtone doit être éloigné pour justifier la dépossession territoriale. Suivant ce principe ségrégationniste, les autochtones du Canada furent, par exemple, soumis, jusque dans les années 1930, à un contrôle strict de leurs déplacements en dehors des réserves. Cette planification, par le groupe majoritaire, entraîna un ethnocide par assimilation forcée et différenciée⁴. Cette relation asymétrique conduisit la Cour d'appel du Québec à reconnaître, dès 1973, que les droits des Indiens et des Inuits confrontés aux intérêts du Québec « ne souffrent pas la comparaison »⁵. Autrement dit, la mise en balance des intérêts, effectuée par le juge, doit prendre en compte le poids du lourd passé ségrégationniste. Avec l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés en 1982⁶, c'est une conception compensatrice de l'égalité qui va être prônée par la Cour suprême, dans sa jurisprudence relative à l'article 15. Cette conception substantielle de l'égalité reconnaît que toutes les personnes n'ont pas les mêmes capacités et attributs, et ne sont donc pas égales devant la loi. En conséquence, en traitant différemment les personnes différentes, il est possible de garantir l'effectivité de l'égalité. C'est cette conception réparatrice de l'égalité qui va permettre la reconnaissance du caractère unique de l'expérience particulière de discrimination, due à la confluence des motifs en cause. Des évolutions ont également vu le jour en droit international pour protéger les individus ou groupes sociaux à l'intersection de plusieurs motifs de discrimination prohibés par la loi⁷. Cette prise en compte de la spécificité des discriminations multiples se retrouve désormais outre-Atlantique⁸.

- 3 Progressivement, le droit de l'Union européenne (UE) a allongé la liste des motifs de discrimination prohibés et a commencé à incorporer le concept de « multidiscriminations ». La discrimination multicritère n'y est pas interdite mais est reconnue. La directive de 2006 dispose ainsi que « dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, la Communauté cherche, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples »⁹. Cette formulation fait de la lutte contre les discriminations multiples un des objectifs du droit dérivé de l'UE. Ce faisant, la lutte contre les discriminations intersectionnelles a certainement un avenir devant les juridictions des États membres. Cependant, pour le moment, les motifs de discrimination ne sont pas pensés comme pouvant se manifester de manière combinée ou interactive. Ainsi, le domaine de l'emploi est le seul où sont protégés expressément les six motifs de discrimination (le sexe, l'âge, la race ou l'origine ethnique, un handicap, la religion ou les croyances, et l'orientation sexuelle). De plus, dans les cas ne relevant pas du domaine du travail et de l'emploi, seuls les motifs de sexe et de race sont prohibés, et ils le sont séparément. Toutefois, malgré cette compartimentation normative, le sujet de la discrimination multiple ou intersectionnelle a fait l'objet d'un rapport publié par la Commission européenne en 2007¹⁰ et il figure aussi dans les conclusions du Sommet européen sur l'Égalité, tenu à Paris les 29 et 30 septembre 2008. En 2011, l'Agence européenne des droits fondamentaux (FRA) publiait des conclusions sur la discrimination multiple. Devant les juridictions européennes, les requérants commencent timidement à mobiliser cette approche. Ainsi, en 2012, la Cour de justice de l'Union a été saisie, pour la première fois, de deux affaires de discriminations multiples¹¹.
- 4 Malgré ces évolutions, notre étude démontre que le droit antidiscriminatoire français, par son approche contentieuse, est un facteur d'exclusion des individus ou des groupes

qui subissent des discriminations intersectionnelles. En France, les discriminations multiples peuvent être prises en compte par le juge mais le droit antidiscriminatoire favorise l'analyse des discriminations de manière distincte. Le cadre juridique facilite la logique cumulative et la reconnaissance de discriminations cumulées, juxtaposées, plutôt que l'intersectionnalité selon une méthode intégrée. Une personne s'estimant victime de discrimination en raison de deux caractéristiques ou plus devra plaider pour l'un ou l'autre motif, ce qui « contraint les plaignants à fixer leurs expériences dans des catégories isolées et prédéterminées »¹². Cette approche suppose que tous les membres d'un groupe vivent la même expérience, sans considération de temps, d'espace, de conditions sociales, historiques, politiques ou personnelles¹³. Ce réductionnisme du droit antidiscriminatoire va poser comme intrinsèque la caractéristique à l'origine de la discrimination. Cette utilisation rigide des motifs de discrimination voile les processus sociaux à l'œuvre dans la production et la reproduction des inégalités. Or cet essentialisme fait l'objet des principales critiques adressées par les juristes féministes américaines contre le droit antidiscriminatoire. C'est là que réside le principal frein au développement d'instruments juridiques de lutte contre les discriminations intersectionnelles. L'objet de cette étude est de faire des exemples juridictionnels canadiens une pratique prometteuse dans la recherche d'effectivité de la lutte contre les discriminations. Comment dépasser les freins à l'application de l'approche intersectionnelle en France ? Afin de répondre à cette question, il s'agira de présenter les leviers qui s'offrent, ou non, au droit français, au regard du droit canadien, concernant trois types d'entraves : celles liées aux conceptions (I), aux autorités (II) et aux modalités de la lutte contre les discriminations (III).

I Des conceptions de la lutte contre les discriminations conditionnant l'approche intersectionnelle

- 5 La conception compensatrice de l'égalité permet aux juridictions canadiennes d'adopter une méthode d'évaluation contextualisée qui permet la reconnaissance des discriminations intersectionnelles (A). À l'inverse, la tradition juridique française, en raison de son essentialisme, peine à comprendre ce type de discrimination multiple (B).

A Les fondements conceptuels moteurs de l'approche intersectionnelle

- 6 Au Canada, c'est la progression d'une conception personnalisée de la dignité humaine qui va modifier, en substance, la conception de l'égalité¹⁴. Cette évolution est notamment issue de la jurisprudence *Law c. Canada*¹⁵ et a des implications majeures dans la lutte contre les discriminations. Pour le juge canadien, l'objet même de l'égalité est le respect de la dignité de la personne humaine. La garantie d'égalité vise ainsi à « empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et aux libertés humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux »¹⁶. En France aussi, un lien étroit est reconnu entre l'égalité et le respect de la dignité de la personne humaine mais le juge canadien va plus loin en concrétisant cette relation. Il a pour mission « de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et

méritant le même intérêt, le même respect et la même considération »¹⁷. Concrètement, le rôle de l'égalité est de favoriser « l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »¹⁸. Par exemple, une loi sera considérée comme contraire à l'égalité si « elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne »¹⁹. L'égalité substantielle est conçue comme un droit à la protection de l'estime de soi. Dans cette perspective de l'égalité-dignité, l'individu est détaché des rapports de domination sociale. Ce n'est pas sa place dans le groupe qui pose problème mais son rapport personnel à une loi ou une pratique qui reproduit des préjugés. Le juge est là pour réduire le fossé entre le groupe social dominant et l'individu afin qu'il puisse retrouver sa dignité²⁰. Pour ce faire, la jurisprudence canadienne adopte une approche « contextualisée ». Celle-ci « insiste moins sur les caractéristiques de la personne et davantage sur la façon dont la société la traite. Elle prend également en compte les préjudices dont le groupe auquel la personne appartient a été victime au cours de l'histoire »²¹. Par exemple, la Cour suprême du Canada a jugé que la détermination de ce qui constitue un handicap doit être fondée sur le fait que la personne a vécu ou non l'expérience du « phénomène social du handicap », plutôt que sur la considération des restrictions ou des conditions biomédicales²². L'analyse du juge le conduit même à prendre en compte le sentiment discriminatoire : « au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée »²³. Cette approche contextualisée permet d'analyser la discrimination lorsque les plaintes sont fondées sur des motifs multiples. L'approche contextualisée prend alors le nom d'« approche intersectionnelle de la discrimination »²⁴.

- 7 Au Canada, ce souci juridictionnel de ne pas reproduire les rapports de domination est manifeste. La Cour suprême milite contre une analyse stricte ou légaliste qui restreindrait l'objet compensateur de la Charte²⁵. En revanche, il convient d'interpréter les lois sur les droits de la personne d'une façon large, libérale et en fonction de leur objet, d'une manière qui concorde avec leurs objectifs. Cette perspective fonctionnelle conduit les juridictions spécialisées et la Cour suprême à une interprétation qui reflète le mieux les objectifs réparateurs de la loi. Dans cette optique, en cas de discrimination intersectionnelle, les motifs de discrimination ne sont pas indispensables à l'évaluation juridictionnelle. Ils apparaissent davantage comme un outil d'identification des facteurs qui, dans un contexte social et historique donné, émergent au sein de relations sociales et deviennent des critères de différenciation/hiéarchisation sur la base desquels une discrimination se fait. Par exemple, en 1993 dans l'affaire *Mossop*²⁶, un employé du gouvernement fédéral, s'est vu refuser un congé de deuil pour assister aux funérailles du père de l'homme qui partage sa vie. La disposition relative au congé de deuil concernait les cas de décès d'un membre de la « proche famille », expression définie comme incluant un conjoint de droit commun. Or, la définition de l'expression « conjoint de droit commun » désignait seulement une personne de sexe opposé selon son employeur, le Conseil du Trésor et son syndicat. Les juges majoritaires ont rejeté la plainte suivant une logique excluant les couples de même sexe de la définition du motif « situation de famille », et parce que l'orientation sexuelle ne constituait pas encore un motif analogue. En dissidence, la juge L'Heureux-Dubé propose une analyse contextuelle du motif de « situation de famille » dans laquelle les couples homosexuels peuvent être reconnus.

L'enjeu méthodologique devient la saisie du contexte social et historique où se produisent les discriminations afin de réduire le vécu discriminatoire. Cette analyse permet à la juge de soulever la question de l'intersectionnalité alors que les faits de l'espèce ne l'y invitaient pas : « Il est de plus en plus reconnu qu'il peut y avoir chevauchement entre diverses catégories d'actes discriminatoires, et que certaines personnes peuvent être depuis toujours victimes d'exclusion pour un motif fondé à la fois sur la race et le sexe, l'âge et un handicap physique, ou toute autre combinaison d'actes discriminatoires ». L'approche intersectionnelle a ensuite gagné du terrain dans la jurisprudence canadienne. À cet égard, en 2003 et 2005 dans l'affaire *Radek*²⁷, une femme autochtone handicapée alléguait avoir été discriminée dans l'accès à un centre commercial. Les juridictions reconnaissent explicitement le « recoupement » des motifs (handicap/race, couleur/origine) car il n'est pas possible pour la plaignante de compartimenter son expérience. L'analyse très détaillée de ce recoupement a pour objectif de montrer comment les stéréotypes sur les Autochtones peuvent nuire aux Autochtones handicapés. La notion de recoupement dans la discrimination a depuis été examinée dans plusieurs décisions. C'est là que réside le cœur de la contextualisation de l'intersectionnalité de la discrimination.

B. Une tradition juridique freinant l'approche intersectionnelle

- 8 Le manque de juridictionnalisation de l'intersectionnalité en France a certainement à voir avec l'histoire des mouvements féministe et antiraciste français²⁸. En effet, une des conditions de l'émergence de théories de l'intersectionnalité tient à la constitution précoce d'un droit et d'une jurisprudence de l'antidiscrimination en Amérique du Nord dès les années 1960. Suite aux politiques d'*affirmative action*, les militantes afro-américaines ont soumis le droit aux interrogations que soulevaient les mouvements sociaux auxquels elles participaient. Ce questionnement tarde à émerger en France en raison de la faiblesse et du caractère récent du droit de l'antidiscrimination²⁹. C'est sous l'impulsion des normes européennes que la France se dote d'un cadre de lutte contre les discriminations à partir des années 2000. Mais ce cadre juridique entrave la prise en compte des motifs imbriqués car il établit une séparation, voir une hiérarchisation entre les types de discrimination et entre les motifs prohibés. Par exemple, au regard de la consécration constitutionnelle de « l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales »³⁰, il est possible de s'interroger sur la supériorité juridique de la norme d'interdiction de la discrimination sexuelle, dans les cas de réalisation de l'objectif de parité. À *contrario*, l'interdiction constitutionnelle des statistiques ethniques empêche la réalisation de l'interdiction de la discrimination raciale. En France, la discrimination se comprend par une énumération de motifs prohibés, conceptualisés comme étant séparés les uns des autres. À l'inverse, au Canada, le concept d'intersectionnalité et le raisonnement contextualisé qui l'accompagne se répandent depuis le milieu des années 1990. Entre ces deux expériences, une tension fondamentale qui correspond à deux conceptions du droit se noue. D'une part, la conception actuelle du droit antidiscriminatoire français contraint les plaignants à fixer leurs expériences dans des catégories isolées et prédéterminées. La discrimination est représentée comme émanant d'une caractéristique intrinsèque de l'individu (comme sa race, son sexe, son orientation sexuelle), et non pas comme le produit des rapports sociaux³¹. D'autre part, la perspective intersectionnelle demande une prise en considération des interactions entre ces

catégories qu'elle considère comme mutuellement constitutives. L'enjeu est donc, pour les partisans de cette seconde approche, de donner une voix/voie juridique à la reconnaissance de la complexité des rapports sociaux. Le problème ne tient pas tant aux motifs de discrimination, mais bien à une conception naturaliste et objective qui occulte les processus sociaux producteurs de ces catégories.

- 9 L'approche contextualisée n'apparaît pas dans la bouche des juges français mais se retrouve, timidement, devant les juridictions de l'UE. Elle prend alors la forme d'une évaluation de la proportionnalité de la mesure au regard du sentiment de discrimination. Le seul exemple relevé, concernait le don de sang des hommes homosexuels et bisexuels dans l'affaire *Léger*³². L'avocat général, Paolo Mengozzi, affirme que le sentiment discriminatoire permet d'évaluer l'adéquation de la mesure d'exclusion permanente du don, par rapport à l'objectif de protection de la santé³³. Il va même plus loin en prenant en compte ce sentiment dans une évaluation de la proportionnalité de type bilan coût/avantage. Il estime que « le sentiment d'exclusion » pour des raisons tenant à sa vie privée doit être mis en balance avec « l'intérêt supérieur de la protection de la santé des receveurs ». Cette démarche est prometteuse en ce qu'elle permet le développement de la logique contextualisée dans l'ordre juridique de l'UE et donc le cadre français. Toutefois, il faut rester vigilant. Si cette solution prend en compte le vécu discriminatoire, le type de raisonnement qui l'accompagne n'est pas exempt de toute critique. En effet, il repose sur des considérations principalement subjectives qui relèvent parfois du registre de l'émotion. En cherchant à compenser un désavantage structurel, cette prise en compte de l'aspect sentimental peut paraître conjoncturelle et donc relative. Par exemple, au Canada, « Une personne ou un groupe de personnes est victime de discrimination au sens de l'article 15 de la Charte si, du fait de la distinction législative constatée, les membres de ce groupe ont l'impression d'être moins capables ou de moins mériter d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains »³⁴. Ce faisant, la loi peut difficilement atteindre son objectif de généralité et d'égalité. Rien d'étonnant à cela puisque cette forme d'égalité compensatrice fut développée en réponse à la notion d'égalité formelle, selon laquelle la loi s'applique également sans distinction entre les caractéristiques personnelles. Finalement, l'émergence, devant les juridictions françaises, d'une approche contextualisée de la discrimination, telle qu'elle existe au Canada, supposerait le passage d'une vision formaliste-universaliste du droit à une vision substantialiste. Or, l'optique substantialiste considère le monde juridique comme un lieu de (re)production des inégalités sociales. Par conséquent, un regard autocritique devrait être posé sur le système juridictionnel français. L'introduction de l'approche intersectionnelle suppose de ne plus le voir comme un arbitre juste et impartial des conflits sociaux, prétendument affranchi des rapports de pouvoir³⁵.
- 10 Au regard de l'approche intersectionnelle, intrinsèquement critique, les cadres juridiques français maintiennent en place un système (re)producteur d'inégalités sociales. Malgré ce constat pessimiste, certains changements se dessinent, notamment en provenance des autorités de lutte contre les discriminations.

II Des autorités de lutte contre les discriminations favorisant l'approche intersectionnelle

- 11 Face à la difficulté du juge français à reconnaître les discriminations intersectionnelles, le Défenseur des droits apparaît comme le meilleur allié pour une promotion d'une approche contextualisée (A). Afin d'aller plus loin, le droit français pourrait également s'inspirer des recommandations du juge canadien en la matière (B).

A Des barrières structurelles franchissables

- 12 L'attention portée à l'enjeu de l'égalité multidimensionnelle au niveau de l'UE est indéniable. Cette percée de l'intersectionnalité dans ces instances supranationales accélère son intégration dans les discours relatifs aux luttes contre les discriminations à l'échelle nationale. Mais ce discours n'est pas formulé avec le même impact au sein des juridictions françaises en raison, notamment, du manque de publicité des débats et de pédagogie des juridictions. Ici, c'est la conception du cadre institutionnel et juridictionnel de la lutte contre les discriminations qui est un frein à une prise en compte globale des motifs de discrimination. Tout d'abord, malheureusement, la publication des avis dissidents ou divergents est inexistante. Or, c'est bien cette formulation prétorienne qui a permis la reconnaissance de l'intersectionnalité au Canada. Ensuite, la logique propre aux deux ordres de juridictions français limite considérablement la formalisation d'un raisonnement détaillé, en termes ou non d'intersectionnalité. Par exemple, concernant la Cour de cassation, certains estiment qu'elle a originellement une « nature répressive »³⁶ qui l'empêche de détailler son raisonnement et d'explicitier sa motivation. En tant qu'instrument d'encadrement et de contrôle des juges aux mains du législateur, elle fut mise en place afin de « faire en sorte que les juges du fond se bornent à appliquer la loi et ne fassent pas œuvre normative »³⁷. Ce faisant, la Cour de cassation est « opposée à l'idée même de jurisprudence : elle a été créée pour que les tribunaux n'en créent pas »³⁸. En conséquence, son autorité vient d'avantage de son statut que de la transparence de son argumentation. La sobriété de son contrôle et de sa motivation empruntent à la loi son caractère souverain³⁹. Dans les cas d'espèce où la discrimination est reconnue sur le fondement de plusieurs motifs, aucun travail d'explicitation du raisonnement n'est fait. Pourtant, malgré son laconisme, la déclaration du juge est toujours le résultat d'un choix qui dépend d'un contexte factuel et des intérêts en jeu. Explicitée, la décision pourrait prendre en compte le contexte social et l'intersectionnalité de la discrimination. En outre, cette énonciation permettrait, sans doute, de renforcer « l'autorité statutaire » de la juridiction en charge de la lutte contre les discriminations et de légitimer le choix de l'interprétation. Bien consciente de cet enjeu, la Cour de cassation cherche à préciser sa motivation, notamment quand elle opère un contrôle de proportionnalité en matière de protection des droits fondamentaux⁴⁰. Toutefois, en pratique, les plaintes portées devant les tribunaux ou les réclamations au Défenseur des droits (DDD) privilégient un motif unique de discrimination. Pour le moment, le travail de sensibilisation des juridictions à l'importance d'une motivation explicite et précise n'a pas véritablement d'impact sur l'effectivité de la lutte contre les discriminations intersectionnelles. Les juridictions ne semblent toujours pas étudier en détail les implications contextuelles afin de déterminer ou d'accepter la justification de la discrimination. Soumis à l'apparence du rendu

décisoire, les requérants préféreront focaliser leur demande sur la discrimination la plus flagrante. La stratégie des acteurs qui s'estiment victimes d'une discrimination intersectionnelle est donc de nier leur expérience afin de « coller » à la logique argumentative « décontextualisée » du juge. Malgré ce constat pessimiste, le DDD fait progressivement sienne l'analyse contextualisée afin d'aider les plaignants à déterminer l'existence d'une discrimination intersectionnelle.

- 13 S'il ne dispose pas d'une autorité juridictionnelle, le champ d'intervention du DDD est généraliste. Il connaît tous les critères de discrimination, et donc potentiellement le chevauchement propre à certains motifs. Ce cadre laisse la possibilité à la formulation de réclamations faisant état de discriminations intersectionnelles. L'absence d'interdiction explicite de la discrimination intersectionnelle ne fait donc pas obstacle à l'émergence de plaintes spécifiques sur ce fondement. Un exemple significatif de la démarche du DDD dans ces circonstances se trouve dans une affaire qui concernait plusieurs cas de harcèlement sexuel. En l'espèce, le harcèlement était combiné ou « interrelié » à des discriminations en raison de l'origine ethnique, chez un prestataire de service de nettoyage de la SNCF. Pour le DDD, il existe une présomption d'existence de faits de harcèlement sexuel, attestée par les témoignages des réclamantes, des témoins, les conclusions de la cellule psychologique, des certificats médicaux et les constatations de l'inspection du travail. Afin de prouver que cet environnement de travail était propice à la survenance de tels faits, le DDD avait également commandé une étude en sciences sociales. La chercheuse Natalie Benelli⁴¹ a expliqué que le nettoyage est « littéralement et symboliquement un sale boulot »⁴². Il est « traité comme secondaire par rapport aux activités économiques principales d'une organisation. C'est une activité féminine par excellence car proche du travail domestique non rémunéré. Le nettoyage cumule toutes les caractéristiques d'un travail dévalorisé et dévalorisant, généralement assigné aux femmes et aux immigrés peu ou pas qualifiés »⁴³. De plus, elle affirme que « le cumul d'un sale boulot féminin structuré par les rapports de domination entre femmes et hommes et une situation professionnelle marquée par la contingence et la précarité économique des salariés crée un contexte propice au harcèlement sexuel »⁴⁴. Or, en l'espèce, les postes d'ouvriers d'encadrement sont presque tous occupés par des hommes. Par conséquent, le « sale boulot » est réservé aux femmes qui se retrouvent dans un rapport de domination sexuelle favorisant le harcèlement. L'utilisation d'une approche contextualisée permet, dans cette affaire, d'établir une présomption de discrimination et de harcèlement afin d'alléger le fardeau de la preuve qui pèse sur les requérantes. L'approche intersectionnelle est ici un outil probatoire dont le juge pourrait, à l'avenir, se saisir.

B Des leviers matériels exploitables

- 14 La compartimentation, institutionnelle et normative, de la lutte contre les discriminations en France, limite la prise en compte des discriminations intersectionnelles. Afin de réduire cette compartimentation, la formulation ouverte d'une liste de motifs ou la mise en place d'une seule institution de lutte contre les discriminations (Haute autorité de lutte contre les discriminations puis Défenseur des droits) est un premier pas. Toutefois, à la différence du Canada, cette autorité administrative indépendante, issue du droit de l'UE, ne dispose pas d'un pouvoir de contrôle juridictionnel égal à celui des tribunaux et cours de défense des droits au sein desquels a émergé l'approche intersectionnelle. L'introduction de l'approche

contextualisée par le DDD permet cependant aux plaignants d'établir des indices de discrimination multiple ou intersectionnelle. L'apport concerne donc principalement la preuve de la discrimination. Ensuite, en vertu de l'article L1154-1 du code du travail, « il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement ». Mais face à cette percée de l'approche intersectionnelle devant son prétoire, le juge se trouve confronté à un problème méthodologique. Doit-il considérer ensemble ou séparément les différents motifs allégués ? Dans le premier cas, il prendra en considération le caractère spécifique de la discrimination intersectionnelle. Dans le second, son approche distributive lui permettra d'appliquer sa méthode habituelle, sans prendre toute la mesure du vécu discriminatoire.

- 15 Les solutions actuellement retenues montrent que si les juges français peuvent reconnaître la discrimination additive, ils font preuve d'une certaine résistance à consacrer le concept de discrimination intersectionnelle. Dans le cas de l'invocation de plusieurs critères par les requérants, en France, la discrimination est établie au regard d'un ou plusieurs comparateurs prédéterminés de deux manières. L'évaluation des différents motifs de discrimination peut être successive. Cette analyse compartimentée reconnaît la possibilité de plusieurs motifs de discrimination dans une même plainte, mais effectue une analyse isolée de chacun. Ce type d'analyse ignore les effets de l'interaction entre les motifs de discrimination⁴⁵. Le juge peut aussi utiliser une approche cumulative en associant deux motifs de discrimination afin de déterminer le comparateur pertinent (ex : handicap et âge) ou créer un nouveau sous-groupe en associant un motif prédéterminé à une situation inédite. Cette seconde approche représente une avancée dans le traitement des cas de discrimination intersectionnelle. Il y a en effet une volonté de mettre en relation les motifs. Toutefois, cette prise en compte se fait sur le mode de l'addition et non de l'interaction⁴⁶. Dans une perspective comparative, il est notable que les tribunaux des États-Unis redoutent la possibilité d'un afflux de plaintes émanant de nombreux sous-groupes. Aussi, dans les affaires faisant intervenir des motifs multiples, ceux-ci doivent être limités à une combinaison de deux motifs seulement. L'impact des autres motifs est donc ignoré. En la matière, la Commission ontarienne des droits de la personne⁴⁷ promeut des bonnes pratiques. Elle a salué les efforts juridictionnels qui ont été faits pour adopter une vision holistique des phénomènes discriminatoires⁴⁸. Elle relève notamment la reconnaissance par la Cour suprême de l'intersectionnalité comme motif analogue de discrimination au sein duquel le contexte social et les désavantages historiques sont impliqués ; l'analyse contextualisée qui prend en compte la place de l'individu dans la société et la construction de son identité propre ; le recours aux statistiques pour démontrer les différences de situations entre groupes sociaux ; l'étude des discriminations selon tous les motifs qui constituent l'identité du plaignant, et non uniquement fondée sur le motif le moins complexe ou le moins controversé ; et l'abandon des comparaisons avec des individus ou des groupes qui peuvent partager certaines mais pas toutes les caractéristiques du plaignant et rendent la comparaison inadéquate au cas particulier du plaignant⁴⁹.
- 16 Le défi est de taille pour le juge français s'il veut participer à une lutte contre les discriminations intersectionnelles plus effective. Il implique une mise en lien non seulement théorique, mais aussi pragmatique, des différents motifs de discrimination pensés jusqu'alors indépendamment. Cette concrétisation de l'approche intersectionnelle dépend des méthodes d'évaluation de la discrimination.

III. Des modalités de lutte contre les discriminations permettant l'approche intersectionnelle

- 17 La prise en compte du vécu de l'intersectionnalité de la discrimination suppose un assouplissement du contrôle de la comparabilité des situations (A). Cette évolution du raisonnement juridictionnel est un véritable levier car un simple renforcement des sanctions n'est pas une réponse optimale (B).

A. L'évaluation de la comparabilité des situations

- 18 En France comme au Canada, l'égalité est un concept comparatif. Dans l'approche intersectionnelle, l'appréhension ouverte des motifs de discrimination va conditionner une évaluation particulière de la comparabilité des situations. Les motifs de discrimination, issus de rapports de pouvoir, deviennent les marqueurs de l'inégalité. L'analyse n'est plus restreinte par une définition objective préalable et des caractéristiques qui seraient inhérentes aux individus. Selon la méthode privilégiée, la partie défenderesse, à qui incombe de justifier l'inégalité de traitement, verra sa tâche plus ou moins facilitée⁵⁰. La question prend dès lors la forme d'un arbitrage quant à la charge de la preuve. Selon la Cour suprême du Canada et la Cour de cassation française, le critère de la preuve *prima facie* est souple et ne nécessite pas forcément une analyse rigoureuse concernant un groupe de comparaison. Il existe de nombreux types d'affaires qui ne commandent pas d'analyse fondée sur un groupe de comparaison. Par exemple, une discrimination fondée sur l'état de grossesse peut être considérée comme une discrimination sexuelle si la victime est la seule employée. Dans ce cas, aucun groupe de femmes ne peut être comparé à un hypothétique groupe d'hommes. Ainsi, au Canada, le groupe de comparaison constitue un moyen de preuve qui peut servir à établir l'existence de la discrimination mais n'est pas un élément de la définition de la discrimination. Par conséquent, le juge peut déterminer qu'il y a discrimination sans rechercher si la situation du plaignant correspond à un critère de discrimination préalablement défini. La personne qui s'estime victime de discrimination intersectionnelle n'est pas limitée dans sa requête par un cadre stéréotypé de motifs de discrimination. En revanche, le droit de l'UE prévoit explicitement l'existence d'un comparateur dans la définition de la discrimination. La directive 2000/78 énonce qu'« une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er ». Toutefois, l'emploi du conditionnel indique qu'il est possible de se référer un comparateur hypothétique. En France, malgré la lettre du droit de l'UE, la pertinence d'un comparateur hypothétique n'est pas reconnue. Cette approche semble avoir été rejetée par le législateur français⁵¹. Le futur antérieur a été préféré au conditionnel, au motif que cette définition était source d'incertitude et de crainte de contentieux liés à des éléments trop fictifs. En effet, « le futur antérieur, étant un indicatif, inscrit l'action dans le registre du réel, à la différence du conditionnel qui l'inscrit dans le registre du possible »⁵². Le conditionnel autorisait pourtant l'usage de comparateurs hypothétiques.
- 19 Concernant la nécessité d'un comparateur, hypothétique ou non, la Cour suprême du Canada a exprimé son inquiétude au sujet du rôle des groupes de comparaison dans l'examen des plaintes fondées sur l'article 15 de la Charte. Dans l'arrêt *Withler*⁵³, en 2011,

la Cour suprême a fait observer que la démarche comparative exige la prudence et commande l'appréciation de « tous les éléments contextuels de la situation du groupe du demandeur et de l'effet réel de la mesure législative sur leur situation ». La question principale consiste à déterminer si la mesure législative contestée va à l'encontre de la « norme fondamentale d'égalité réelle ». Pour ce faire, « [i]l faut se garder de transformer l'appréciation de l'égalité réelle en recherche formaliste et arbitraire du groupe de comparaison "approprié" ». A l'inverse, il est plus utile d'analyser « les facteurs qui permettent de reconnaître l'effet discriminatoire ». Ces facteurs sont fondés sur la « perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes comme étant les principaux indices de discrimination ». Concrètement, dans les cas où il n'existe pas de groupe de comparaison précis en raison de la situation unique des plaignants, le juge peut examiner la preuve circonstancielle d'un désavantage historique afin d'établir une différence de traitement. L'analyse de l'égalité réelle comporte donc deux étapes : d'une part, se questionner sur le fait de savoir si la loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ; d'autre part, se demander si la distinction crée un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes. La comparaison joue un rôle du début à la fin de l'analyse. Le rôle de la comparaison consiste, à la première étape, à établir l'existence d'une « distinction », l'idée que le demandeur est traité différemment d'autrui. La comparaison entre donc en jeu, en ce sens que le demandeur prétend qu'il s'est vu refuser un avantage accordé à d'autres ou imposer un fardeau que d'autres n'ont pas, en raison d'une caractéristique personnelle correspondant à un motif énuméré ou analogue visé par la Charte. Il n'est pas nécessaire de désigner un groupe particulier qui correspond précisément au groupe du demandeur. Dans la mesure où le demandeur établit l'existence d'une distinction fondée sur au moins un motif énuméré ou analogue, la demande devrait passer à la deuxième étape de l'analyse. Cette démarche, reprise par l'ensemble des juridictions canadiennes, offre la souplesse requise pour l'examen des allégations fondées sur des motifs de discrimination intersectionnels. Elle permet en effet d'éviter le rejet immédiat de certaines demandes s'il se révèle impossible de désigner un groupe dont les caractéristiques correspondent précisément à celles du demandeur.

B. La détermination de la sanction appropriée

- 20 Afin de renforcer la prise en compte de la discrimination intersectionnelle, à défaut de pouvoir mettre en place ce raisonnement contextualisé, le juge français pourrait considérer que, lorsque plusieurs motifs composent la discrimination, il convient d'appliquer une sanction plus sévère. L'un des motifs de discrimination pourra être perçu comme aggravant. Une telle démarche ne présentera un intérêt pratique que si la législation reconnaît et sanctionne ce caractère aggravé⁵⁴. Si les directives relatives à la non-discrimination n'imposent pas aux États membres d'avoir recours au droit pénal pour sanctionner ces actes de discrimination, une décision-cadre du Conseil européen oblige tous les États membres à établir des sanctions pénales pour les actes et comportements les plus graves⁵⁵. Les États membres sont également tenus de considérer la motivation raciste et xénophobe comme une circonstance aggravante. Toutefois, concernant l'évaluation de la sanction d'une discrimination⁵⁶, la Cour considère que le droit de l'Union ne comporte aucune obligation inconditionnelle et suffisamment précise pouvant être invoquée directement. Les directives laissent aux États membres la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser leur objet et sanctionner la violation de l'interdiction de discrimination. Cependant, l'obligation de transposition

implique que la sanction doit assurer l'efficacité de l'interdiction et un effet dissuasif. Elle doit « être adéquate par rapport aux préjudices subis et doit donc aller au-delà d'une indemnisation purement symbolique »⁵⁷. Les juridictions nationales doivent donner à la loi prise pour l'application d'une directive une interprétation et une application conformes à ces exigences⁵⁸ et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif »⁵⁹.

- 21 Cette jurisprudence pourrait inciter les juges administratifs et judiciaires français à moduler la sanction en fonction de son caractère uni ou multidimensionnel. Mais cette approche ne rend pas vraiment compte de la réalité complexe des expériences de discrimination intersectionnelle. En outre, ce raisonnement, plus cumulatif qu'intersectionnel, soulève un problème important. La discrimination basée sur plusieurs motifs serait plus grave que celle qui se fonde sur un motif unique et, par conséquent, les dommages et intérêts devraient être plus élevés. Cette approche risque de favoriser la compétition entre les groupes dominés pour prouver qu'ils sont les plus discriminés⁶⁰. Cette compétition malsaine éloigne tout simplement l'avancée du droit antidiscriminatoire intersectionnel de son véritable objectif : faire des discriminations imbriquées, non pas des discriminations plus graves mais des discriminations comme les autres⁶¹. Hier aux États-Unis, aujourd'hui en France et au Canada, l'intersectionnalité est, avant d'être opératoire, une posture critique. Elle confronte le réductionnisme et l'essentialisme des approches antérieures de la lutte contre les discriminations, à la réalité du vécu discriminatoire. L'approche intersectionnelle n'est donc pas une fin en soi mais un outil de prise de conscience de la nécessaire contextualisation de l'évaluation des discriminations.

NOTES

1. Commission ontarienne des droits de la personne, 9 octobre 2001, « Approche intersectionnelle de la discrimination, pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples », *document de travail* disponible en ligne : <http://www.ohrc.on.ca>.
2. Pour la version française : Kimberlé Williams Crenshaw, Oristelle Bonis, « Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur », *Cahiers du Genre*, 2005/2 n° 39, pp. 51-82.
3. Marie-Thérèse Lanquetin, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, 2009/1, n° 21, p. 102.
4. Jacques Kurtness, « Les autochtones et la société québécoise », disponible en ligne : http://www.unesco.org/culture/fr/indigenous/Dvd/pj/QUEBEC/QUEC1_3.pdf
5. Suspension de l'injonction interlocutoire du juge Malouf sur les travaux de la Baie-James dans la décision de la Cour d'appel du 22 novembre 1973. Dans cette affaire, les Cris faisaient valoir le fait que les grands travaux hydroélectriques allaient nuire à leur mode de vie ancestral. Le 15 novembre 1973 le juge Malouf du fit cesser pour sept jours les travaux des chantiers de la Baie James. La Cour d'appel cassa ce jugement une semaine plus tard mais le gouvernement du Québec ne pouvait plus ignorer les revendications autochtones.

6. La Déclaration canadienne des droits de 1960 garantissait déjà « le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi. »
7. Par exemple, la Déclaration de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, reconnaît à l'article 2 que « les victimes peuvent subir des formes multiples ou aggravées de discrimination fondées sur d'autres motifs connexes. ». (Durban, 31 août-8 septembre, 2001). Voir sur ce point Juliette Roux, « L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes », *La Revue des droits de l'homme*, 7 | 2015, mis en ligne le 22 mai 2015, <http://revdh.revues.org/1116>.
8. Pour une étude comparative notamment en droit français et anglais voir Philippe Martin, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? », *Revue internationale de droit comparée*, Société de législation comparée, 2011, pp. 585-611.
9. Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'embauche et de travail.
10. *Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois*, Commission européenne, sept. 2007.
11. Dans la première affaire, la Cour ne traite pas d'une éventuelle discrimination intersectionnelle dont serait victime le requérant en tant que travailleur âgé, gravement handicapé. Cet élément n'était pas soulevé dans les questions préjudicielles. Les motifs de discrimination (âge et handicap) sont examinés successivement. CJUE, 6 décembre 2012 *Odar*, aff. C-152/11, *Nepr*. Dans l'autre affaire, la Cour était interrogée sur le mécanisme du renversement de la charge de la preuve mais la requérante s'estimait victime d'une discrimination fondée sur le sexe, l'âge et l'origine ethnique à l'occasion d'une procédure de recrutement. CJUE, 19 avril 2012, *Meister*, aff. C-415/10, *Nepr*.
12. Sirma Bilge et Olivier Roy, « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 51, 2010, p. 57.
13. Trina Grillo, "Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master's House", *Berkeley Women's Law Journal* 10, 1995.
14. Remy Hernu, « Autonomie personnelle, dignité de la personne humaine et non discrimination », in L. Potvin-Solis (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, 2010, pp. 425-436.
15. *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S
16. Le juge Iacobucci dans *Law c. Canada*, *op. cit.*
17. *Ibid.*
18. *Andrews c. Law Society of British Columbia* [1989] 1 R.C.S. 143.
19. *Law c. Canada op. cit.*; §51.
20. Remy Hernu, *op. cit.*
21. Ontario Human Rights Commission, "Intersectional approach to discrimination: Addressing multiple grounds in human rights claims", *Discussion Paper*, 2001: <http://www.ohrc.on.ca>.
22. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. p. 665
23. Remy Hernu, *op. cit.*
24. *Ibid*
25. *Canada c. Withler*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396.
26. *Canada c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.
27. *Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd.*, 2005 BCHRT 302.
28. Voir en ce sens, Sébastien Chauvin et Alexandre Jaunait, « Représenter l'intersection : les théories de l'intersectionnalité à l'épreuve des sciences sociales », *RFSP* 2012, pp. 5-20. Les auteurs expliquent que si la race apparaît comme l'instrument critique dominant des mobilisations aux États-Unis, c'est en France la classe qui représente le référent principal des mouvements de

libération des années 1970. En France, la question des différents rapports de domination n'avait pas d'abord pour vocation de saisir l'imbrication de rapports sociaux multiples.

29. *Ibid.*

30. Article 1^{er} de la Constitution issu de la révision du 23 juillet 2008.

31. Une avancé sur ce point concerne la prise en compte de motifs « sociaux économique » tels que le lieu de résidence et ou la précarité sociale. Voir en ce sens la contribution de Ioannis Rodopoulos « L'absence de la précarité sociale parmi les motifs de discrimination ».

32. CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C-528/13, *Nepr*.

33. Pour une analyse de cette affaire voir la contribution de Lauren Leblond « L'impératif de sécurité sanitaire comme justificatif d'une discrimination. L'exclusion des personnes homosexuelles du don de sang ».

34. *Egan c. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

35. Sirma Bilge et Olivier Roy, *op. cit.*

36. Frédéric Zénati, « La nature de la Cour de cassation », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n°575 du 15/04/2003.

37. Christophe Jamin, « Contrôle de proportionnalité : "Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux" », publié sur le site de la Cour de cassation, le 3 mars 2015.

38. *Ibid.*

39. Frédéric Zénati, *op. cit.*

40. Christophe Jamin, *op. cit.*

41. Du département de sciences sociales de l'Université de Lausanne.

42. Michaël Hajdenberg, « Harcèlement sexuel : les trains de la gare du Nord aux prud'hommes », *Médiapart*, 29 novembre 2015, pp. 7-9 : file:///C:/Users/dell/Downloads/journal_mediapart_dunovembre_2015.pdf

43. *Ibid.*

44. *Ibid.*

45. Cette approche successive se retrouve aussi dans la jurisprudence canadienne : *Irshad (guardian at litem of) v. Ontario (Minister of Health)*, [1999] 60 C.R.R. (2d) 231(Ont. Gen. Div.); *Rivers c. Conseil de la bande indienne de Squamish*, [1994] T.C.D.P. No. 3 No. D.T. 3/94 ; *Groupe d'aide et d'information sur le harcèlement sexuel au travail de la province de Québec inc. & Des Rosiers c. Barbe*, [2003] T.C.D.P. 24.

46. Cette approche cumulative existe également au Canada : *Sanderson c. Canada*, [2006] CF 447 ; *Comeau v. Côté*, [2003] 46 C.H.R.R. D/469 BCHRT 32.

47. Voir notamment : Ontario Human Rights Commission, "Intersectional approach to discrimination: Addressing multiple grounds in human rights claims", *Discussion Paper*, 2001: <http://www.ohrc.on.ca>. Voir aussi, malgré une approche sectorielle fondée uniquement sur le domaine de l'emploi, la Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) aux Etats-Unis.

48. Sirma Bilge, Olivier Roy, *op. cit.*, p.61

49. Ontario Human Rights Commission, "Intersectional approach to discrimination: Addressing multiple grounds in human rights claims", *op. cit.* Voir dans le même sens aux Etats-Unis : Equal Employment Opportunity Commission, *The 2000s: Charting a Course for the 21st Century*, 2000; <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/2000s>. La section 15 du manuel, qui fournit des orientations sur l'appréciation de la discrimination raciale en vertu du Title VII du Civil Rights Act de 1964, comporte dorénavant une section consacrée aux discriminations intersectionnelles. Section C du titre 15-IV (Related protected bases).

50. En France comme au Canada, il existe un mécanisme d'assouplissement de la charge de la preuve de la discrimination après une comparaison des situations.

51. L'article L. 1134-1 du Code du travail, ne fait aucune référence à un quelconque comparateur, fût-il concret ou hypothétique. Il est fait renvoi à l'article 1er de la loi du 27 mai 2008 qui pose

que la discrimination est constituée dès lors que, sur le fondement de l'une des catégories de motifs prohibés, « 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 ».

52. Marie Thérèse Lanquetin, « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, janvier 2010.

53. *Canada c. Withler*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396.

54. Par exemple, la législation roumaine indique que la discrimination fondée sur deux motifs ou plus doit être traitée et sanctionnée comme une circonstance aggravante Loi du 4 juillet 2006.

55. Incitation à la violence ou à la haine visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe, défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique ; diffusion à caractère raciste ou xénophobe ; apologie, négation ou banalisation grossière publique des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe.

56. CJCE, 10 avril 1984, *von Colson*, aff. 14/83, Rec. p. 1891.

57. *Ibid.*, pt. 28

58. *Ibid.*

59. Cette jurisprudence ancienne est réitérée, voir par exemple : CJCE, 16 décembre 1992, *Commission c/Grèce*, aff. C-210/91, Rec. p. 6735 ; CJCE, 8 juin 1994, *Commission c/ Royaume Uni*, aff. C-383/92, Rec. p. 2479 ; CJCE, 7 décembre 2000, *Andrade*, aff. C-213/99, Rec. p. I-11083, pt. 19 ; CJCE, 16 octobre 2003, *Hannl-Hofstetter*, aff. C-91/02, Rec. p. 12077, pt. 17 ; CJCE, *Hansen*, 30 septembre 2003, aff. C-326/88, Rec. p. 2911, pt 17 ; CJCE, 15 janvier 2004, *Inspire Art*, aff. C-167/01, Rec. p. 10155, pt 62 ; CJUE, 7 mai 2013, *Åkerberg Fransson*, aff ; C-617/10, *Nepr*, pt. 37.

60. Elizabeth Martinez, « Beyond Black/White: The Racisms of Our Time », *Social Justice* 20,1/2 (1993), 22.

61. Sébastien Chauvin et Alexandre Jaunait, « L'intersectionnalité contre l'intersection », *Raisons politiques* 2015/2 (N° 58), pp. 57-74.

RÉSUMÉS

Au Canada, le juge a une approche de la discrimination qui s'intéresse d'avantage à la façon dont la société traite la personne qu'à ses caractéristiques intrinsèques. Une telle logique permet d'analyser la discrimination lorsque les plaintes sont fondées sur des motifs reliés les uns aux autres. Elle n'exige pas que la pratique discriminatoire entre dans une catégorie ou un critère illicite. En revanche, en France, la lutte contre les discriminations consiste à identifier au préalable des groupes ou des sous-groupes sociaux à protéger pour des raisons particulières. C'est principalement ce cadre législatif, issu du droit de l'Union européenne (UE), qui conditionne cette « catégorisation » de la lutte contre les discriminations. C'est là que réside le principal frein au développement d'instruments juridiques de lutte contre les discriminations intersectionnelles. Dès lors, les exemples juridictionnels canadiens ouvrent des pistes de réflexion dans la recherche d'effectivité de la lutte contre ces discriminations. Il est alors possible de dépasser les entraves à l'application de l'approche intersectionnelle en présentant les leviers qui s'offrent au droit français. Ainsi, au regard du droit canadien, trois types d'entraves pourraient être dépassées: celles liées aux conceptions, aux autorités et aux modalités de la lutte contre les discriminations.

In Canada, the judge as an approach of discrimination which highlights the way society treats the person more than the features that are intrinsic to it. This logic can analyze discrimination when complaints are based on grounds related to each other. It does not require that the discriminatory practice falls into a category or a prohibited criterion. By contrast, in France the fight against discrimination identify groups or subgroups social protection, for specific reasons. It is mainly this legislative framework, resulting from European law, which determines the "categorization" of the fight against discrimination. This is the main obstacle to the development of legal instruments against intersectional discrimination. However, with Canadian jurisdictional examples it is possible to overcome the obstacles to the implementation of the intersectional approach. Thus, under Canadian law, three levers are available to French law: those related to designs, authorities and the terms of the fight against discrimination.

INDEX

Mots-clés : discrimination intersectionnelle, contrôle juridictionnel, droit canadien, approche contextualisée, motifs de discrimination.

Keywords : intersectional discrimination, judicial review, canadian law, contextualized approach, grounds of discrimination.

AUTEUR

HILÈME KOMBILA

Hilème Kombila est Docteur en droit public-Université Paris est Créteil