

---

## L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes

Les mutations du droit vers la protection contre les discriminations  
multiples et intersectionnelles

Juliette Roux

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1116>

DOI : [10.4000/revdh.1116](https://doi.org/10.4000/revdh.1116)

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Juliette Roux, « L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 7 | 2015, mis en ligne le 22 mai 2015, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1116> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1116>

---

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

---

# L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes

Les mutations du droit vers la protection contre les discriminations multiples et intersectionnelles

Juliette Roux

---

- 1 Une discrimination est avant tout une distinction. Discriminer c'est isoler une personne ou un groupe social au sein d'un ensemble plus large, c'est faire ressortir l'hétérogène de l'homogène. Discriminer c'est donc penser « je », « nous » et « les autres ». Sur quel(s) critère(s) va-t-on juger ce qui est identique et ce qui est différent ? Cette question a deux implications, l'une sociale, l'autre juridique.
- 2 « Classeurs classés par leurs classements, les sujets sociaux se distinguent par les distinctions qu'ils opèrent »<sup>1</sup>. Clichés, poncifs, lieux communs, stéréotypes, idées reçues... Toutes ces simplifications facilitent l'appréhension et la lecture des relations sociales. Et si les êtres humains n'y échappent pas, leurs classifications et leur hiérarchisation varient cependant dans le temps et l'espace. Le « nous » et « les autres » ne sont que les reflets des catégorisations sociales et des rapports sociaux de domination à un endroit, à un moment. Or le droit est « engendré par les rapports sociaux, il construit la réalité sociale et politique. Il a ainsi une fonction identitaire pour les hommes et les femmes. Le droit produit ses effets propres, y compris dans l'ordre symbolique »<sup>2</sup>. Le droit va donc incorporer les rapports sociaux, les institutionnaliser, et participer ainsi à leur reproduction. Cette causalité récursive ne fonctionne pourtant pas en circuit fermé, comme le montrent les évolutions des systèmes juridiques. La vision de l'homme blanc majeur propriétaire et payant l'impôt comme seul « capable » et citoyen jouissant de droits (par ailleurs à vocation universelle) a connu une lente transformation qui a mené le droit à assurer aujourd'hui à tous *sans distinction* les mêmes droits.
- 3 Une discrimination est donc une distinction arbitraire et injustifiée, « un traitement inégal reposant sur l'application d'un critère illégitime. Ce qui suppose, d'une part, qu'il y ait un résultat effectif et constatable (une action et non une idée), et d'autre part, qu'il s'appuie sur un *argumentaire socialement inacceptable* (ce qui dépend évidemment

du référentiel moral par rapport auquel la société juge les distinctions entre les êtres). »<sup>3</sup> .

- 4 Si le référentiel moral actuel n'accepte plus aucune distinction entre les individus ou groupes sociaux, la performativité du droit connaît des limites et la proclamation de l'égalité formelle n'est pas suffisante pour assurer l'égalité substantielle. Pour l'atteindre, le droit utilise un travail de casuistique pour lutter contre toute forme de discrimination. Pour en donner une définition strictement juridique, il convient de distinguer deux types de discriminations. La discrimination directe est constituée par toute situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable, en raison d'un motif prohibé par la loi, qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable. Une discrimination indirecte est une mesure qui, tout en étant formulée de façon neutre, désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé d'individus que d'autres, à moins que cette différence de traitement ne soit justifiée par des motifs objectifs et raisonnables. Cette seconde forme a été particulièrement développée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) contre les discriminations entre les femmes et hommes en matière d'emploi et de travail<sup>4</sup>. Cependant, le droit continue d'appréhender les discriminations selon un axe unidimensionnel, fondé sur un motif exclusif de discrimination. Il met par là en marge de son champ d'application et de protection les personnes ou groupes sociaux vulnérables placés à l'intersection de catégorisations objectives préétablies. Il sera attendu des victimes qu'elles se positionnent selon un seul « motif prohibé par la loi » alors que leur situation ne peut pas être comparée à celle d'une autre personne discriminée selon ce seul motif de discrimination. Elles ne sont pas placées dans une « situation comparable » .
- 5 La question se pose dès lors de savoir quelle évolution le droit antidiscriminatoire pourrait connaître pour prendre en compte les formes combinées de discriminations, contribuer à leur éradication, et, en conséquence, changer les schèmes de perception actuels. Quels défis l'intersectionnalité lance-t-elle au droit pour que ce dernier continue de l'éviter ? Comment le droit peut-il rendre compte de l'intersectionnalité des discriminations ? En quoi le droit écrit et jurisprudentiel peut-il apporter une protection effective aux personnes et groupes sociaux placés en marge des catégories existantes de discrimination ? Quel rôle le juge peut-il jouer dans la transformation du droit antidiscriminatoire vers une approche plus intégrée des problématiques sociales liées aux discriminations multicritères ?
- 6 Il convient tout d'abord de préciser de quel droit il s'agit. Nous prenons ici comme objet d'étude principalement le droit international et européen (Union européenne et Conseil de l'Europe), en ce qu'il s'impose aujourd'hui aux ordres juridiques nationaux. Il servira de point de départ à une réflexion plus englobante sur la reconnaissance des discriminations multiples et intersectionnelles en droit textuel. Nous nous servirons par ailleurs d'exemples tirés du droit de l'Union et des droits nationaux textuel ou jurisprudentiel, quand ceux-ci apportent un éclairage particulier à notre analyse.
- 7 Notre premier objectif sera de comprendre comment la problématique de l'intersectionnalité est conceptualisée en droit. Ainsi, il conviendra de partir de l'intersectionnalité telle que pensée par les sciences sociales en nous fondant sur les études nord-américaines qui en sont à l'origine (I). Notre deuxième objectif sera de montrer comment le droit aussi bien textuel que jurisprudentiel appréhende l'intersectionnalité. Le droit antidiscriminatoire, en ce qu'il repose sur l'exclusivité des

motifs de discrimination, démarche sectorielle par comparateurs, constitue en lui-même un obstacle à l'appréhension de l'intersectionnalité (II). Cependant, notre troisième objectif sera d'étudier comment, sous l'impulsion du droit international, le droit écrit commence à s'emparer de cette question. Sur ce fondement, une protection effective des individus ou groupes sociaux placés à l'intersection des motifs discriminatoires pourrait être possible grâce à une nouvelle jurisprudence. Il semble en effet que le travail de casuistique du juge, « force créatrice du droit »<sup>5</sup>, rende celui-ci non plus complémentaire mais fondamental. De nouvelles conceptions et méthodologies en droit de la non-discrimination pourraient jouer un rôle clef pour construire les fondations et donner une impulsion à un droit qui penserait enfin la possibilité pour un individu ou un groupe social d'être victime de discriminations multiples (III).

## I. L'émergence de l' « intersectionnalité »

- 8 L' « intersectionnalité » est un terme apparu dans les années 1980 aux États-Unis notamment grâce au mouvement du *Black feminism*, qui a mis l'accent sur l'impossibilité pour les femmes noires d'être comprises tant par les revendications féministes que par les mouvements antiracistes et par les politiques publiques qui en ont résulté. Leur positionnement à l'intersection de plusieurs axes de domination dans les rapports sociaux n'était pas pris en compte par la vision unidimensionnelle de ces rapports de force. Il faut cependant distinguer l'intersectionnalité des problématiques plus globales de l'identité multiple et essayer de dégager une conceptualisation et une méthodologie adéquates à l'étude de cet objet complexe.

### A. Unidimensionnalité de la conception des rapports sociaux

- 9 La conceptualisation de l'intersectionnalité vient du constat de la distinction, voire de la frontière, entre le genre et l'appartenance ethnique dans la manière de penser les rapports sociaux de domination. Kimberlé Crenshaw a en effet montré que les femmes noires aux États-Unis rencontraient des problèmes spécifiques liés à l'intersectionnalité de deux positionnements de dominés : être femme et être une personne de couleur<sup>6</sup>. Les femmes noires sont dès lors placées en marge tant des mouvements féministes qu'antiracistes et des politiques publiques qui sont issues de ces revendications. Au sein même de ces mouvements, dénonçant pourtant leur propre position de subordonnés dans la société, d'autres formes de domination s'expriment. Ils possèdent en effet un référentiel exclusif : la femme blanche de classe moyenne pour le féminisme, l'homme de couleur pour l'antiracisme. Parce que noires, les femmes de couleur étaient ainsi placées en marge des mouvements féministes. Parce que femmes, elles subissaient une même mise au ban des mouvements antiracistes.
- 10 En France, si le féminisme s'est d'abord construit sur l'idée d'une uniformité des femmes et des formes d'injustices et de violences à leur encontre, il a bientôt dû faire le constat des différenciations en raison de l'âge, de la religion, de l'orientation sexuelle, de l'origine sociale ou ethnique, qui sont autant de facteurs qui impactent les relations de domination. Une des différences majeures entre les mouvements féministes états-uniens et les mouvements féministes français est toutefois que les premiers ont davantage abordé les problèmes liés à l'origine ethnique et à la couleur de peau alors

que les seconds ont plus porté sur l'analyse de la domination sociale. Ceci étant, avant que n'apparaisse réellement la problématique de l'intersectionnalité grâce au *Black feminism*, le cadre de pensée des discriminations était unidimensionnel, et le demeure encore aujourd'hui en grande partie.

« Les dispositifs de lutte contre les discriminations, à l'instar des mouvements sociaux à l'origine de leur avènement - qu'il s'agisse du mouvement féministe, antiraciste ou gai et lesbien -, ont été façonnés par une conception *unidimensionnelle* de la domination qui repose sur un rapport au monde univoque, une construction du pouvoir à partir d'un axe exclusif (le patriarcat, le racisme, l'exploitation capitaliste ou l'hétérosexisme), et qui s'opère par des catégories sociales pensées comme mutuellement exclusives (sexe/genre, race/ethnicité, classe, orientation sexuelle, handicap, etc.)<sup>7</sup> ».

- 11 Cette lecture unidimensionnelle laisse de côté des personnes ou des groupes sociaux victimes de discriminations multiples en raison de leur positionnement de dominés selon plusieurs axes de pouvoir. Ainsi, on ne va penser les inégalités que selon un référentiel, un seul principe de distinction et de hiérarchisation. Les personnes qui font l'objet de distinctions multiples vont devoir se positionner selon un seul critère, laissant de côté d'autres composantes de leur identité.
- 12 Or la conception unidimensionnelle des revendications sociales a eu pour effet de reproduire cette unidimensionnalité dans les politiques qui ont été mises en place pour y répondre. Dans son étude sur les structures institutionnelles chargées d'aider les femmes victimes de viol, Kimberlé Crenshaw a mis en lumière l'inefficacité des politiques publiques en raison de leur unidimensionnalité : « Les effets des multiples formes de subordination qui pèsent sur les femmes de couleur, couplés à des attentes institutionnelles fondées sur des contextes inappropriés car unidimensionnels, déterminent et en dernier ressort limitent la portée des interventions en leur faveur<sup>8</sup> ». Les associations de défense des droits et de lutte contre les discriminations se sont également constituées en réponse à un seul critère discriminatoire (sexe/genre, origine, religion, orientation sexuelle, handicap, âge) et renforcent également en cela ce côté unidimensionnel.

## B. Intersectionnalité et identité multiple ou complexe

- 13 La notion d'identité multiple ou complexe a été renforcée suite aux revendications des années 1970 de la nécessaire prise en compte des différences. Le « post modernisme » a entre autres mené aux réflexions sur l'inclusion, les nouvelles conceptions de l'égalité<sup>9</sup>, le discours politique et la reconnaissance institutionnelle de la diversité<sup>10</sup>. La mise en avant d'une seule propriété constitutive de l'identité d'une personne résulte ainsi d'un processus aussi bien exogène qu'endogène. Pour reprendre deux exemples empruntés à Amin Maalouf<sup>11</sup>, un Italien homosexuel sous Mussolini voit son identité réduite à son orientation sexuelle alors que cette composante de son identité pouvait très bien n'être pour lui que de second ordre, derrière, par exemple, ses choix politiques, son activité professionnelle, la région dont il vient ou ses convictions religieuses. Des mécanismes exogènes viennent donc définir et hiérarchiser les composantes d'une identité multiple selon un axe dominant. En revanche, il arrive également que « l'identité que l'on proclame se calque - en négatif - sur celle de l'adversaire ». Un Irlandais catholique se différenciera d'un Anglais selon sa religion, mais face à des monarchistes, il se présentera avant tout comme républicain. Le rapport aux autres et à soi-même varie

donc dans le temps, dans l'espace et au gré des rencontres. Chaque individu possède une identité composite où sont mêlées propriétés sociales et propriétés biologiques ou innées et, bien souvent, propriétés sociales considérées comme innées. C'est ce qui a amené Peter Kwan à affirmer :

« Straight white maleness arguably is a multiple identity, but intersectionality theorists would resist the claim by straight white males that theirs is an intersectional subjectivity. Central to intersectionality theory is the recovery of the claims and identities of those who, like African American women, are pushed to the margins of racial discourse because of assumptions of patriarchal normativity, and simultaneously pushed to the margins of the feminist discourse because of assumptions of racial normativity<sup>12</sup>. »

- 14 Il ne s'agit pas simplement, pour l'intersectionnalité, d'admettre que l'identité multiple existe. L'identité multiple est un thème récurrent en sciences sociales<sup>13</sup>. Par exemple, sur la question du référentiel unique ou de l'axe de domination, Max Weber critiquait déjà le marxisme pour son réductionnisme économique, c'est-à-dire en ce qu'il ne pensait les individus que selon leurs propriétés et leurs relations économiques<sup>14</sup>. Il ne s'agit pas non plus de penser l'identité complexe comme juxtaposition ou comme cumulation selon un schéma « ... + ... + ... + ... = identité complexe » mais bien en termes de construction sociale propre. L'intersectionnalité favorise au contraire une approche intégrée de l'identité. La socialisation d'une femme noire n'est ni exactement celle d'une femme blanche ni exactement celle d'un homme noir. Elle ne peut dès lors pas être pensée uniquement comme la somme des obstacles et des stéréotypes rencontrés par les femmes blanches et de ceux rencontrés par les hommes noirs. En cela, l'intersectionnalité « va au-delà d'une simple reconnaissance de la multiplicité des systèmes d'oppression opérant à partir de ces catégories et postule leur interaction dans la production et la reproduction des inégalités sociales »<sup>15</sup>.

### C. L'intersectionnalité au prisme sexe/genre

- 15 Pourquoi l'intersectionnalité est-elle d'abord pensée sous le prisme sexe/genre ? On peut en effet s'interroger sur la raison pour laquelle les études féministes sont à l'origine de ce concept et de ses développements dans divers champs de recherche. Bien que le triptyque « race/classe/genre » soit au cœur des études sur l'intersectionnalité, il semble que ce ne soient que les chercheur.e.s en études sur le genre (principalement en Amérique du Nord) qui se soient emparé de cette question. Il s'agit donc de comprendre en quoi la problématique des discriminations intersectionnelles concerne les femmes plutôt que les hommes.
- 16 Les hommes ont une identité complexe, composite, et peuvent être placés dans différentes situations d'oppression. On peut cependant tout d'abord considérer que l'opposition selon le genre ou le sexe est davantage clivant dans la mesure où il est binaire. Il partage clairement l'humanité en deux parties, le masculin et le féminin. La position subordonnée du féminin viendra renforcer et multiplier les autres formes de subordination sociale. Naomi Zack insiste ainsi sur le fait que c'est un *lien* et non une *chose* qui unisse les femmes. L'intersectionnalité résiderait dans les oppressions multiples subies particulièrement par les femmes pauvres non blanches mais de manière générale par toutes les femmes, car les différences d'orientation sexuelle, d'âge ou de capacités physiques sont autant de vecteurs d'oppression<sup>16</sup>. Quand bien même une femme serait privilégiée selon un axe précis (sa couleur de peau ou son

orientation sexuelle par exemple) ou défavorisée selon un autre, elle resterait l'objet d'une discrimination fondamentale commune à tous les individus de sexe féminin qui en ferait un objet intersectionnel. Le droit a en cela contribué à ancrer la subordination des femmes, à la légitimer et à la reproduire car « l'élaboration du droit est empreinte des valeurs, des rapports sociaux de sexe d'une époque donnée, en l'occurrence particulièrement androcentrée. Le droit n'est pas seulement technique, il est aussi une création politique et sociale, « contextualisée » »<sup>17</sup>. On retrouve cet axe sexe/genre dans le rapport de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes de Beijing, première formulation à valeur normative du concept de discriminations multiples<sup>18</sup>. Il a ainsi été reconnu que les femmes devaient être davantage protégées contre les formes cumulatives ou intersectionnelles de discriminations puisqu'elles cumulaient plusieurs positionnements sociaux défavorables empreints de stéréotypes.

- 17 Le concept d'intersectionnalité a été considéré comme une des plus grandes avancées théoriques des études féministes et l'étude du triptyque race/classe/genre a été qualifiée de « meilleure pratique féministe en cours dans le monde universitaire »<sup>19</sup>. Le terme d'intersectionnalité n'en demeure pas moins ambigu, tant dans le monde universitaire que dans la sphère politique. « Le terme d' « intersectionnalité » s'est vu mobilisé dans des buts hétérogènes, tributaires des espaces dans lesquels ses promoteurs ont cherché à intervenir. Aujourd'hui par exemple, alors qu'il est plutôt, aux États-Unis, utilisé comme une alternative critique au discours managérial sur la « diversité », il est en Europe plus souvent invoqué à l'appui de ce discours »<sup>20</sup>. La difficulté à dégager une définition ou une méthodologie commune rend le passage du discours aux actes encore plus compliqué. La fécondité de la problématique de l'intersectionnalité paraît n'avoir été visible, jusqu'à présent, que d'un point de vue universitaire, ce qui se manifeste notamment par l'abondance des études sur ce sujet, d'abord en Amérique du Nord, puis en Europe à compter des années 2000.

## II. Penser l'intersectionnalité en droit : les limites du droit antidiscriminatoire

- 18 Comme le montre le problème des définitions et des différences de concepts, le droit est une des disciplines qui a le plus de mal à faire sienne la notion d'intersectionnalité. Le principe d'égalité formelle de certaines traditions juridiques rend d'autant plus difficile la reconnaissance de droits différenciés selon les individus ou les groupes sociaux. De plus, qu'il soit international, européen ou national, le droit antidiscriminatoire est construit selon un schéma similaire : il liste des motifs de discrimination prohibés par la loi. En construisant une protection fondée sur un motif exclusif de discrimination, non seulement le droit de la non-discrimination vient essentialiser ce motif, mais il empêche la protection des individus ou groupes sociaux placés en marge de cette définition unidimensionnelle.

### A. Intersectionnalité - Discrimination multiple, multicritère, multidimensionnelle. Problèmes de définition et différences de concepts

- 19 La littérature sur l'intersectionnalité en droit utilise les termes « discrimination intersectionnelle », « multidiscrimination », « discrimination multiple »,

« multicritère » ou « multidimensionnelle » pour parler aussi bien de la stricte cumulation par un individu ou un groupe social de plusieurs motifs de discriminations différents (en anglais, *compounded discrimination*) que de la logique selon laquelle la présence de plusieurs motifs de discrimination crée en soi une autre forme de discrimination qui ne peut être réduite à la simple accumulation de discriminations (*intersectional discrimination*)<sup>21</sup>. Cette deuxième logique contredit précisément le schéma du « ...+...+... » et part du principe que l'intersectionnalité n'équivaut pas à la somme des discriminations, approche favorisée par la logique cumulative regroupée sous les termes de « multidiscrimination » ou de discrimination « multiple / multicritère / multidimensionnelle ». Cette absence de terminologie stabilisée est également perceptible dans la doctrine du Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes qui emploie indistinctement des termes comme « discrimination pluridimensionnelle »<sup>22</sup>, « formes superposées de discrimination »<sup>23</sup> ou « multiples formes de discrimination qui se recoupent »<sup>24</sup>.

- 20 Ces problèmes sémantiques sont un premier obstacle à l'étude de l'intersectionnalité en droit. Au sein de ces différentes dénominations, la doctrine américaine a dégagé une typologie qui, comme le rappelle Marie-Thérèse Lanquetin, « permet simplement de sérier et de contextualiser les questions. » en ce qu'elle propose « une lecture sociologique des différentes situations »<sup>25</sup>. On parlera ainsi de discrimination « successive », « combinée » ou « intersectionnelle » selon que les différentes discriminations sont vécues de manière successive ou simultanée et selon qu'elles sont plus ou moins fortes. La première forme sera caractérisée par l'apparition successive de discriminations de deux ou plusieurs ordres. Un exemple est celui d'une femme handicapée dont on lui rappellerait sans cesse sa condition lorsqu'elle n'est pas embauchée ou lorsqu'elle ne peut accéder à un lieu en raison de son handicap. La seconde recouvre plus le terme de multidiscrimination puisqu'il s'agit des cas dans lesquels une personne est doublement défavorisée en raison d'un cumul d'obstacles ou de stéréotypes : une femme immigrée sera davantage contrainte à occuper un emploi précaire qu'une femme autochtone, et au sein de cet emploi précaire, elle sera moins bien rémunérée qu'un homme immigré en raison de son sexe. La troisième catégorie de la typologie, la discrimination intersectionnelle, recouvre les cas les plus complexes où les différents vecteurs discriminatoires sont souvent inextricables car ils apparaissent simultanément et se renforcent mutuellement. Ce sera par exemple le cas d'une femme d'origine maghrébine dont on présumera qu'elle est de religion musulmane. S'ajoute donc aux deux premières caractéristiques sources de discrimination un troisième stéréotype, ce qui crée autant sinon plus de discriminations. Les discriminations multiples sont d'ailleurs plus facilement prises en compte par le droit, que ce soit par le législateur ou par le juge, puisque le cadre du droit antidiscriminatoire favorise l'analyse des discriminations de manière distincte. Ce schéma facilite ainsi la logique cumulative et la reconnaissance de discriminations cumulées, juxtaposées, plutôt que l'intersectionnalité selon une méthode intégrée.

## B. Principe d'égalité et principe de non-discrimination

- 21 Un des principaux défis lancés par l'intersectionnalité au droit est celui de repenser les principes d'égalité formelle et d'égalité substantielle. La prise en compte des différences entre les sujets de droit implique une reconnaissance des inégalités entre eux auxquelles doit répondre le droit antidiscriminatoire pour assurer leur égalité.

L'intersectionnalité ravive en cela le débat égalité/différences qui a déjà été cerné entre autres par le dilemme de Wollstonecraft<sup>26</sup> : soit les femmes deviennent comme les hommes et seront des citoyennes à part entière, soit elles conservent leurs différences en tant que femmes et restent des citoyennes de second ordre. Cette vision se résumerait dès lors à la formule d'Elisabeth Badinter en réponse à la question « qu'est-ce qu'une femme ? », « un Homme, comme tout le monde »<sup>27</sup>, c'est-à-dire que l'égalité ne serait pensable que selon le référentiel dominant et nierait les spécificités et l'identité des individus ou groupes sociaux aspirant à une égalité réelle. En cela l'intersectionnalité est particulièrement problématique dans les systèmes de droit qui considèrent que l'égalité est assurée sans distinction par la loi. Ainsi la « mêmété » sous-tend le principe d'égalité dans les pays de tradition juridique d'égalité formelle comme la France<sup>28</sup>, où en théorie « tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit » et où le concept de « discrimination positive » laisse sceptique (le terme étant déjà manifestement malheureux). « La philosophie de la discrimination positive repose sur une idéologie du multiculturalisme assez distincte de l'intégration égalitaire républicaine, sauf à ce que la République assume son multiculturalisme »<sup>29</sup>. La vision abstraite et « asexuée » du droit français fonde le principe d'égalité sur l'individu « abstrait, né orphelin, resté célibataire et mort sans enfant » selon la formule attribuée à Ernest Renan. L'égalité formelle inscrite dans la loi devrait être suffisante en soi pour assurer à tous les citoyen.ne.s la jouissance d'un même statut. Les minorités ne sont pas reconnues comme telles et les individus qui les constituent sont pensés comme des citoyens jouissant de droits égaux à tous les citoyens en tant qu'individus. Le refus de reconnaître les minorités par le droit français a été illustré à l'occasion de la ratification du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques, le gouvernement français ayant mis une réserve sur son article 27 qui reconnaît des droits collectifs aux minorités. Or le problème de cette réduction, voire de cet effacement, des différences entre individus et minorités est que les lois dites « neutres » vont souvent perpétuer ces inégalités. Cette rhétorique de l'universalisme républicain est « politiquement d'autant plus efficace qu'elle se confond avec la défense d'un modèle national : toute reconnaissance de « catégories » ou mise en œuvre de « quotas » est présumée relever d'un modèle politique étranger fantasmé, celui du « communautarisme américain », et prend le risque d'ouvrir, selon l'expression consacrée, la « boîte de Pandore » des revendications particularistes »<sup>30</sup>. Les pays qui ont une conception multiculturelle de leur société et un modèle d'intégration non assimilationniste rencontrent des difficultés moindres à reconnaître la possibilité de traiter différemment les citoyens et à octroyer des droits spécifiques aux communautés. La tradition de reconnaissance des minorités, de multiculturalisme et de diversité est ainsi plus présente dans les pays qui connaissent des divisions religieuses importantes, comme les Pays-Bas, de fortes minorités ethniques, comme les Etats-Unis ou le Canada (qui ont en plus une structure fédérale), ou qui distinguent l'Etat et la nation, comme le Royaume-Uni (Etat qui englobe l'Angleterre, l'Irlande du Nord, l'Ecosse et le Pays de Galles, avec leurs traditions et identités fortes).

« C'est ainsi que s'est développée au Royaume-Uni une politique de lutte contre les discriminations qui vise à assurer un traitement égal, dans la vie publique, aux minorités ethniques en s'adressant à chaque individu comme membre d'une communauté ou d'un groupe minoritaire (...) Il s'ensuit que chaque individu bénéficie non seulement des droits de l'homme mais aussi de droits spécifiques, qui peuvent aller jusqu'à la reconnaissance d'une certaine autonomie juridique, qu'il tient de sa qualité de membre d'une minorité »<sup>31</sup>.

22 Le constat de l'échec du principe d'égalité formelle comme moyen suffisant pour atteindre l'égalité réelle a mené à une reformulation du droit vers le principe de non-discrimination. Le droit a ainsi identifié des caractéristiques qui mettent les sujets dans des positionnements défavorables et il en élargit le spectre en enrichissant au fur et à mesure les motifs de discrimination prohibés (l'âge, l'origine sociale, le handicap, etc.). Le principe de non-discrimination est donc devenu le moyen premier pour soutenir le principe d'égalité et penser non plus l'individu abstrait mais l'individu situé :

« Si la Constitution affirme le principe d'égalité, c'est par une norme plus technique que se réalise pour partie ce principe. Il s'agit du principe de non-discrimination. Mais une règle de non-discrimination n'a ni la même signification ni la même portée qu'une règle d'égalité. Une règle de non-discrimination ne parvient pas à l'égalité-même, même si elle y contribue. Elle permet néanmoins une approche dynamique du principe d'égalité »<sup>32</sup>.

23 Le droit antidiscriminatoire est donc un outil nécessaire qui s'est révélé puissant pour combattre les inégalités, en prenant en compte les particularités des individus et groupes sociaux qui composent une même société, et, partant, pour aller vers une égalité réelle. Cependant, sa formulation même demeure un frein à la prise en compte de l'intersectionnalité.

### C. Le droit du motif principal de discrimination

24 La plupart des textes juridiques placés au sommet de la hiérarchie des normes d'un ordre juridique, qu'il soit international, européen ou national (charte, déclaration, loi constitutionnelle) relatifs aux droits fondamentaux, listent des motifs prohibés de discrimination. En droit français, le Préambule de 1946 dispose : « tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Le motif de discrimination fondé sur le sexe est d'emblée exclu, même si le Préambule assure en son article 3 que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Or malgré l'inscription de ce principe d'égalité abstraite dans la Constitution, les femmes sont encore loin à cette époque de jouir de droits égaux à ceux des hommes, qu'ils soient politiques, civils ou sociaux<sup>33</sup>. En droit international, la Déclaration universelle des droits de l'Homme dispose en son article 2 : « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». L'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales prohibe la discrimination sur les mêmes motifs. En droit de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux a également un article consacré au principe de non-discrimination (article 21) : « 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 ».

25 Toutes les législations et les méthodes jurisprudentielles qui en ont découlé prennent ces motifs de discrimination comme distincts. La situation paraît paradoxale puisque « plus une personne s'éloigne de la norme, plus elle risque de subir une discrimination multiple et moins elle a de chances d'obtenir une protection ».<sup>34</sup> Les normes

fondamentales de protection ne permettent donc pas aux victimes de faire valoir une discrimination fondée sur plusieurs motifs discriminatoires. On assiste ainsi à une réduction de la discrimination à un seul motif exclusif.

- 26 Plusieurs jurisprudences rendent d'ailleurs compte de l'impossibilité, voire du refus, de reconnaître la possibilité pour un individu ou un groupe social d'être victime de plusieurs discriminations simultanément. La jurisprudence états-unienne en donne à cet égard un formidable exemple dans le cas *DeGraffenreid v. General Motors*<sup>35</sup> dans lequel le tribunal du Missouri refusa de considérer la discrimination multiple alléguée par des femmes noires qui venaient d'être licenciées. La Cour a dans un premier temps distingué les deux moyens, la discrimination fondée sur le sexe et la discrimination fondée sur la race. Elle a d'emblée évité la question de la discrimination multiple et a étudié de manière distincte les deux moyens. Elle a ainsi commencé par étudier la question de la discrimination fondée sur le sexe, qu'elle a écarté au motif que des femmes blanches travaillaient toujours dans l'entreprise. Il aurait fallu que les requérantes démontrent que la discrimination touchait toutes les femmes, sans considération de race, pour prouver la discrimination en raison du sexe. La Cour est ensuite passée au second moyen, la discrimination raciale, qu'elle a également écartée car des hommes noirs demeuraient dans l'entreprise. Ici encore, il aurait fallu démontrer que la discrimination touchait les deux sexes pour caractériser la discrimination fondée sur la race. Enfin, en réponse à la question soulevée quant à la possibilité de rendre compte de la spécificité de la position des femmes noires, les juges ont refusé de reconnaître une « sous-catégorie » de discrimination, qui allierait sexe et race, pour ne pas ouvrir « la boîte de Pandore » :

« It was asserted that this action was brought on behalf of "black women" a separate sub-category under Title VII of the Civil Rights Act of 1964 [qui interdit la discrimination des salariés fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou la nationalité d'origine]. [...] The legislative history surrounding Title VII does not indicate that the goal of the statute was to create a new classification of "black women" who would have greater standing than, for example, a black male. The prospect of the creation of new classes of protected minorities, governed only by the mathematical principles of permutation and combination, clearly raises the prospect of opening the hackneyed Pandora's box. »

- 27 Les cadres juridiques actuels favorisent le droit du motif principal de discrimination : 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 »<sup>36</sup>.
- 28 L'approche actuelle du droit antidiscriminatoire part donc du principe que toutes les personnes appartenant à un groupe selon un axe peuvent être comparées à une situation objective selon cet axe. « La vision additive des discriminations qui mène inéluctablement à l'essentialisation de chaque catégorie et à l'élaboration de discours hégémoniques sur les politiques identitaires, ce qui finit par rendre invisibles les expériences des membres plus marginalisés de la société concernée »<sup>37</sup>. Selon cette démarche sectorielle par comparateurs, il existerait un comparateur objectif pour toute personne, à tout moment, en tout lieu, en toute situation. Cette approche essentialiste suppose que tous les membres d'un groupe vivent la même expérience, sans considération de temps, d'espace, de conditions sociales, historiques, politiques ou personnelles<sup>38</sup>. Or cet essentialisme est une des principales critiques adressées par les juristes féministes contre le droit antidiscriminatoire :

« Gender essentialism is the notion that a unitary “essential” women’s experience can be isolated and described independently of race, class, sexual orientation and other realities of experience. The result of this tendency towards gender essentialism is not that some voices are silenced in order to privilege others [...] but that the voices that are silenced turn out to be the same voices silenced by the mainstreaming legal voice of “We the People”. »

- 29 Ce réductionnisme du droit antidiscriminatoire va poser comme intrinsèque la caractéristique à l’origine de la discrimination en l’objectivant et en la naturalisant. Cette rigidité des motifs de discrimination voile les processus sociaux à l’œuvre dans la production et la reproduction des inégalités. De cette manière, si les discriminations sont multiples, elles ne pourront tout simplement pas être pensées de manière combinée ou intersectionnelle, soit comme un ensemble de rapports de domination. Cette conception essentialiste, qui apparaît d’abord dans la formulation du droit textuel, transparait également dans la jurisprudence.

« The most fundamental error in current antidiscrimination jurisprudence lies in its location of difference in the individual complainant rather than in his or her relationship with others. It treats the difference as an intrinsic characteristic of the individual – the discrimination is due to his or her race or sex – rather than as arising out of the relationship between that individual and others »<sup>39</sup>.

- 30 Le droit antidiscriminatoire moderne a donc mis différents freins au développement d’instruments juridiques de lutte contre les discriminations multiples : l’énumération sous forme de liste de motifs distincts de discrimination, d’une part, l’essentialisation dont elle est le résultat, d’autre part. Des évolutions ont cependant vu le jour en droit international pour protéger les individus ou groupes sociaux à l’intersection de plusieurs motifs de discrimination prohibés par la loi.

### III. Les évolutions du droit vers la reconnaissance des discriminations multiples

- 31 Nous avons jusqu’ici essayé de montrer la complexité théorique de l’intersectionnalité en sciences sociales et en droit. Dans sa mise en application pratique, l’intersectionnalité connaît d’autres obstacles. Grâce au droit international, les corpus normatifs européens et nationaux commencent à offrir une première base pour réduire les inégalités entre *toutes* les femmes et les hommes. Or cette amorce du droit textuel a un écho bien moindre, voire inexistant, dans la jurisprudence. Le juge resterait pourtant le plus à même de construire un arsenal juridique de protection effective des discriminations multiples.

#### A. La prise en compte de l’intersectionnalité dans le droit écrit sous l’impulsion du droit international

- 32 La Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes de l’ONU (CEDAW selon l’acronyme anglais) a marqué une avancée dans la lutte contre les inégalités entre les femmes et les hommes, même si elle ne traite pas encore des discriminations multiples. Une des critiques faites à l’encontre de la Convention est ainsi qu’elle tend à traiter les femmes « en tant que groupe homogène qui partagerait la même expérience vis-à-vis de la discrimination. Cependant, la discrimination fondée sur le sexe peut avoir des intersections avec d’autres formes de discrimination et

engendrer des expériences qui ne sont pas vraiment couvertes par [cette] notion »<sup>40</sup>. Elle ne concerne en effet que les discriminations fondées sur le sexe : « Article Premier : l'expression 'discrimination à l'égard des femmes' vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme »<sup>41</sup>. Elle prend ainsi comme cadre de référence les droits dont jouissent les individus de sexe masculin pour « garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes » (article 3), « éliminer la discrimination à l'égard des femmes afin de leur assurer des droits égaux à ceux des hommes » (article 10). Un des problèmes de cette formulation est qu'elle laisse penser qu'une égalité formelle serait suffisante. C'est là la logique selon laquelle étendre aux femmes les droits des hommes feraient, de fait, disparaître les inégalités. Elle reproduit également le schéma binaire de la dualité femme/homme. Cependant, la Convention CEDAW dispose, et c'est en cela qu'elle représente une certaine avancée par rapport aux précédentes déclarations relatives aux droits des femmes et au principe de non-discrimination, que (article 5) « les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ». Cette disposition de la Convention CEDAW montre une rupture avec la logique essentialiste en reconnaissant expressément le rôle des rapports sociaux et l'ancrage dans des rapports de force tributaires d'un temps et d'un espace. Il s'agit bien d'un lien unissant les femmes et non une chose, une caractéristique, un trait intrinsèque à la condition naturelle des individus de sexe féminin. La Convention va plus loin en énumérant les mesures appropriées que les Etats parties doivent prendre pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes afin de leur assurer des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'éducation (article 10).

- 33 En mettant à la charge des Etats la responsabilité de se saisir de la vulnérabilité particulière des femmes, la Convention CEDAW semble favoriser la mise en place de « mesures proactives conçues comme des obligations exécutoires d'accomplir le droit à l'égalité »<sup>42</sup>. Le paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention dispose ainsi : « l'adoption par les Etats parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considéré comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteint ». Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, chargé de surveiller la bonne application de la Convention<sup>43</sup>, a incorporé dans sa doctrine le principe de *favor debilis*, selon lequel les Etats parties sont contraints de protéger en priorité les groupes « vulnérables », c'est-à-dire potentiellement plus affectés par les violations des droits humains et la discrimination<sup>44</sup>. En plus de l'obligation de mettre en place des mesures à caractère temporaire, le Comité a développé un autre type d'obligations à la charge des Etats parties. Les mesures à caractère structurel s'interprètent à la lumière du concept d'égalité transformative qui réclame une transformation radicale des structures sociales oppressives. Le Comité soulève l'obligation des Etats parties à la Convention de

« s'attaquer à la nature structurelle et aux diverses dimensions de la pauvreté que connaissent les femmes, en particulier les femmes rurales, les autochtones, les femmes âgées et les handicapées » et de « remédier aux causes structurelles et culturelles de la discrimination à l'égard des femmes appartenant aux groupes vulnérables »<sup>45</sup>.

- 34 La Convention CEDAW et le Comité qui en est issu montrent leur volonté de s'attaquer de manière pragmatique aux situations réelles d'inégalités dans lesquelles sont placées les femmes en raison des rapports sociaux de sexe. Sans pour autant parler de multidiscrimination, la Convention promeut une grille d'analyse des inégalités qui couvrirait les expériences des femmes et les relations entre les femmes et les hommes, non pas uniquement dans le but de proclamer le principe du droit à l'égalité formelle mais davantage dans une optique d'égalité substantielle.
- 35 Il faut cependant attendre quinze ans pour voir apparaître la multidiscrimination dans le droit onusien. L'article 32 de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes, qui s'est tenue à Beijing en 1995, dispose ainsi que les Etats s'engagent à « redoubler d'efforts pour que toutes les femmes et les filles que de multiples obstacles, tenant à des facteurs tels que race, âge, langue, origine ethnique, culture, religion, incapacités ou appartenance à une population autochtone, privent de tout pouvoir et de toute possibilité de progrès puissent jouir à égalité de tous les droits de la personne humaine et de toutes les libertés fondamentales. ». La reconnaissance des discriminations multiples a ensuite été étendue aux domaines de la lutte contre le racisme, notamment dans la Déclaration de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée<sup>46</sup>, et qui reconnaît (article 2) que « les victimes peuvent subir des formes multiples ou aggravées de discrimination fondées sur d'autres motifs connexes. ». Réapparaît ici la critique de l'axe unidimensionnel des luttes en faveur de la protection et de l'émancipation des groupes opprimés. Si chacune de ces déclarations est assortie d'une disposition relative aux multidiscriminations, elle prend comme point de repère les individus qu'elle tend à protéger en premier lieu. L'hermétisme initial des mouvements se retrouve dans le droit qui en résulte : les déclarations concernent soit l'antiracisme, soit l'antipatriarcat et l'antisexisme. Toutefois, la multiplication des dispositions relatives aux multidiscriminations montre que ces mouvements deviennent de plus en plus étanches et tendent à adopter une vision plus englobante des structures sociales oppressives, moins fondée sur un axe unidimensionnel.
- 36 Grâce au droit international, pionnier en matière de reconnaissance des discriminations multiples, le droit de l'Union a non seulement rallongé la liste des motifs de discrimination prohibés mais a commencé à incorporer le concept de multidiscriminations. La réglementation européenne antidiscriminatoire – bien qu'importante et ayant connu des développements conséquents en une dizaine d'années – n'interdit toutefois pas encore expressément les discriminations multiples et ne mentionne pas l'intersectionnalité. Les motifs de discrimination ont dans un premier temps été étendus. L'article 13 du Traité d'Amsterdam dispose en ce sens que le Conseil « peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle », motifs qui s'ajoutent au principe de non-discrimination en raison de la nationalité. L'article 141 souligne de plus le principe de non-discrimination entre les hommes et les femmes mais seulement au regard de l'égalité de rémunération. Trois directives européennes ont également

pour objet de lutter contre la discrimination et de promouvoir l'égalité. On compte ainsi la 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, la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail sans distinction de sexe, de race et d'origine ethnique, de religion ou de convictions, de handicap, d'âge et d'orientation sexuelle, et la directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail. La discrimination multicritère n'y est pas interdite mais elle y est reconnue. La directive de 2006 dispose 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 ». Or le domaine de l'emploi est le seul où soient 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). Ces motifs de discrimination n'étaient jusqu'alors pensés que séparément, et non en ce qu'ils pourraient se manifester de manière combinée. La multidiscrimination n'est cependant ni définie ni expressément interdite, elle est simplement mentionnée. Pour finir, 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.

- 37 C'est en Amérique du Nord que les multidiscriminations connaissent une plus grande reconnaissance et donc une protection accrue grâce à la création d'organes spécialisés dans la veille et le traitement des questions relatives aux discriminations multiples. La Commission ontarienne des droits de la personne, au Canada<sup>47</sup>, et, malgré une approche sectorielle fondée uniquement sur le domaine de l'emploi, la Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) aux Etats-Unis, promeuvent des bonnes pratiques et participent au débat sur l'intersectionnalité au niveau institutionnel et politique. La Commission ontarienne des droits de la personne a ainsi passé en revue la jurisprudence canadienne et salué les efforts qui ont été faits pour adopter une vision holistique des phénomènes discriminatoires. Elle relève notamment (1) 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 ; (2) l'analyse contextualisée qui prend en compte la place de l'individu dans la société et la construction de son identité propre ; (3) le recours aux statistiques pour démontrer les différences de situations entre groupes sociaux ; (4) 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 (5) 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 plaignant. La Commission s'est par ailleurs efforcée d'appliquer elle-même une approche intersectionnelle, notamment dans les directives qu'elle fournit en application de l'article 30 du Code des droits de la personne de l'Ontario qui l'autorise à préparer, approuver et publier des politiques sur les droits de la personne.
- 38 A l'occasion de son trente-cinquième anniversaire, la Equal Employment Opportunity Commission indiquait quant à elle que les changements intervenus sur le marché du travail (l'accès à l'emploi des femmes et des personnes issues de minorités) avaient fait

émergé un type nouveau de requêtes fondées sur plusieurs motifs de discrimination<sup>48</sup>. Elle doit ainsi faire face à un nombre croissant de plaintes portant sur des discriminations intersectionnelles, dont elle n'était pas été saisie auparavant. En 2006, la Commission a ainsi révisé son manuel de conformité pour inclure les « formes contemporaines de discriminations », y compris les discriminations intersectionnelles. 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<sup>49</sup>.

- 39 Ces organes spécialisés tentent ainsi de mettre fin à l'unidimensionnalité des institutions de lutte contre les discriminations qui ne concernent qu'un facteur discriminatoire sur le mode « soit...soit » et empêchent de penser tous les motifs comme « à la fois... et » pour reprendre l'expression de Sirma Bilge<sup>50</sup>.
- 40 Les évolutions législatives récentes du droit international et du droit de l'Union semblent rester principielles. Elles ne mettent pas en place un arsenal juridique permettant de lutter contre les discriminations multiples, même si elles participent à leur prise en compte par les ordres juridiques inférieurs, notamment par les Etats membres de l'Union européenne. La protection contre les discriminations multiples est en effet plus complexe qu'il n'y paraît à première vue en termes de méthodologie dans les procès au cours desquels elles pourraient être invoquées. Plusieurs questions sont ainsi soulevées relativement à la preuve de l'intersectionnalité, notamment celles de la preuve de la combinaison de plusieurs motifs de discrimination, de la hiérarchisation éventuelle de ces motifs et de l'indemnisation qui devra en résulter. Il semble donc qu'il revienne aujourd'hui au juge de définir un modèle *ad hoc*.

## B. Le travail casuistique nécessaire : le nouveau rôle du juge

- 41 « La validité du système de droit repose non sur ses effets sociaux, mais sur la combinaison adéquate des différentes productions de trois sources du droit : loi, jurisprudence, coutume. Si la loi est première, son application peut, et même doit, être guidée par la jurisprudence, qui l'adaptera à l'évolution sociale. »<sup>51</sup>. Le juge n'est plus la « bouche de la loi ». Il a de plus en plus comme fonction de veiller à ce que les lois qu'il interprète ne deviennent pas obsolètes, en prenant en compte l'évolution de la société, des mœurs, des mentalités. Il permet ainsi une approche dynamique du droit qui rend compte des préoccupations d'une société à un moment et en un lieu. Dans le cas du droit antidiscriminatoire, le rôle du juge est d'autant plus important qu'il s'agit d'un travail casuistique concret qui a pour objet l'obtention d'une réparation pour la personne qui s'en dit victime. Le juge va donc faire un travail fondé sur un régime rigoureux de preuve en examinant l'auteur, la faute et le dommage.

« La discrimination examine des cas singuliers dont elle tire des principes généraux : la jurisprudence s'invente à partir de situations concrètes et d'outils opérationnels pour les interpréter. La lutte contre la discrimination repose ainsi sur un *travail de casuistique*.

Au croisement de la dénonciation du racisme et de la critique de l'inégalité, du combat juridique et du procès en casuistique, la lutte contre la discrimination est résolument *pragmatique*. Elle vise avant tout l'efficacité immédiate. Loin des batailles idéologiques, il s'agit avant tout de permettre à la victime d'obtenir la reconnaissance du fait et la réparation du préjudice. C'est de ces victoires concrètes que sont attendus les changements sociaux »<sup>52</sup>.

42 L'édition d'une règle relève donc ici d'une méthode d'étude au cas par cas. La jurisprudence sur le droit antidiscriminatoire est une contextualisation, qui s'avère particulièrement difficile dans les cas de discriminations multiples ou intersectionnelles. Par exemple, « les procès relatifs au harcèlement sexuel ont tendance à considérer que l'origine n'aurait pas d'incidence, alors que des stéréotypes peuvent être justement liés à une origine. La nécessité d'obtenir ou de garder un emploi, c'est-à-dire les réalités sociales, interfère également. La contextualisation permet de comprendre la réalité d'une discrimination »<sup>53</sup>. Deux problèmes émergent effectivement dans ce type d'affaires. D'une part, l'approche distincte des motifs de discrimination dans les affaires de discriminations multiples pose la question de la hiérarchisation des facteurs discriminatoire. Ainsi, s'il est possible de concevoir que plusieurs discriminations soient à l'œuvre simultanément, il va néanmoins falloir statuer sur l'importance plus ou moins grande de l'un ou de l'autre. Puisque la finalité est en effet de réparer le préjudice, notamment par le biais de compensations et d'indemnités, il va falloir déterminer concrètement le préjudice subi, en apprécier la valeur et la portée, et le quantifier. En revanche, les cas intersectionnels, où les motifs de discrimination sont imbriqués et inséparables, soulèvent quant à eux la question du comparateur objectif. Le moyen fondé sur une discrimination intersectionnelle doit toutefois être soulevé par une des parties, le juge ne pouvant pas en l'état le soulever d'office. C'est à l'avocat qu'il reviendra de faire valoir la discrimination sur un seul motif ou sur plusieurs. A de rares exceptions près, le but d'un avocat n'est pas d'œuvrer pour le progrès commun des droits des femmes ou de faire avancer les sciences sociales mais répond à un besoin beaucoup plus pragmatique : celui de gagner l'affaire et d'obtenir compensation pour son client. Pourquoi dès lors saboter un cas qu'il est sûr de gagner en invoquant un seul motif de discrimination en essayant de prouver la combinaison de plusieurs motifs ? Ce serait une perte de temps, d'argent et d'énergie avec pour seul résultat de compliquer et d'affaiblir l'argumentaire. Lorsqu'une discrimination est facile à démontrer sur un motif, une démarche unidimensionnelle reste donc le moyen le plus rapide de remporter l'affaire et demeure, par conséquent, favorisée.

43 La Commission ontarienne des droits de la personne pointe deux autres limites du contentieux des multidiscriminations. D'une part, au moment du dépôt d'une plainte, le plaignant n'identifie pas toujours tous les motifs de discrimination qui ont pu intervenir dans la discrimination qu'il dit avoir subie. Certains plaignants vont ainsi indiquer tous les motifs dont ils pensent qu'ils ont pu jouer un rôle, tandis que d'autres ne réaliseront pas les possibles effets de certains motifs et n'en nommeront qu'un seul. Si, lors de l'enquête, un autre motif de discrimination se révèle déterminant, la plainte doit être changée immédiatement, mais il est parfois trop tard. La plainte devra alors être annulée et une autre plainte, reposant sur les différents motifs de discrimination invoqués, devra être déposée<sup>54</sup>. D'autre part, la Commission parle des difficultés rencontrées par les commissions des droits humains, qui peuvent être associées aux procédures, et du « cercle vicieux » de l'approche fondée sur un motif unique de discrimination.

« When decision-makers, as eminent as the Supreme Court, are struggling to apply a multiple grounds analysis, it is not surprising that human rights commissions are also having difficulty. At the same time, when commissions determine that there is sufficient evidence to proceed on a particular ground and not to pursue others, the case tends to be presented as such to the tribunal by commission counsel and will

likely be determined on that ground alone. A self-reinforcing cycle can then be established in which human rights commissions and decision-makers each play a part in perpetuating a single ground focused approach. »<sup>55</sup>

- 44 On voit ainsi que la judiciarisation des discriminations multiples et intersectionnelles connaît différents freins qui tiennent tant à la stratégie adoptée par le conseil du plaignant et à l'ordre judiciaire, qu'à la capacité du plaignant à identifier les causes de la discrimination et à la formulation de sa plainte.

### C. L'intersectionnalité, un nouvel enjeu européen dans la lutte contre les inégalités entre les femmes et les hommes ?

- 45 Depuis les années 1970, la Communauté puis l'Union européenne a mis en place des politiques de lutte contre les discriminations et les violences envers les femmes et, dans une moindre mesure, des mesures de protection des personnes ou groupes sociaux vulnérables contre les discriminations multiples. L'étude de Lise Rolandsen Agustin recense plus d'une centaine de mesures contraignantes et de rapports, études, opinions et brochures, relatives à l'égalité des genres, adoptées entre 1976 et 2011<sup>56</sup>. En 2007, la Commission européenne a publié une étude sur la lutte contre les discriminations multiples dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne<sup>57</sup>. Il en ressort que les différents acteurs de la vie publique des pays étudiés (le Danemark, l'Irlande, la Grèce, la France, la Lituanie, la Hongrie, les Pays-Bas, la Roumanie, la Suède et le Royaume-Uni) ne conçoivent pas de la même manière cette problématique. Les « pratiques, politiques et lois », comme titre le rapport, sont ainsi disparates et varient d'un pays à l'autre. Les contextes socio-économiques, les traditions juridiques, la présence de minorités plus ou moins importantes, la date d'entrée dans l'Union européenne, la facilité avec laquelle le droit européen est incorporé en droit national, les ressources matérielles, la forme et le rôle de la société civile et des médias sont autant de freins à une conception commune de l'intersectionnalité et des discriminations multiples. Par exemple, une organisation non gouvernementale roumaine va axer son discours sur les problèmes rencontrés par la société roumaine et parle ainsi de « cercle vicieux » « dans lequel se trouvent certains groupes de personnes qui ne peuvent obtenir de travail parce qu'elles sont pauvres et appartiennent à la communauté rom, souvent perçue comme paresseuse, ce qui fait qu'elles ne trouvent pas d'emploi alors qu'elles veulent travailler ! Elles restent donc pauvres et doivent recourir à d'autres moyens de subsistance, ce qui passe souvent par la criminalité, et le cercle vicieux recommence »<sup>58</sup>. Les discriminations multicritères sont perçues comme un problème dans tous les pays à l'étude mais ne sont pas appréhendées de la même façon. Des experts juridiques du Royaume-Uni, Etat membre depuis longtemps, reconnaissent que la discrimination fondée sur un motif unique telle que définie par la Cour de justice de l'Union européenne est aujourd'hui assez développée pour permettre de penser un cadre plus large et d'établir un droit qui penserait les multidiscriminations. A l'inverse, un ministre hongrois, Etat devenu membre de l'Union européenne plus récemment, émet des réserves quant à la possibilité de lutter contre les discriminations multiples car en Hongrie il est déjà difficile de lutter contre la discrimination fondée sur un seul motif, celle-ci n'étant pas encore très bien comprise. La contribution de la législation mais surtout de la jurisprudence de la CJUE à la définition de la discrimination directe et indirecte a pourtant établi dans tous les Etats membres une conception commune de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité réelle. De manière

analogue, une première étape vers la possible judiciarisation des discriminations pluridimensionnelles serait d'adopter une définition commune des différentes formes de discrimination (successives, multiples, intersectionnelles). Une directive qui viendrait les interdire expressément et étendrait le champ de l'interdiction au-delà du domaine de l'emploi, aurait comme conséquences non seulement la clarification des moyens juridiques de lutte contre les multidiscriminations, mais auraient surtout comme effet l'harmonisation du droit antidiscriminatoire dans les Etats membres de l'UE.

- 46 La jurisprudence de la CJUE contre les discriminations entre les femmes et les hommes en matière d'emploi et de travail est l'exemple même de l'approche dynamique du juge pour adapter le droit aux évolutions de la société et protéger les personnes vulnérables en raison de leur positionnement social. Le renversement de la charge de la preuve pour les entreprises<sup>59</sup> et pour les Etats membres<sup>60</sup>, les principes d'équivalence et d'effectivité<sup>61</sup> ont fait de la Cour de justice de l'Union européenne un acteur puissant du droit antidiscriminatoire. Elle prend comme appui le droit à la non-discrimination pour défendre le droit à l'égalité substantielle et non simplement à l'égalité formelle. Issue d'une logique pragmatique plus proche du droit anglo-saxon de *common law*, en opposition au droit écrit plus rigide de tradition romaine, la Cour de justice a ainsi construit une jurisprudence solide du droit antidiscriminatoire. Au niveau procédural cependant, elle ne peut rendre des arrêts que sur les affaires qui lui sont soumises et ne peut répondre qu'aux questions qui lui sont posées. Il faudrait qu'au niveau inférieur, un argumentaire soit construit sur une combinaison ou une intersection des motifs discriminatoires, cette impulsion ne pouvant venir que des avocats des plaignant.e.s. Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne a eu des opportunités de définir l'intersectionnalité et la multidiscrimination dans les cas où plusieurs motifs étaient invoqués. Elle ne les a pas pour autant saisis.

« The lack of clarity on the EU's position, definition, and policy is reflected elsewhere. For example, the case law of the Court of Justice of the European Union does not set a good example for tackling intersectionality. While the Court has had more opportunities to address intersectional discrimination with the expansion of EU discrimination grounds, it has not taken up the challenge. The so-called *Lindorfer case* that concerned the pension rights of EU civil servants has been the only case where the Court has considered discrimination on two grounds. In this case gender and age intersected but the Court did not consider any intersectional or even cumulative effects of the discrimination. »<sup>62</sup>

- 47 Malgré les mutations textuelles récentes du droit international et du droit de l'Union, une jurisprudence antidiscriminatoire qui s'adapterait aux nouvelles problématiques de l'intersectionnalité et proposerait une lecture plus fine des rapports sociaux est nécessaire. Cela apparaît d'autant plus pressant que le discours politique sur la diversité donne aujourd'hui jour à la mise en place d'instruments de *soft law*, chartes et labels d'entreprise, « objets sociaux qui contrecarrent la montée en puissance du droit de la non-discrimination mais » qui sont « à leur tour 'contre-capturés' par les pouvoirs publics »<sup>63</sup>. Marie-Thérèse Lanquetin, liant droit de l'Union, acteurs à l'œuvre et discours sur la diversité, indique ainsi que « toutes les directives adoptées depuis 2000 mettent l'accent sur la nécessité du dialogue social ainsi que sur le rôle des organisations non gouvernementales. La mobilisation se fait alors au nom de la 'diversité'. Ce thème connaît un succès très important en France, allant jusqu'à masquer les enjeux de la lutte contre les discriminations »<sup>64</sup>. Il paraît donc urgent que le droit se dote de moyens contraignants et d'une méthodologie rigoureuse pour

couper avec la logique unidimensionnelle du droit antidiscriminatoire et éviter que les proclamations textuelles ne demeurent des vœux pieux.

---

## BIBLIOGRAPHIE

- Badinter, Elisabeth, « Préface » in Thomas A. L., Diderot D., Madame d'Épinay, *Qu'est-ce qu'une femme?*, P.O.L, 1989
- Bereni, Laure, et Lépinard, Éléonore, « « Les femmes ne sont pas une catégorie » les stratégies de légitimation de la parité en France », *Revue française de science politique*, 2004/1 Vol. 54, p. 71-98
- Besson, Samantha, "Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet ?", *Human Rights Law Review* 8:4, 2008, p. 647-682
- Bilge, Sirma, « Théorisations féministes de l'intersectionnalité », *Diogenes*, 2009/1 n° 225
- Bilge, Sirma et Roy, Olivier, « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 51, 2010
- Bourdieu, Pierre, *La Distinction*, Les Editions de Minuit, 1979
- Carles-Berkowitz, Isabelle, « L'usage des lois visant à lutter contre les discriminations raciales en Belgique : une perspective de genre », *Droit et Cultures*, 56, 2008, p. 237-258
- Crenshaw, Kimberlé Williams, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, 43 (6), 1991, p. 1241-1299
- Crenshaw, Kimberlé Williams et Bonis, Oristelle, « Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur », *Cahiers du Genre*, 2005/2 n° 39, p. 51-82
- Delmas-Marty Mireille, « Droits de l'homme et systèmes de droit », *Le Débat*, 1995/1 n° 83, p. 146-151
- Duclos, Nitya, « Disappearing Women », *Canadian Journal of Women and the Law* 6, 1993
- Ellis, Evelyn, *EU Anti-discrimination Law*, Oxford University Press, 2011
- Fassin, Didier, « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, vol. 52, n° 4, août 2002, p. 403-423
- Fredman, Sandra, «Un double problème: la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne», *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 2, 2005
- Grillo, Trina, "Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master's House", *Berkeley Women's Law Journal* 10, 1995
- Jaunait, Alexandre et Chauvin, Sébastien, « Représenter l'intersection » Les théories de l'intersectionnalité à l'épreuve des sciences sociales, *Revue française de science politique*, 2012/1 Vol. 62

- Junter, Annie et Ressot, Caroline, « La discrimination sexiste : les regards du droit », *Revue de l'OFCE*, 2010/3 n° 114
- Junter Annie et Sénac-Slawinski Réjane, « Chapitre 8. La diversité : sans droit ni obligation », in *Les discriminations entre les femmes et les hommes*, Françoise Milewski et Hélène Périvier, Presses de Sciences Po « Académique », 2011, p. 199-231
- Krizsan Andrea, Skjeie Hege and Squires Judith (dir.), *Institutionalizing Intersectionality, The Changing Nature of European Equality Regimes*, Palgrave MacMillan, 2012, p. 54
- Kwan, Peter, "Jeffrey Dahmer and the cosynthesis of categories" *Hastings Law Journal*, Vol. 48, 1996
- Lamoureux, Diane « Féminisme, citoyenneté et démocratie », in *Quelle citoyenneté pour les femmes ?*, sous la dir. d'Alisa Del Re et Jacqueline Heinen, 1996
- Lanquetin, Marie-Thérèse, « 21. Un autre droit pour les femmes ? », in Jacqueline Laufer *et al.*, *Le travail du genre*, La Découverte « Recherches », 2003 p. 325-344
- Lanquetin, Marie-Thérèse, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, 2009/1 N° 21, p. 91-106
- Lanquetin, Marie-Thérèse, « Lutttes contre les discriminations dans l'emploi : panorama juridique européen », *Informations sociales*, 2009/1 n° 151, p. 52-59
- Lanquetin, Marie-Thérèse, « 21. Un autre droit pour les femmes ? », in Jacqueline Laufer *et al.*, *Le travail du genre*, La Découverte « Recherches », 2003
- Lascousmes, Pierre et Serverin, Evelyne, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et Société*, 2, 1986, p. 127-150
- Maalouf, Amin, *Les Identités meurtrières*, Grasset, 1998
- Nash, Jennifer C., "Re-thinking intersectionality", *Feminist Review* N°89, 2008, p. 1-15
- Oberdorff, Henri, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2011
- Pateman, Carole, *The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political Theory*, Polity Press, Cambridge, 1989
- Ripert, Georges, *Les Forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955
- Rivera Maldonado, Aline, « À l'intersection des discriminations structurelles : La Convention et la protection des groupes vulnérables » in Roman, Diane (dir.), *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Paris, Pédone, 2014, p. 155-180
- Rolandsen Agustin, Lise, *Gender Equality, Intersectionality, and Diversity in Europe*, Palgrave Macmillan, 2013
- Sénac-Slawinski, Réjane, « L'égalité entre les sexes dans le droit : de la discrimination justifiée à la discrimination positive – Analyse de la jurisprudence française et communautaire », *Santé, Société et Solidarité*, N° 1, 2008, p. 27-33
- Sineau, Mariette et Tardy, Evelyne, *Droits des femmes en France et au Québec, 1940-1990*, Editions du Remue-ménage, 1993
- Stirn, Bernard, Fairgrieve, Duncan et Guyomar Mattias, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Editions Odile Jacob, 2006
- Tomei, Manuela, « Sur les notions de discrimination et d'égalité au travail », *Revue internationale du Travail*, vol. 142, n°4, 2003, p. 436-452

Verloo, Mieke, "Multiple Inequalities, Intersectionality and the European Union", *European Journal of Women's Studies*, 13 (3), 2006, p. 211-228

Max Weber, *Économie et société*, éd. Pocket, coll. « Agora », 2003

Yuval-Davis, Nira, « Intersectionality and feminist politics », *European Journal of Women's Studies*, Vol.13(3), 2006

Zack, Naomi, *Inclusive Feminism: A Third Wave Theory of Women's Commonality*, Rowman & Littlefield Publishers, 2005

### Rapports et déclarations

Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, *Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007

Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.2, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2009

*Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, ONU, 18 décembre 1979.

*Déclaration de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée*, Durban, 31 août-8 septembre, 2001

Equal Employment Opportunity Commission, *The 2000s: Charting a Course for the 21st Century*, 2000. Disponible sur : <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/2000s>

Observatoire du droit européen, Service des Etudes et de la Documentation de la Cour de cassation, *Le droit communautaire et européen et la prohibition des discriminations en matière d'emploi et de travail*, février 2009. Disponible sur : [http://srvcassation/Rpvjcc/AccueilRpvjcc\\_800.asp](http://srvcassation/Rpvjcc/AccueilRpvjcc_800.asp)

Ontario Human Rights Commission, "Intersectional approach to discrimination: Addressing multiple grounds in human rights claims", *Discussion Paper*, 2001. Disponible sur : <http://www.ohrc.on.ca>

*Rapport de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes*, ONU, Beijing, 4-15 septembre 1995

Réseau européen des experts juridiques, *Document de réflexion : discrimination multiple et conflits potentiels entre les motifs*, Séminaire juridique du 25 novembre 2008 sur la mise en œuvre de la législation de l'UE relative à l'égalité des chances et à l'antidiscrimination

### Jurisprudence

Cour de justice des Communautés européennes / Cour de justice de l'Union européenne

*Seymour-Smith et Perez*, 9 février 1999, C-167/97

*Brunnhöfer*, 26 juin 2001, C-381/99

*Jørgensen*, 6 avril 2000, C-226/98

*Kachelmann*, 26 septembre 2000, C-322/98

*Rinke*, 9 septembre 2003, C-25/02

*Nikoloudi*, 10 mars 2005, C-196/02

*Feryn*, 10 juillet 2008, C-54/07

Autre

413 F. Supp. 142 (1976), *Emma DEGRAFFENREID et al.*, Plaintiffs, v. *GENERAL MOTORS ASSEMBLY DIVISION, ST. LOUIS, a corporation, et al.*, Defendants. United States District Court, E. D. Missouri, E. D., May 4, 1976

## NOTES

1. Pierre Bourdieu, *La Distinction*, Les Editions de Minuit, 1979.
2. Marie-Thérèse Lanquetin, « 21. Un autre droit pour les femmes ? », in Jacqueline Laufer et al., *Le travail du genre*, La Découverte « Recherches », 2003, p. 325.
3. Didier Fassin, « L'invention française de la discrimination » *Revue française de science politique*, vol. 52, n° 4, août 2002, p. 405 [c'est nous qui soulignons].
4. Voir notamment, CJCE, 6 avril 2000, *Jørgensen*, C-226/98 ; CJCE, 26 septembre 2000, *Kachelmann*, C-322/98 ; CJCE, 9 septembre 2003, *Rinke*, C-25/02.
5. Georges Ripert, *Les Forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 381.
6. 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.
7. Sirma Bilge, 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. 50.
8. Kimberlé Williams Crenshaw, Oristelle Bonis, *op. cit.*, p.60
9. Diane Lamoureux, « Féminisme, citoyenneté et démocratie », in Alisa Del Re, Jacqueline Heinen (dir.), *Quelle citoyenneté pour les femmes ?*, 1996, p. 47.
10. Annie Junter, Réjane Sénac-Slawinski, « Chapitre 8. La diversité : sans droit ni obligation », i Françoise Milewski, Hélène Périvier (dir.), *Les discriminations entre les femmes et les hommes*, Presses de Sciences Po « Académique », 2011 pp. 199-231.
11. Amin Maalouf, *Les Identités meurtrières*, Grasset, 1998, pp. 20-22.
12. Peter Kwan "Jeffrey Dahmer and the cosynthesis of categories", *Hastings Law Journal*, Vol. 48, 1996, p. 1275
13. Voir sur ce point: Jennifer C. Nash, "Re-thinking intersectionality", *Feminist Review*, n°89, 2008, pp. 1-15
14. Max Weber, *Économie et société*, éd. Pocket, coll. « Agora », 2003.
15. Sirma Bilge, « Théorisations féministes de l'intersectionnalité », *Diogenes*, 2009/1 n° 225, p. 72.
16. Naomi Zack, *Inclusive Feminism: A Third Wave Theory of Women's Commonality*, Rowman & Littlefield Publishers, 2005, p. 7
17. Annie Junter, Caroline Ressot, « La discrimination sexiste : les regards du droit », *Revue de l'OFCE*, 2010/3 n° 114, p. 67.
18. Voir sur ce point : *Rapport de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes*, Beijing, 4-15 septembre 1995 (Déclaration et programme d'action de Beijing suivis de Beijing + 5, déclaration politique et document final, New York, Nations Unies, 2002).
19. Sirma Bilge, *op. cit.*

20. Alexandre Jaunait, Sébastien Chauvin, « Représenter l'intersection. Les théories de l'intersectionnalité à l'épreuve des sciences sociales », *Revue française de science politique*, 2012/1 Vol. 62, p. 6.
21. Sirma Bilge, Olivier Roy, *op. cit.*, p. 53.
22. Recommandation générale n° 27.
23. Recommandation générale n° 28.
24. , Recommandation générale n° 26.
25. Marie-Thérèse Lanquetin, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, 2009/1, n° 21, p. 102.
26. Carole Pateman, *The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political Theory*, Polity Press, Cambridge, 1989, pp. 196-197.
27. Elisabeth Badinter, « Préface » in Thomas A. L., Diderot D., Madame d'Epinay, *Qu'est-ce qu'une femme?*, P.O.L, 1989, p. 47
28. Diane Lamoureux, *op.cit.*, pp. 54-58
29. Henri Oberdorff, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2011, p. 463.
30. Laure Bereni, Éléonore Lépinard, «Les femmes ne sont pas une catégorie » les stratégies de légitimation de la parité en France », *Revue française de science politique*, 2004/1, Vol. 54, p. 80.
31. Bernard Stirn, Duncan Fairgrieve, Mattias Guyomar, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Editions Odile Jacob, 2006, p 157.
32. Marie-Thérèse Lanquetin, « 21. Un autre droit pour les femmes ? », in Jacqueline Laufer *et al.*, *Le travail du genre*, La Découverte « Recherches », 2003, p. 335.
33. Voir sur la chronologie des droits des femmes dans une perspective comparée : Mariette Sineau, Evelyne Tardy, *Droits des femmes en France et au Québec, 1940-1990*, Editions du Remue-ménage, 1993.
34. Sandra Fredman, «Un double problème: la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne», *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 2, 2005, p. 14.
35. **413 F. Supp. 142 (1976), Emma DEGRAFFENREID et al., Plaintiffs, v. GENERAL MOTORS ASSEMBLY DIVISION, ST. LOUIS, a corporation, et al., Defendants. United States District Court, E. D. Missouri, E. D., May 4, 1976 [nous soulignons].**
36. Sirma Bilge et Olivier Roy, *op. cit.*, p. 57.
37. Isabelle Carles-Berkowitz, « L'usage des lois visant à lutter contre les discriminations raciales en Belgique : une perspective de genre », *Droit et Cultures*, 56, 2008, p. 239.
38. Trina Grillo, "Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master's House", *Berkeley Women's Law Journal* 10, 1995.
39. Nitya Duclos, « Disappearing Women », *Canadian Journal of Women and the Law* 6, 1993, p. 47
40. Diane Otto, « Women rights », in Sandesh Sivakumaran (ed.), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 326-327, cité par Aline Rivera Maldonado, « À l'intersection des discriminations structurelles : La Convention et la protection des groupes vulnérables » in Diane Roman (dir.), *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Paris, Pédone, 2014.
41. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, ONU, 18 décembre 1979. [Nous soulignons tous les articles].
42. Annie Junter, Caroline Ressot, *op. cit.*, p. 67.
43. Articles 17 à 30 de la Convention CEDAW.

44. Le Comité parle également des groupes de femmes « les plus vulnérables », en situation de « vulnérabilité », « particulièrement vulnérables », « les plus marginalisés », « défavorisés » ou « désavantagés ». Voir Aline Rivera Maldonado, *op. cit.*, p. 163.
45. Aline Rivera Maldonado, *op. cit.*, pp. 176-177.
46. Déclaration de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, Durban, 31 août-8 septembre, 2001.
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>
48. Equal Employment Opportunity Commission, *The 2000s: Charting a Course for the 21st Century*, 2000 : <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/2000s>
49. Section C du titre 15-IV (Related protected bases) : « Title VII prohibits discrimination not just because of one protected trait (e.g., race), but also because of the intersection of two or more protected bases (e.g., race and sex). For example, Title VII prohibits discrimination against African American women even if the employer does not discriminate against White women or African American men. Likewise, Title VII protects Asian American women from discrimination based on stereotypes and assumptions about them 'even in the absence of discrimination against Asian American men or White women'. The law also prohibits individuals from being subjected to discrimination because of the intersection of their race and a trait covered by another EEO statute – e.g., race and disability, or race and age. »
50. Sirma Bilge, Olivier Roy, *op. cit.*, p.61
51. Pierre Lascousmes, Evelyne Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et Société*, 2, 1986, p.131.
52. Didier Fassin, « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, vol. 52, n° 4, août 2002, p. 412 [texte original].
53. Marie-Thérèse Lanquetin « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, 2009/1, n° 21, p. 103.
54. Ontario Human Rights Commission, "Intersectional approach to discrimination: Addressing multiple grounds in human rights claims", *Discussion Paper*, 2001, p. 14 : <http://www.ohrc.on.ca>
55. *Ibid.*, p. 13.
56. Lise Rolandsen Agustin, *Gender Equality, Intersectionality, and Diversity in Europe*, Palgrave Macmillan, 2013.
57. Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.4, *Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007.
58. *Ibid.*, p. 34
59. CJCE, 26 juin 2001, *Brunnhofner*, C-381/99 ; CJCE, 10 mars 2005, *Nikoloudi*, C-196/02.
60. CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith et Perez*, C-167/97.
61. CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07.
62. Andrea Krizsan, Hege Skjeie and Judith Squires (dir.), *Institutionalizing Intersectionality, The Changing Nature of European Equality Regimes*, Palgrave MacMillan, 2012, p. 54.
63. Annie Junter, Réjane Sénac-Slawinski, « Chapitre 8. La diversité : sans droit ni obligation », in Françoise Milewski, Hélène Périvier (dir.), *Les discriminations entre les femmes et les hommes*, Presses de Sciences Po « Académique », 2011, p. 205.
64. Marie-Thérèse Lanquetin, « Lutttes contre les discriminations dans l'emploi : panorama juridique européen », *Informations sociales*, 2009/1 n° 151, p. 59.

---

## RÉSUMÉS

L'intersectionnalité permet de penser la façon dont plusieurs motifs de discrimination peuvent être à l'œuvre simultanément et mettre l'individu qui en est victime à l'intersection de plusieurs positions de dominé au sein des rapports sociaux. Alors qu'elle commence à être incorporée aux corpus législatifs, elle n'a pas encore été mobilisée dans la pratique contentieuse du droit antidiscriminatoire. Elle offre pourtant une lecture plus fine de la réalité sociale et permettrait de protéger les personnes placées en marge des motifs de discrimination, qui ne se pensent encore qu'indépendamment les uns des autres. Il s'agit ici de montrer en quoi l'intersectionnalité est une problématique complexe dont le droit peine à se saisir pour des raisons d'ordre tant pratique qu'idéologique.

Intersectionality brings to light the way in which several grounds of discrimination can take place simultaneously and put the victim at the intersection of multiple dominated positions within social structures. While it is slowly being incorporated into legislation, it has not yet been used in antidiscrimination law litigations. Yet intersectionality offers a more accurate reading of social reality and would protect the individuals placed at the margins of the current grounds of discrimination, which are still taken separately. The purpose here is to show how intersectionality is a complex issue which law fails to grasp for practical as well as ideological reasons.

## INDEX

**Mots-clés :** Intersectionnalité, Discriminations, Droit antidiscriminatoire, Principe d'égalité, Etudes sur le genre, Black feminism

**Keywords :** Intersectionality, Discriminations, Antidiscrimination law, Principle of equality, Gender studies, Black feminism

## AUTEUR

### JULIETTE ROUX

Juliette Roux est juriste, diplômée d'affaires européennes de Sciences Po Paris et ancienne étudiante à l'Université Paris Ouest Nanterre en droit comparé français et common law.