



HAL
open science

L'autre saisi par le droit

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. L'autre saisi par le droit. Bertrand Badie; Marc Sadoun. L'autre. Études réunies pour Alfred Grosser, Presses de Sciences Po, pp. 179-199, 1996, 2-7246-0705-8. hal-01762541

HAL Id: hal-01762541

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01762541>

Submitted on 22 Jun 2021

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

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

L'AUTRE SAISI PAR LE DROIT

Danièle Lochak
(Université de Paris X-Nanterre)

in Bertrand Badie, Marc Sadoun (dir.), *L'autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Presses de Science po, 1996, pp. 179-199

Si l'autre, c'est celui qui est différent¹, s'interroger sur la façon dont « l'autre » est saisi par le droit, c'est immédiatement être confronté à la question des différences. Comment le droit désigne-t-il « l'autre », comment la règle de droit prend-elle ou ne prend-elle pas en compte les différences ? Sous-jacente à ces questions, c'est le problème de l'égalité, du droit de tous les individus d'être traités de façon égale, par-delà leurs différences, qui est posé.

Dans la conception traditionnelle des droits de l'homme, fondée sur un postulat individualiste et universaliste, « l'autre » n'apparaît pas, ne peut pas apparaître. Les droits de l'homme sont construits sur l'idée d'une humanité abstraite, d'une « nature » humaine commune à tous les individus concrets. Tous ont donc les mêmes droits, et les droits sont les mêmes pour tous. Le droit est et doit rester aveugle aux différences.

Mais l'idéal universaliste montre vite ses limites, et la figure de « l'autre » ressurgit inexorablement. D'abord parce que, dans les faits, le droit positif ne garantit pas les mêmes droits à tous : des règles discriminatoires subsistent, qui tracent une ligne de partage entre ceux qui jouissent de certains droits et "les autres" qui n'en jouissent pas. Ces règles, énoncées à partir d'une catégorisation des individus, impliquent nécessairement une désignation de « l'autre ».

Mieux encore : pour atteindre l'idéal universaliste, pour garantir efficacement le « droit à l'indifférence », c'est-à-dire une application identique de la règle de droit à tous les individus concrets par-delà leurs différences, pour protéger les individus contre les discriminations, qu'elles résultent de la règle elle-même ou des conditions de son application, on est parfois contraint de nommer, de désigner ceux que l'on veut protéger contre une application différentielle de la règle de droit ou un traitement discriminatoire.

Mais on s'aperçoit alors que le droit à l'indifférence, à le supposer acquis, fondé sur la dénégation de l'altérité, n'est pas toujours suffisant pour assurer l'égalité. Car l'application uniforme de la

¹L'« autre » dont il sera question ici doit être distingué du « déviant ». Le premier est différent en raison de ce qu'il est, de son appartenance à une catégorie ou à un groupe ; le second, celui qui ne se conforme pas à la norme sociale dominante éventuellement sanctionnée par le droit, est différent en raison de ce qu'il fait. Il ne faut pas se cacher, cependant, la fragilité de la distinction. Commettre un délit ou consommer des drogues fait vite basculer dans la catégorie du « délinquant » ou du « toxicomane ». S'agissant de l'homosexualité, il convient logiquement de distinguer la répression de la « sodomie » qui figure encore dans la législation de nombreux pays, ou encore la répression spécifique des « actes impudiques ou contre nature (*sic*) commis avec un individu mineur de son sexe » qui a figuré dans le code pénal français jusqu'en 1982 – où c'est un acte qui est visé –, des formes de discrimination frappant les homosexuels en tant que catégorie. Foucault met l'accent sur l'importance de cette distinction lorsqu'il montre, dans *La volonté de savoir*, comment l'on est passé historiquement de l'appréhension de la sodomie comme type d'actes interdits à la catégorisation de l'homosexuel comme « personnage » : « le sodomite était un relaps, l'homosexuel est maintenant une espèce », écrit-il. Reste que, dans les faits, la mise hors-la-loi des actes homosexuels participe bien du processus global de stigmatisation et de marginalisation des homosexuels comme groupe.

même règle à tous peut produire des effets discriminatoires, en ce qu'elle aboutit soit à entériner des inégalités de fait, soit à placer certains individus, en raison de leur appartenance à un groupe minoritaire, dans l'impossibilité d'exercer effectivement des droits théoriquement reconnus à tous. Pour réparer ces inégalités, le droit est amené à prendre en compte les différences, à renoncer à la formulation universelle de la règle, à reconnaître des droits spécifiques aux membres de groupes minoritaires. Ce qui implique à nouveau de désigner cet « autre » auquel on accepte d'accorder un statut particulier, de considérer les individus non plus par rapport à ce qu'ils ont en commun mais par rapport à ce qui les distingue les uns des autres, en fonction de leur appartenance à un groupe ou à une catégorie, de reconnaître l'altérité, en somme. Le problème étant alors de savoir jusqu'où on peut aller dans la revendication ou l'acceptation de différences de traitement sans remettre en cause dans ses fondements mêmes l'idéal universaliste.

Mais si la question des différences ressurgit ainsi, n'est-ce pas tout simplement parce que les règles formulées de façon générale et impersonnelle, de portée soi-disant universelle, ont été en réalité conçues non pas en fonction d'une humanité abstraite idéalement présente dans tous les individus concrets mais pour s'appliquer à un individu « normalisé », correspondant au modèle majoritaire et/ou dominant, à savoir le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la religion majoritaires, jouissant de toutes ses facultés physiques et mentales ? C'est à cet individu, au départ, et à lui seul, qu'est reconnue l'intégralité des droits, tandis que les « autres », définis négativement par référence à cette norme-étalon, s'exposent à faire l'objet de discriminations.

Pour éradiquer ces discriminations il faut lutter simultanément sur deux fronts : faire en sorte que la règle devienne effectivement universelle, garantissant un véritable « droit à l'indifférence » ; et accepter la reconnaissance de l'altérité lorsque la prise en compte des différences par la règle de droit apparaît comme la seule façon de garantir à tous l'exercice de droits universellement reconnus.

L'impossible dénégation de l'altérité

"La loi [...] doit être la même pour tous", énonce la Déclaration des droits de l'homme de 1789, qui pose ainsi les prémisses de la société individualiste et égalitaire issue de la Révolution française. Dans cette conception, indissolublement liée à l'image d'un corps social unitaire, uniforme et homogène, mais aussi, on l'a dit, à la vision universaliste des droits de l'homme, la différence est non seulement proscrite mais niée, au nom à la fois de l'égalité et de l'unité de la nature humaine. L'égalité passe par l'uniformité de la règle applicable : tous les individus, égaux par essence, doivent être traités de façon identique.

La formulation des principes de la déclaration des droits reflète bien cette volonté d'universalité, qu'on retrouve encore aujourd'hui dans les constitutions contemporaines et dans les conventions internationales relatives aux droits de l'homme : « tous les êtres humains », « toute personne », « tout individu », « nul homme », « nul », « chacun », « tous », « quiconque »...

En dépit de cette dénégation de principe de la différence qui voudrait que soit bannie de l'énoncé de la règle de droit toute référence à l'altérité, l'autre réapparaît inéluctablement, soit comme exclu, soit comme objet d'une protection spécifique.

Désigner pour exclure

Le droit positif ne reflète pas nécessairement ces prémisses égalitaires. Des catégories entières de la population ont été traditionnellement ou sont encore exclues du bénéfice de certains droits : les "indigènes" des colonies française, les Noirs aux Etats-Unis, les femmes, les homosexuels, les membres des minorités religieuses ou nationales, ou encore, toujours et partout, les étrangers.

Ceci confirme l'hypothèse suggérée plus haut selon laquelle l'intégralité des droits n'est reconnue *a priori* qu'à l'individu qui concentre en lui les caractéristiques du modèle dominant et majoritaire — soit, en France, l'homme-national-hétérosexuel-blanc-catholique — et que tous ceux qui ne s'inscrivent pas à l'intérieur de ce modèle courent le risque d'être exclus de la jouissance de tout ou partie de ces droits. Comment ces exclusions sont-elles formulées, comment ces "autres" sont-ils désignés par le droit ?

Dans certains cas, l'exclusion est explicite, elle résulte de la formulation même des textes. Parfois, l'exclusion se lit « en creux » : il en est ainsi lorsque l'exercice d'un droit est ouvert à une catégorie délimitée de personnes – « les nationaux français » ou plus simplement : « les Français » – excluant *a contrario* ceux qui ne sont pas français ; ou encore lorsque l'accès à tel ou tel droit est subordonné à une condition – de nationalité, de sexe... - qui interdit à ceux qui ne remplissent pas cette condition d'en bénéficier. « L'autre », ici, n'est pas directement nommé, il est invisible, absent tout simplement, puisque non inclus dans la règle de droit.

Inversement, il est des hypothèses où « l'autre » est bel et bien nommé, mais pour être enfermé dans un statut à part et inférieur. On peut citer l'exemple du code civil, lorsqu'il conférait au mari la qualité de « chef de famille », en faisant le seul titulaire de la « puissance paternelle »², ou encore attachait des conséquences différentes à l'adultère de la femme et à celui du mari. Mais on pourrait citer aussi les articles du code du travail qui subordonnent l'accès à l'emploi des étrangers – et d'eux seuls – à l'obtention préalable d'une autorisation ou le décret-loi de 1939 aujourd'hui abrogé qui soumettait à un régime dérogatoire au droit commun les associations dites « étrangères ».

On trouve l'illustration paroxystique de ce même schéma dans le statut des Juifs édicté par Vichy. C'est la règle de droit, ici, qui crée de toutes pièces l'altérité en désignant certains individus comme « juifs », en inventant une nouvelle catégorie juridique, la « race » juive, laquelle commande l'application de règles spécifiques, discriminatoires et spoliatrices.

Dans ces hypothèses, la réintégration des exclus s'opérera soit en supprimant les conditions restrictives mises à l'accès à tel ou tel droit, soit en éliminant les dispositions dérogatoires spécifiques applicables à la catégorie exclue, soit encore en reformulant la règle de façon à ce que la dissymétrie antérieure disparaisse : c'est ainsi que le code civil ne mentionne plus distinctement « le mari » ou « la femme » mais uniquement « les époux ». Autrement dit, l'universalité des droits est rétablie grâce à l'universalisation de la formulation de la règle.

Mais en dehors de ces exclusions explicites fonctionnent aussi des exclusions implicites, derrière une norme qui n'a que l'apparence de l'universalité. C'est ainsi que les femmes se sont vu refuser le droit de vote à la Révolution et ultérieurement l'égal accès à la fonction publique en dépit de la Déclaration des droits de l'homme qui affirmait le droit de tous les citoyens à concourir à la formation de la loi et à accéder à tous les emplois publics. Plus près de nous, les débats

² Cet exemple est peut-être moins significatif qu'il paraît à première vue dans la mesure où, si le code civil consacre bien la domination du mari sur sa femme, ils sont tous les deux, au même titre, des éléments constitutifs du couple, de sorte qu'il est difficile de considérer la femme à proprement parler comme « autre ».

autour de la notion de couple attestent la prégnance d'une norme hétérosexuelle implicite. Il a toujours été admis que le mariage ne pouvait être valablement contracté qu'entre deux personnes de sexe différent : si cette condition n'était pas expressément formulée par le code civil, elle était présumée par les autres articles de ce code qui fixaient les devoirs respectifs du « mari » et de la « femme ». Depuis que les réformes successives ont supprimé la dissymétrie des rapports au sein du couple, le code ne fait plus référence qu'aux « époux » et plus jamais, de façon sexuée, au mari et à la femme, et on y chercherait désormais en vain une disposition s'opposant à ce qu'un mariage soit célébré entre deux personnes de même sexe ; pour autant, cette sorte d'évidence naturelle – la nature se modelant ici sur la norme hétérosexuelle dominante – selon laquelle le mariage ne peut unir qu'un homme et une femme n'a pas été remise en cause.

Mais cette « évidence » a également guidé l'interprétation de la notion de « couple » en dehors du mariage. La Cour de cassation a refusé de reconnaître que deux personnes de même sexe pouvaient mener une « vie maritale » ou vivre en « union libre », et donc d'accorder au couple homosexuel les droits reconnus au couple hétérosexuel non marié. Elle a ainsi jugé que la compagne d'une assurée sociale, bien que vivant avec elle et se trouvant entièrement à sa charge, ne pouvait prétendre à la qualité d'ayant droit : la « vie maritale », au sens de la législation, énonce-t-elle, a seulement visé « la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ». Et elle a admis pour les mêmes motifs qu'Air France pouvait refuser au compagnon d'un steward le bénéfice des tarifs de faveur accordés par la compagnie aux « conjoints en union libre » de ses agents³.

Or dès l'instant où un droit est refusé à quiconque ne correspond pas au modèle majoritaire et dominant, le « droit à l'indifférence » n'est pas respecté. Plusieurs initiatives récentes tendent au contraire à rétablir un véritable « droit à l'indifférence » par rapport à la sexualité : la loi du 27 janvier 1993 qui, en disposant que toute personne vivant à la charge effective, totale et permanente, d'un assuré social peut bénéficier de ses droits, sans faire aucune référence au lien qui lie l'assuré et la personne bénéficiaire, permet désormais, comme le précise explicitement une circulaire du 3 août 1993, d'inclure parmi les ayants droit les compagnons de même sexe ; l'initiative prise par quelques maires de France de délivrer des « certificats de vie commune » aux couples homosexuels au même titre qu'aux couples hétérosexuels (même si les effets juridiques de ces certificats sont des plus limités) ; les différents projets qui visent, sous le nom de « contrat d'union civile » ou de « contrat d'union sociale », à conférer un statut juridique plus protecteur à tous les couples cohabitants, homosexuels ou non. On pourrait aussi citer les législations des pays scandinaves, puisque le Danemark depuis 1989, la Norvège depuis 1993, la Suède depuis 1994, reconnaissent désormais un "partenariat" qui entraîne les mêmes effets légaux que le mariage, à l'exception du droit d'adopter des enfants, et dont les conditions sont assez largement calquées sur celui-ci⁴ ; mais si l'égalité des droits est ainsi rétablie, la règle ne serait véritablement universelle que si le « partenariat » concernait au même titre les couples homosexuels et hétérosexuels au lieu d'être réservé aux premiers.

Si l'élimination des discriminations qui subsistent dans la loi apparaît comme un objectif à atteindre au nom de l'idéal universaliste, il est pourtant douteux qu'on puisse aller jusqu'au bout de

³Cass. soc. 11 juillet 1989 et 11 janvier 1989.

⁴Sur le contenu de la loi norvégienne et le contexte dans lequel elle a été adoptée, voir Rune Sander Halvorsen et Annick Prieur, « Le droit à l'indifférence : le mariage homosexuel », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 113, juin 1996, pp. 6-15.

l'entreprise : on peut penser, en effet, comme le montre l'exemple de la condition des étrangers, qu'un certain type d' « altérité » continuera longtemps encore à légitimer la privation de certains droits, entraînant la persistance de la figure de « l'autre-exclu ».

Nommer pour protéger

Mais la désignation de l'autre est parfois aussi ressentie comme nécessaire pour le protéger contre la discrimination. C'est ainsi que le Préambule de 1946 proclame que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes », ou encore que « tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Le Civil Rights Act de 1964, aux Etats-Unis, prohibe aussi toute forme de discrimination liée à la race, à la religion, au sexe ou à l'origine nationale. Et les principales conventions internationales relatives aux droits de l'homme prohibent toute distinction, dans la jouissance des droits qu'elles proclament, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, l'origine nationale, l'appartenance à une minorité, etc.

Cette désignation des « autres » ne va pas sans paradoxes ni difficultés. Car pour garantir le droit à l'indifférence, il faut commencer par désigner ceux qui sont différents et qui risquent, pour cette raison, d'être victimes de discrimination, et préalablement choisir les catégories auxquelles on décide d'accorder une protection spécifique.

Ainsi, pour l'application de la clause d'égalité protection des lois édictée par le XIV^e amendement, la Cour suprême des Etats-Unis a été amenée à établir une hiérarchie entre les distinctions opérées en violation des valeurs fondamentales de la démocratie, *a priori* considérées comme non justifiables et donc inconstitutionnelles, et celles qui, quoique restreignant la portée du principe d'égalité, peuvent plus facilement trouver une justification. Toute classification « suspecte » fait l'objet d'un contrôle particulièrement strict (*strict scrutiny*), et elle ne peut échapper au grief d'inconstitutionnalité que si elle est indispensable pour atteindre un objectif essentiel ou sauvegarder un intérêt étatique vital (*compelling state interest*) et strictement proportionnée à la poursuite de cet intérêt ou de cet objectif. A l'inverse, dans le cas général, la Cour se borne à vérifier que la distinction opérée peut être rationnellement liée à un but légitime (*rational relationship test*), qu'elle n'est pas la simple traduction d'un préjugé irrationnel à l'égard d'un groupe. Entre les deux, il y a place pour un contrôle intermédiaire (*intermediate standard of review*), concernant les distinctions « quasi-suspectes » ou discutables, qui seront considérées comme constitutionnelles si elles sont substantiellement liées à un objectif étatique important. On peut dire, pour résumer une jurisprudence complexe et toute en nuances⁵, qu'est considérée comme suspecte toute distinction visant un groupe qui se caractérise par l'immutabilité de ses traits constitutifs et qui a été traditionnellement victime d'hostilité et de préjugés : dans l'état actuel de cette jurisprudence, la liste des distinctions suspectes inclut uniquement celles qui sont fondées sur la race, l'origine nationale, la religion et, avec des nuances et pour autant qu'elles ne résultent pas de la législation fédérale, celles fondées sur la qualité d'étranger ; les distinctions fondées sur le sexe ne sont considérées, quant à elles — et seulement depuis les années 70 — que comme « quasi-suspectes » ; et tous les efforts pour faire admettre le caractère suspect ou quasi-suspect d'autres classifications - qu'il s'agisse des handicapés mentaux, des personnes âgées⁶ ou des homosexuels - se sont jusqu'à présent révélés vains.

⁵ L'application du XIV^e amendement par la Cour suprême constitue l'un des chapitres traditionnellement les plus fournis des traités de droit constitutionnel américain.

⁶ Pour permettre de sanctionner les discriminations fondées sur l'âge il a fallu une intervention spécifique du législateur (loi du 15 décembre 1967).

Le fait de ne pas appartenir à une catégorie suspecte ne réduit pas entièrement à néant les chances d'obtenir l'invalidation d'une loi limitant les droits des personnes appartenant à cette catégorie. Ainsi, la Cour suprême a considéré comme inconstitutionnel le refus de laisser construire un établissement destiné à recevoir les handicapés mentaux⁷ ; et tout récemment elle a invalidé un amendement à la Constitution du Colorado qui visait à refuser de la façon la plus large aux homosexuels toute protection légale ou judiciaire contre les discriminations dont ils peuvent être victimes en raison de leur orientation sexuelle, que ce soit dans l'emploi, dans l'accès au logement, aux assurances, aux services de santé, aux établissements d'enseignement, etc.⁸ Mais dans les deux cas la Cour n'a guère eu de difficulté à constater que ces dispositions n'avaient aucune justification rationnelle et ne faisaient que traduire un préjugé irrationnel à l'égard des handicapés dans le premier cas, une animosité particulière envers les homosexuels dans le second.

Si les chances d'obtenir l'invalidation de dispositions discriminatoires sont d'autant plus grandes que l'on peut se réclamer de l'appartenance à une catégorie « suspecte », on comprend le dilemme auquel peuvent se trouver confrontés les groupes qui revendiquent l'égalité des droits. Ainsi par exemple les homosexuels devraient, pour bénéficier d'une protection plus efficace contre les discriminations dont ils font l'objet, faire reconnaître l'existence d'une minorité homosexuelle ayant les mêmes caractéristiques que les minorités ethniques ou nationales. Mais si la condition pour réclamer la protection due aux autres minorités est de subir sa condition comme on subit la couleur de sa peau ou son sexe, ceci suppose aussi de faire admettre l'idée que l'homosexualité renvoie à une différence innée, radicale, à une différence de « nature ». Et donc de se laisser enfermer dans une problématique déterministe et biologique susceptible d'engendrer des formes de mise à l'écart et de marginalisation plus lourdes de conséquences que celles qui résultent des seules discriminations juridiques⁹.

Cette hiérarchisation des différents types de discriminations ne se retrouve pas dans la jurisprudence constitutionnelle en France. Le Conseil constitutionnel interprète le principe d'égalité comme un principe d'application générale, sans distinguer *a priori* entre les différences de traitement fondées sur des critères directement prohibés par la constitution : le sexe, la race, la religion — et les autres. Il ne raisonne pas, au moins explicitement, en termes de distinctions « suspectes » ou non suspectes, même si l'on peut penser que le critère sur lequel s'est fondé le législateur pèsera sur son appréciation : dans tous les cas, il se demande si la différence de traitement est justifiée par une différence de situation et si elle est pertinente au regard de la finalité poursuivie. De sorte que s'il avait à se prononcer — ce qui ne s'est jamais produit¹⁰ — sur des textes instaurant des discriminations fondées sur le sexe, la religion ou l'origine ethnique, il lui suffirait de constater, pour les invalider, que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, ou encore l'appartenance religieuse ou ethnique, ne constitue pas une différence de situation justifiant une différence de traitement.

⁷ *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 1985.

⁸ *Romer, Governor of Colorado v. Evans*, 20 mai 1996.

⁹ Sur cette question, et plus généralement pour une réflexion sur les limites de la rhétorique des droits de l'homme dans le combat contre les discriminations, voir Olivier De Schutter, « Homosexualité, Discours, Droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (Bruxelles), n° 30/1993, pp. 83-142.

¹⁰ Concernant les distinctions fondées sur le sexe, on ne trouve guère qu'une décision qui s'y rapporte : la décision du 18 décembre 1982 sur les quotas par sexe aux élections municipales, mais qui posait plutôt - et de façon seulement sous-jacente - la question des discriminations positives. Dans une décision du 8 août 1985 le Conseil constitutionnel a été confronté à des dispositions prenant en compte l'origine ethnique des populations pour le découpage des circonscriptions électorales en Nouvelle-Calédonie, mais là encore il a préféré déplacer la question qui lui était posée sur un autre terrain (sur ce point, voir *infra*).

L'idée d'une hiérarchie dans la gravité des discriminations est en revanche présente dans d'autres textes de droit positif – notamment le code pénal et le code du travail — dans la mesure où ils ne visent et sanctionnent que certaines formes de discrimination. C'est la loi du 1^{er} juillet 1972 contre la racisme qui a introduit pour la première fois dans le code pénal des dispositions réprimant les comportements discriminatoires – refus de fournir un bien ou un service, refus d'embauche ou licenciement, refus d'accorder le bénéfice d'un droit reconnu... – lorsqu'ils sont fondés sur « l'origine » d'une personne ou sur son appartenance ou sa non-appartenance à « une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». La liste des discriminations prohibées a progressivement été allongée : en 1975 le législateur y a ajouté les discriminations fondées sur le sexe ou la situation de famille, en 1985 celles fondées sur "les mœurs", en 1989 et 1990 celles fondées sur le handicap et l'état de santé. Le nouveau code pénal permet désormais de réprimer également les discriminations fondées sur les opinions politiques et les activités syndicales : il introduit ce faisant un élargissement et une transformation de la notion de discrimination qui ne vise plus désormais seulement les personnes en raison de ce qu'elles sont, mais aussi en raison de ce qu'elles font.

Sous cette dernière réserve, l'énumération contenue dans les textes dessine bien, en négatif, le profil de celui qui n'a pas besoin d'une protection spécifique : l'individu de sexe masculin, français, hétérosexuel, etc. Le choix des catégories visées est donc significatif : un propriétaire a le droit de sélectionner son locataire en fonction de ses ressources ou de sa profession, mais pas en fonction de la couleur de sa peau ou de sa religion ; un employeur a le droit de refuser d'embaucher un salarié en raison de son âge (ce qui ne serait pas le cas aux Etats-Unis) ou de son caractère, voire de son physique, mais pas en raison de son sexe ou de sa religion.

Cet « autre », qui a droit à une protection spécifique, le législateur a parfois du mal à le nommer, dans la mesure où les mots ne sont pas neutres. La référence aux « mœurs », par exemple, est une façon ne pas désigner explicitement l'homosexualité. Mais la mise hors-la-loi de la discrimination raciale pose des problèmes encore plus délicats : car s'il est vrai que les « races » n'existent pas, qu'elles sont l'invention des racistes, l'inscription du mot dans la loi, même sur le mode de la dénégation, n'est-elle pas une façon d'entériner l'existence des races, de conférer à celles-ci une sorte d'objectivité ambiguë ?¹¹. A cet égard, la formulation du nouveau code pénal, qui se réfère à l'appartenance "réelle ou supposée" à une ethnie, une race ou une religion déterminée, est assurément plus satisfaisante car elle marque la distance prise par le législateur par rapport aux motivations subjectives des personnes dont les actes tombent sous le coup de la loi.

Il y a donc bien un paradoxe qui résulte de ce que la garantie du droit à l'indifférence passe, dans ces hypothèses, par la désignation de l'autre. A ce paradoxe vient s'en ajouter un second qui découle de ce que, pour pouvoir invoquer ces dispositions protectrices, les intéressés doivent faire la preuve qu'ils ont été victimes d'une discrimination en tant que femme, noir, juif, homosexuel, etc., ce qui les oblige à faire état de leur « différence ».

La reconnaissance ambiguë de l'altérité

¹¹Voir sur ce point les actes du colloque « Le mot *race* est-il de trop dans la Constitution française ? » qui s'est tenu en mars 1992 à Paris et dont les actes ont été publiés sous le titre : « Sans distinction de...race » dans la revue *Mots* (n° 33, décembre 1992).

Il y a donc un moment où, pour garantir l'égalité des droits, il faut prendre acte des différences. En prendre acte, d'abord, comme on vient de le voir, sur le mode de la dénégation, de façon négative en quelque sorte, pour imposer l'application uniforme de la même règle à tous. Mais en prendre acte aussi de façon positive : d'une part pour assurer une égalité véritable dont la réalisation est entravée par des inégalités de fait ; d'autre part pour respecter en chaque individu sa part d'altérité, cette part d'altérité qui fait que la règle universelle peut, par sa rigidité, le priver de la possibilité d'exercer effectivement certains droits reconnus à tous.

La différence au service de l'égalité

Il y a longtemps qu'on a pris conscience de ce que l'égalité juridique strictement entendue, l'égalité devant la loi — et une loi identique pour tous —, ne permettait pas nécessairement d'assurer l'égalité en fait. Pour compenser les inégalités de fait il faut tenir compte des différences de situation et adapter les règles applicables en fonction de ces différences. Le législateur ne cesse en pratique de découper le corps social en catégories — en fonction de l'âge, de la profession, des ressources... —, qu'il soumet à autant de régimes distincts. Le principe d'égalité, dans ces conditions, se transforme : il n'implique plus nécessairement l'uniformité de la législation et n'impose plus de traiter tous les individus de façon identique ; il s'interprète comme un principe de non-discrimination, c'est à dire qu'il proscriit seulement les différences de traitement arbitraires, illégitimes, celles qui ne sont pas rationnellement justifiées par des différences de situation.

La question est alors de savoir quelles sont les différences qui peuvent être légitimement prises en compte, et en particulier si des classifications « suspectes », au sens où l'entend la Cour suprême américaine, peuvent redevenir légitimes lorsqu'elles visent, par un traitement différencié des catégories qu'elles désignent, à rétablir une égalité de fait.

En ce qui concerne la France, le législateur a toujours fait preuve d'une très grande réticence à l'égard des « discriminations positives », consistant à introduire dans la loi des dispositions préférentielles en faveur des membres de groupes défavorisés en vue de réduire les inégalités dont ils sont victimes. Cela ne veut pas dire que rien n'est fait pour lutter contre les inégalités : l'État-providence ne cesse de distribuer aides et prestations en donnant la priorité à ceux qui en ont le plus besoin. Les bénéficiaires n'en sont cependant pas les groupes mais les individus : des individus déterminés certes par référence à des catégories, mais des catégories qui correspondent rarement à des groupes d'appartenance stables et préconstitués. Les « catégories » ont quelque chose de conjoncturel, de volatil, d'abstrait qui rassure ; les groupes ont à l'inverse une essence, une substance concrète, une permanence qui inquiètent. De sorte que les différences de traitement fondée sur des différences liées à un état temporaire ou contingent sont plus facilement acceptées que celles qui sont fondées sur des appartenances plus substantielles : prendre des mesures en faveur des jeunes ou des personnes âgées, des mères de famille ou des handicapés, paraît plus facile que d'accorder des priorités ou des privilèges aux membres d'un groupe défini par une appartenance ethnique ou religieuse ou encore aux femmes indépendamment de leur qualité de mère... ou de veuve¹².

La réticence à l'égard de toute politique de quotas en découle immédiatement. On trouve une illustration de cette réticence dans l'échec de la seule tentative sérieuse qui ait été faite pour l'introduire dans le droit public français : à savoir l'invalidation par le Conseil constitutionnel, en

¹² Voir D. Lochak, « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in *Les minorités et leurs droits depuis 1789* (collectif), L'Harmattan, 1989.

1982, d'une disposition qui aurait interdit, en vue des élections municipales, de constituer des listes de candidats dans lesquelles l'un des deux sexes — en pratique les femmes — n'aurait pas obtenu une représentation au moins égale à 25%. Les principes à valeur constitutionnelle, a estimé le Conseil, s'opposaient à cette division des électeurs ou des éligibles par catégories.

Mais même en France cette allergie à la prise en compte des différences connaît des limites. Ainsi, dans les territoires d'outre-mer, le droit continue, comme au temps de la colonisation, à opérer une distinction entre la population de statut local et celle de statut de droit commun, laquelle recouvre en gros l'opposition entre autochtones et Européens. Par ailleurs, la prise en considération, dans le statut des territoires, de l'existence de communautés distinctes dont il faut organiser la cohabitation montre que l'appartenance ethnique est ici un élément dont on peut légitimement tenir compte, alors même qu'une telle démarche serait littéralement impensable dans le contexte métropolitain et — *a fortiori* serait-on tenté de dire — dans les départements d'outre-mer, en raison du tabou qui pèse sur les considérations tirées de l'origine ou de la couleur de la peau¹³. Et parce que des politiques sociales et économiques qui ne tiendraient pas compte des clivages ethniques et des inégalités qui leur sont liées risqueraient d'être vouées à l'échec, l'origine ou l'appartenance ethnique des personnes fait partie des données dont la collecte est autorisée en vue du recensement de la population¹⁴ : on reconnaît ici, à une échelle réduite et avec des conséquences limitées, les préoccupations qui guident la politique d'*affirmative action* aux États-Unis.

La politique d'*affirmative action* a conduit à remettre en cause l'idée que la législation devait être « aveugle à la couleur »¹⁵. Pour accorder un traitement préférentiel aux personnes issues des minorités défavorisées, pour obliger ou inciter les employeurs et les universités à respecter des quotas en leur faveur, il a bien fallu en effet rétablir les classifications fondées sur la race, le sexe ou l'origine nationale que l'on avait bannies aussi longtemps qu'elles servaient à maintenir les membres de ces groupes dans leur statut d'infériorité. La question de la légitimité de ces classifications au regard du principe de *equal protection of law* a été posée à plusieurs reprises à la Cour suprême, qui lui a donné des réponses embarrassées, non exemptes d'ambiguïté. Tout récemment, sans aller jusqu'à rejeter le principe de *affirmative action* en tant que telle, elle a considérablement limité la marge d'action du législateur fédéral en décidant que les classifications sur lesquelles reposent les programmes donnant des préférences à des minorités devaient, en tant que « classifications suspectes », être soumises à un contrôle rigoureux, qui ne les fait échapper au grief d'inconstitutionnalité, comme on l'a rappelé plus haut, que si elles sont indispensables pour promouvoir un intérêt étatique essentiel¹⁶.

¹³ D'où l'embarras du Conseil constitutionnel lorsque, dans sa décision du 8 août 1985, il a eu à se prononcer sur les modalités du découpage électoral en Nouvelle Calédonie auquel les considérations ethniques n'étaient à l'évidence pas étrangères. Le Conseil s'est borné très sobrement à répondre que le législateur pouvait, dans le cadre de l'organisation particulière d'un territoire d'outre-mer, instituer et délimiter des régions en tenant compte de tous les éléments d'appréciation, et notamment de la répartition géographique *des* populations. Ce pluriel est éloquent mais il évite de prononcer le mot "ethnique" qui reste tabou.

¹⁴ La CNIL, dans une délibération du 18 janvier 1983, a autorisé la collecte et la mise en mémoire de ces informations en estimant que « la question sur l'origine ethnique, compte tenu des caractéristiques socio-démographiques propres aux TOM, est utile à la finalité du recensement dans ces territoires », notamment en vue de définir les politiques sociales et économiques à y mener, de sorte que sa mise en mémoire répond à un motif d'intérêt public.

¹⁵ Selon l'expression du juge Harlan dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Plessy v. Ferguson* (1896) pour contester la doctrine « égaux mais séparés ».

¹⁶ Pour un exposé de la problématique générale qui sous-tend la politique d'*affirmative action* et une présentation synthétique de l'évolution de la jurisprudence, voir Pierre Bouretz, « L'*Affirmative Action* ou les infortunes de l'égalité ».

L'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême reflète certes l'influence croissante des conservateurs, qui ont toujours contesté avec vigueur les programmes en faveur des minorités. Mais elle met aussi en lumière un certain nombre de paradoxes auxquels aboutit l'*affirmative action*. Le premier paradoxe, c'est le processus de « racialisation de l'autre »¹⁷ qu'impliquent les classifications : chacun est désormais catalogué, étiqueté par rapport à son origine ethnique et raciale, laquelle est mentionnée sur les bulletins de naissance, les formulaires d'inscription à l'école et à l'université, les certificats de décès, etc. En somme, pour tenter de corriger la discrimination et la ségrégation, on est conduit à accorder une importance plus grande que jamais à l'appartenance raciale des individus.

Le second paradoxe, c'est que ceux qui prêchent le plus fortement en faveur de la déracialisation sont les Blancs les plus conservateurs, tandis que les Noirs non seulement sont attachés à ces principes de classification ethnique mais défendent la règle dite de la « *one drop rule* » qui veut qu'une goutte de sang noir rende « Noir », alors qu'en sens inverse une goutte de sang blanc ne rend pas « Blanc ». La remise en cause de cette règle aboutirait en effet à diminuer l'importance numérique de la minorité noire, et donc à la fois son poids politique et la place qui lui revient dans les programmes spécifiques. Et dans la perspective du recensement de l'an 2000, on voit se manifester une demande croissante en faveur d'une classification raciale plus pointue de la part de ceux qui ne sont pas reconnus en tant que minorités : tels les Arabes, qui voudraient ne plus figurer parmi les « Blancs », ou les Hawaïens qui voudraient être décomptés à part des « Asiatiques », afin de pouvoir bénéficier à leur tour des programmes d'*affirmative action*. On se bat en somme à fronts renversés, puisque les plus hostiles aux minorités tiennent un discours apparemment universaliste alors que les victimes du racisme acceptent et même revendiquent l'exacerbation des différences.

L'objectif de l'*affirmative action* reste cependant uniquement de rétablir une véritable égalité des droits grâce à des mesures préférentielles, et non de réclamer d'être soumis à des règles de droit s'écartant du droit commun au nom d'un « droit à la différence ».

Le droit à la différence

L'ignorance délibérée des appartenances risquerait, si elle était poussée jusqu'à son terme, d'entraver l'exercice de certaines libertés. L'exemple des minorités le montre bien : les membres de ces minorités revendiquent d'abord l'égalité des droits civils et politiques, c'est à dire le droit d'être traités comme l'ensemble des autres habitants ; mais ils revendiquent aussi des droits en tant que membres de cette minorité, tels que la liberté religieuse, le libre usage de la langue maternelle, voire certaines formes d'autonomie locale. Plus fondamentalement, ils revendiquent le droit de préserver leur identité, et donc d'avoir leurs propres institutions éducatives, culturelles, religieuses. On retrouve donc bien là le même schéma dualiste : d'un côté droit à l'égalité de traitement, à la non-discrimination, droit à l'indifférence ; de l'autre reconnaissance de droits spécifiques, seuls à même de garantir la jouissance effective de certaines libertés par les membres de la minorité.

Même lorsque, comme en France, l'existence de minorités est par principe récusée, le principe d'indifférence finit par être battu en brèche. Il n'est pas besoin de pousser très loin l'investigation

té », *Pouvoirs* n° 59, 1991, p. 115. Voir aussi, sur la jurisprudence la plus récente, Cynthia Vroom, « Principe d'égalité et "affirmative action" aux Etats-Unis », *Rev. fr. de Dr. constit.*, 24, 1995, p. 805.

¹⁷ C'est le titre de l'article d'une journaliste américaine, Sylviane Diouf-Kamara, paru dans *Hommes et Migrations*, n° 1190, septembre 1995, p. 28, auquel nous empruntons les informations et certaines des analyses qui suivent.

pour s'apercevoir que les différences sont non seulement tolérées mais reconnues par le droit, y compris des différences substantielles et non contingentes, découlant de l'appartenance à un groupe constitué qui se vit subjectivement ou apparaît objectivement comme minoritaire au sein de la collectivité nationale.

L'attitude de l'État par rapport à la religion fournit l'illustration la plus typique du caractère inéluctable, même dans un pays qui se revendique de la laïcité, de la prise en compte des différences, dès lors que l'ignorance systématique des appartenances religieuses conduirait à entraver l'exercice de la liberté de conscience. Si la laïcité est d'abord un principe d'indifférence, elle ne peut se limiter à cela. La liberté religieuse suppose certes, en premier lieu, la parfaite neutralité de l'État – mais aussi des personnes privées, à commencer par les employeurs – à l'égard des croyances et convictions. Mais elle impose aussi parfois, en sens inverse, de transiger avec le principe d'indifférence afin de préserver la liberté de conscience des membres du groupe minoritaire. Le droit va devoir alors prendre en considération, de façon positive, les croyances.

Ainsi, la réglementation de l'abattage des animaux de boucherie, tout en imposant l'obligation de l'étourdissement des animaux avant la mise à mort, prévoit une série d'exceptions au rang desquelles figure l'abattage rituel. De même, alors que le calendrier des fêtes légales est en pratique calqué sur le calendrier chrétien – ce qui montre bien que la règle soi-disant universelle ne l'est pas réellement... – les membres des autres confessions peuvent être autorisés à s'absenter de leur travail les jours de fêtes religieuses juives ou musulmanes. Récemment s'est posée la question de l'opportunité de consentir des dérogations plus systématiques à l'obligation scolaire aux élèves juifs désireux de respecter le shabbat : le Conseil d'Etat a opté pour une solution de conciliation, à égale distance entre la soumission intégrale à la règle commune et l'acceptation d'un régime entièrement spécifique, en admettant la possibilité pour les lycéens juifs pratiquants de bénéficier des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice du culte, mais à condition que ces absences restent « compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement »¹⁸.

Mais on relève que dans toutes ces hypothèses il s'agit au mieux d'aménager la règle générale, comme pour l'abattage rituel où l'on a inscrit dans la loi les exceptions nécessitées par le respect des prescriptions religieuses propres aux confessions minoritaires. Dans les autres cas, les membres du groupe minoritaire sont simplement autorisés à ne pas se plier aux prescriptions en principe impératives du droit étatique : c'est le système de la dérogation au cas par cas qui prévaut, et le choix de ce système n'est pas indifférent. D'une part, en effet, la notion même de dérogation signifie qu'on ne modifie pas la règle elle-même, qu'on refuse de tenir compte des différences dans l'énoncé de la règle de droit ; de sorte que les dérogations apparaissent non pas comme un véritable droit mais comme une simple tolérance. D'autre part, pour pouvoir bénéficier de ces dérogations, les intéressés sont contraints d'accepter de se distinguer, de revendiquer ouvertement leur appartenance à la communauté minoritaire. Ceci confirme qu'il y a bien antinomie entre le droit à l'indifférence, qui implique le droit de taire ses convictions, et la possibilité pour chacun de se conformer à d'autres normes, celles qui régissent le groupe auquel il appartient, et qui est la condition de l'exercice plein et entier de sa liberté de conscience. Mais la raison de cette antinomie renvoie encore une fois au fait que la norme prétendument universelle a en réalité été édictée en fonction d'un modèle dominant et majoritaire.

¹⁸CE, 14 avril 1995, M. Koen, et Consistoire central des israélites de France, *Rev. fr. dr. adm.* 1995 p. 585, concl. Yann Aguila. La solution est en fait calquée sur le régime des autorisations d'absence dans la fonction publique, qui ne sont accordées que dans la mesure où elles sont compatibles avec le fonctionnement normal du service.

Il est vrai qu'aujourd'hui la liberté de conscience devient le support d'une revendication directement centrée sur le droit à la différence, avec l'idée que ce n'est plus la conscience qui doit se frayer une place contre les normes dominantes mais que ce sont les normes qui doivent s'adapter à la diversité des consciences. Mais si la jurisprudence fait parfois écho à cette revendication, on n'en trouve pas encore la trace dans la loi¹⁹.

A l'occasion du débat sur la parité, en France, on perçoit parfois l'écho d'une revendication de même type. L'objectif, on le sait, est de permettre une représentation égale des hommes et des femmes dans les instances politiques, ce qui suppose d'accepter de catégoriser les citoyens comme « hommes » ou comme « femmes », et donc de renoncer à la formulation universaliste de la règle de droit. Mais on peut, pour justifier la parité, recourir à des arguments de type universaliste ou de type différentialiste. Dans une perspective universaliste, la parité est simplement un moyen de rétablir l'égalité et non une fin en soi, une sorte de discrimination positive qui ne s'avoue pas comme telle, de sorte qu'on pourrait renoncer, une fois l'objectif atteint, à ce que hommes et femmes soient en nombre strictement égal dans les assemblées. Dans une perspective différentialiste, à l'inverse, la représentation égale des hommes et des femmes apparaît comme une nécessité en soi, précisément parce qu'ils sont différents. Inéluctablement surgit alors la question : en quoi sont-ils différents ? Parce qu'il y aurait des « valeurs » spécifiquement féminines, une « culture » féminine ? Mais si cette spécificité est contingente, liée aux séquelles d'une société patriarcale, elle est vouée à disparaître lorsque les femmes auront acquis dans la société une place identique à celle des hommes, et la parité elle-même n'aura plus de raison d'être. Si, au contraire, cette spécificité est essentielle, ce ne peut être que parce qu'elle s'enracine dans une différence biologique, dans une « nature » proprement féminine : tant de chemin aurait alors été parcouru pour rien.

*

Le droit, on le voit, reflète et retranscrit à sa façon les incertitudes, les contradictions, les dilemmes qui s'expriment dans la sphère politique et idéologique. La voie est étroite entre le droit à l'indifférence et le droit à la différence. Le principe d'indifférence, l'affirmation du droit absolu de tout individu à être traité comme un être humain en dépit de ce qui le différencie des autres reste un principe fondamentalement protecteur contre toutes les discriminations. La dénégation de l'altérité ne peut jamais pour autant être poussée jusqu'à son terme : il y a un moment où la reconnaissance de l'altérité, la consécration de la différence par le droit, est la seule façon de préserver l'objectif d'égalité, même si le risque n'est pas négligeable d'étiqueter ceux dont on reconnaît la différence, d'enfermer l'autre dans sa différence.

¹⁹ Voir D. Lochak, « For intérieur et liberté de conscience », in CURAPP, *Le for intérieur*, PUF, 1995.