



HAL
open science

Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit. D. Borrillo, F. Lemaire. Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre 2020, L'Harmattan, pp. 57-75, 2020, Logiques juridiques, 978-2-343-19923-8. hal-03320106

HAL Id: hal-03320106

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03320106v1>

Submitted on 6 Jan 2022

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.

Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit.

Intervention au colloque organisé les 10-12 mai 2017 à l'Université d'Angers

Danièle Lochak

professeure émérite de droit public de l'université Paris Nanterre

in D. Borrillo, F. Lemaire, *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*,
L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2020, pp. 57-75

Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations, est-ce équivalent ? La question peut paraître saugrenue, puisque la lutte contre les discriminations s'inscrit à l'évidence dans un combat général pour l'égalité. Elle fait sens, pourtant, si l'on se rappelle que pour lutter efficacement contre les discriminations on est parfois contraint de rompre avec l'égalité formelle.

Au-delà de la banalité de ce double constat, la question, posée dans le contexte français, est sous-tendue par un implicite : la culture politico-juridique française, attachée par tradition à l'universalité et à l'abstraction de la norme, serait plus encline à promouvoir globalement l'égalité – et mieux outillée pour le faire – qu'à lutter contre les discriminations qui frappent certaines parties de la population ; et ceci se refléterait dans la façon dont on écrit la loi.

On sait la très grande réticence qu'a manifestée le législateur, en France, à l'égard de toute politique qui s'apparenterait à une forme, même atténuée, de « discrimination positive ». S'il n'a pas hésité à prendre des mesures préférentielles pour lutter contre les inégalités résultant d'un état contingent – l'âge, les ressources, la situation de famille, l'état de santé... –, l'idée d'accorder des priorités ou des avantages aux membres de groupes objectivement défavorisés en prenant en compte des critères comme l'origine ethnique, la couleur de la peau ou même le sexe a toujours été considérée avec suspicion, et même hostilité, comme portant atteinte aux principes fondateurs de l'universalisme républicain.

L'objectif, ici, n'est pas de rendre compte des spécificités de la politique de lutte contre les discriminations « à la française » mais de vérifier la pertinence de l'hypothèse sous-jacente à la formulation de la question posée : selon qu'on privilégie le combat pour l'égalité ou la lutte contre les discriminations, la loi ne s'écrit pas de la même façon. Nous rappellerons préalablement comment s'articulent les concepts d'égalité et de (non-)discrimination, et nous nous demanderons en guise de conclusion si, s'agissant de la catégorie juridique du sexe qui est au cœur de nos débats, le combat pour l'égalité a besoin de la conserver ou suppose au contraire sa suppression.

I. Egalité et discrimination : quelle articulation ?

La discrimination, en droit, est une distinction ou une différence de traitement illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, et interdite puisqu'illégitime. Pour le sens commun, il y a discrimination dès l'instant où l'on traite des personnes ou des groupes de façon différente, *a fortiori* inégalitaire. Mais, d'un point de vue juridique, un comportement ou un acte ne constitue une discrimination que s'il tombe sous le coup d'une règle ou d'un principe qui le prohibe. Cette prohibition peut revêtir des formes variables, de sorte que l'on se trouve face à deux conceptions possibles de la discrimination qui cohabitent dans les textes et la jurisprudence, l'une extensive, l'autre plus restrictive.

Selon une conception extensive, la discrimination est assimilée à la violation du principe d'égalité, qui elle-même suppose une différence de traitement *non justifiée*. Dès lors, en effet,

qu'on a renoncé à l'idée que « la loi doit être la même pour tous », le principe d'égalité se lit comme un principe de non-discrimination : il n'oblige pas à traiter tout le monde de la même façon, mais interdit d'opérer entre les individus ou les groupes des différences de traitement arbitraires qui ne trouvent pas de justification « objective et raisonnable » dans une différence de situation ou dans l'intérêt général. C'est ainsi que raisonnent, notamment, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, ou encore la Cour européenne des droits de l'homme.

Selon une conception plus restrictive, la discrimination réside dans le traitement défavorable infligé à des personnes ou des groupes considérés comme particulièrement vulnérables en raison d'une caractéristique particulière (le sexe, la race ou l'origine ethnique, le handicap, l'orientation sexuelle, etc.). Cette conception, qui a fait son apparition en France avec la loi du 1^{er} juillet 1972 pénalisant la discrimination « raciale », s'est développée ensuite dans le cadre de la politique générale de lutte contre les discriminations, notamment sous l'influence du droit communautaire. On la trouve dans le code pénal et le code du travail ainsi que dans les directives prises sur le fondement de l'article 19 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). On peut qualifier cette conception de « restrictive » parce que la protection apportée par la législation antidiscriminatoire n'est pas universelle : elle ne joue que pour les catégories qu'elle énumère¹ et dans les domaines ou pour les activités expressément mentionnées².

Pour autant, les deux conceptions sont loin de s'opposer radicalement. Un lien existe toujours entre égalité et discrimination : dans le premier cas, la violation du principe d'égalité constitutive d'une discrimination ; dans le second, la prohibition des discriminations a pour objectif de sanctionner des comportements anti-égalitaires favorisés par la vulnérabilité de ceux ou celles qui en sont victimes. C'est ainsi qu'on a pu dire, à propos de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, même avant l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, que l'égalité avait une dimension axiologique et la non-discrimination un caractère instrumental : c'est en contrôlant l'absence de discrimination que la Cour concourt à assurer principe d'égalité³. Et toutes les directives prises depuis 2000 dans ce domaine comportent dans leur intitulé une référence à la « mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement ».

Mais ce qui caractérise la politique de lutte contre les discriminations – et là les deux conceptions de la discrimination se séparent à nouveau – c'est qu'elle admet, et parfois impose, au-delà de la prohibition, l'adoption de mesures « positives » visant à compenser les handicaps qui entravent les chances des personnes appartenant aux catégories ciblées comme vulnérables. Ces

¹ Même si la liste des critères prohibés tend à s'allonger indéfiniment. Ils sont par exemple énumérés à l'article 1er de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, modifiée en dernier lieu par la loi du 28 février 2017. La discrimination est définie comme la situation dans laquelle une personne est traitée de façon défavorable en raison « de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée ».

² Les directives européennes interdisent la discrimination en matière d'emploi et de conditions de travail, d'accès à la formation professionnelle, de protection sociale et d'avantage sociaux, d'accès à des biens et services ou de fourniture de biens et services, y compris le logement, en matière d'éducation. Le code pénal énumère la fourniture de biens et services, l'entrave à une activité économique et le domaine de l'emploi (embauche, sanctions, licenciement), incluant les sanctions et le licenciement. La loi du 27 mai 2008 modifiée cite l'emploi, la protection sociale, la santé, les avantages sociaux, l'éducation, l'accès aux biens et services ou la fourniture de biens et services.

³ Rémy Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ 2003.

mesures préférentielles ne sont pas antinomiques avec la prétention des droits à l'universalité puisqu'elles visent justement à les rendre effectifs pour tous. Conférant des droits spécifiques à certaines catégories de personnes, elles rompent néanmoins avec la formulation universaliste de la règle de droit qui garantit l'égalité de traitement. Et la subtilité de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de discrimination fondée sur le sexe atteste la difficulté d'articuler deux principes potentiellement contradictoires : l'égalité de traitement, ou égalité juridique, qui suppose que la loi soit aveugle au genre, et l'égalité des chances, qui débouche inéluctablement à la fois sur la prise en compte du genre et la rupture avec l'égalité en droit⁴.

II. L'écriture de la loi : de l'universalité abstraite à la désignation ciblée

En fonction de leur formulation, on peut classer les textes sur un continuum allant de la proclamation abstraite d'un principe d'égalité à la désignation très concrète des catégories vulnérables à protéger : l'indifférenciation (tous, nul, quiconque...) ; la dénomination symétrique (les hommes et les femmes, les couples de même sexe ou de sexe différent...) ; la mise en exergue d'une source de vulnérabilité abstraite (le sexe, la race, l'orientation sexuelle, l'origine ethnique...) ; la désignation explicite des plus faibles ou des plus menacés, enfin (les femmes, les homosexuels...).

A. L'indifférenciation

L'application indifférenciée de la même règle à tous, garantie formelle du principe d'égalité, trouve dans les textes deux traductions opposées : la formulation englobante ou au contraire l'invisibilisation.

1. *La formulation englobante affiche clairement la volonté d'universalité.* On la trouve dans la Déclaration des droits de l'Homme, dans beaucoup de constitutions contemporaines et dans les conventions internationales généralistes relatives aux droits de l'Homme. Ces textes proclament solennellement que les droits qu'ils énoncent valent pour « tous » ou pour « tous les êtres humains », pour « toute personne » ou « tout individu », pour « chacun » ou « quiconque » ou encore que « nul » ne peut en être privé. Il arrive toutefois que, dans un même texte, cette approche universaliste soit « mixée » ou combinée avec d'autres, comme on le verra plus loin.

2. *L'invisibilisation consiste à gommer toute référence à des différences de situation ou d'appartenance* en procédant le cas échéant à l'effacement des distinctions qui pouvaient préalablement exister dans les textes. En effet, si, pour garantir l'égalité, la loi doit faire abstraction des différences, les progrès de l'égalité doivent se traduire logiquement par l'invisibilité ou l'invisibilisation des groupes et leur intégration dans la formulation universaliste de la règle de droit.

L'exemple emblématique en est fourni par l'effacement des marques du genre dans le code civil. La sexuation des normes a été pendant longtemps le reflet de l'assignation aux hommes et aux femmes de rôles sociaux distincts et hiérarchisés, la prise en compte du genre par le droit servant pour l'essentiel à organiser l'infériorité juridique des femmes. La corrélation est particulièrement nette dans la sphère des relations privées : le code civil de 1804, qui institutionnalise l'organisation patriarcale fondée sur la supériorité masculine, énonce ainsi, par exemple,

⁴ Amenée à interpréter la directive 76/207/CE du 9 février 1976 qui incitait à prendre « des mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes », la Cour a posé en principe que les dispositions autorisant des mesures préférentielles en faveur des femmes devaient être interprétées strictement, en tant que dérogations au principe de l'égalité de traitement. Les mesures positives ne doivent donc pas garantir une priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou d'une promotion, et l'objectif d'égalité des chances ne doit pas se muer en un objectif d'égalité substantielle ou d'égalité de résultat. Voir notamment : CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, aff. C-450/93 ; CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, aff. C-409/95 ; CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, aff. C-158/97.

que « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » ou que le mari est le « chef de famille » et qu'il est seul titulaire de la « puissance paternelle ».

La marche vers l'égalité des droits au sein du couple, la suppression des prérogatives et privilèges des maris, ont donc été de pair avec une reformulation universaliste des normes qui a abouti à l'invisibilisation progressive des femmes et d'une façon générale de la différence des sexes dans le code civil. À l'issue de cette longue et lente évolution, seule subsiste la mention des droits et obligations des « époux » sur une base symétrique et égalitaire : l'égalité des droits se reflète dans la formulation des normes, désormais aveugles au genre.

Dans un certain nombre d'hypothèses, en revanche, pour garantir une application identique de la règle de droit à tous les individus concrets par-delà leurs différences et les protéger contre les discriminations, il est nécessaire de désigner ceux que l'on veut ainsi protéger et donc de rompre, de façon plus ou moins manifeste et à des degrés divers, avec la formulation universaliste de la règle.

B. La nécessité de nommer (1) : la désignation symétrique

Il y a d'abord des cas où l'on ne peut se contenter d'une formulation indifférenciée et où il est nécessaire de rompre avec elle, parce que l'apparente universalité de la norme a servi à « couvrir » des exclusions implicites : ainsi des femmes, exclues de la jouissance des droits civiques en dépit de l'affirmation par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du droit de tous les citoyens à concourir à la formation de la loi, ou encore des couples de même sexe, exclus des différentes formes de conjugalité de droit commun sur la seule base d'une norme hétérosexuelle implicite. Il a donc fallu, pour mettre fin à ces discriminations, affirmer explicitement l'égalité entre les hommes et les femmes, d'un côté, entre les couples de même sexe et de sexe différent, de l'autre.

1. La reconnaissance des droits civiques aux femmes

Contrairement à ce qui était le cas dans le code civil, où femmes étaient bel et bien nommées pour être enfermées dans leur condition d'infériorité, leur exclusion des droits civiques, dès la Révolution, s'est opérée à l'abri d'une norme – la Déclaration des droits de l'Homme – formellement universelle. De même si, dans le champ de la fonction publique, en l'absence d'un statut général, le sort des femmes est resté longtemps dans le vague, rien n'interdisait en tous cas de les recruter. En 1936⁵, le Conseil d'État a reconnu officiellement leur « aptitude légale » à occuper des emplois dans l'administration, tout en laissant à l'exécutif la possibilité de les exclure pour des « raisons de service ».

La réintégration des femmes dans le « droit commun » a donc supposé de les nommer : soit directement, lorsque le Préambule de la Constitution de 1946 proclame que « les femmes ont, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes » ; soit indirectement, comme le font la Constitution de 1946 puis celle de 1958 qui disposent, en des termes voisins, que « sont électeurs [...] tous les nationaux français majeurs, *des deux sexes* ». Le même choix rédactionnel a prévalu pour l'accès à la fonction publique : le statut de 1946 énonce que, pour son application, « aucune distinction [...] n'est faite entre les deux sexes »... sous réserve des dispositions spéciales qu'il prévoit. Treize ans plus tard, le statut de 1959 réitère dans les mêmes termes le principe d'égalité des sexes, en restreignant le champ des dérogations possibles. Ce mode de désignation symétrique à l'avantage de mettre fin à l'exclusion des femmes tout en évitant de les nommer expressément et donc en préservant une formulation universaliste de la règle de droit.

⁵ CE, Ass., 3 juillet 1936, *Dlle Bobard*.

Reste que, pour assurer aux femmes une égalité avec les hommes qui ne soit pas seulement formelle, il a fallu se résoudre à faire un pas de plus et à les désigner explicitement dans le cadre de politiques plus proactives. On y reviendra plus loin.

2. La réintégration des homosexuels dans la conjugalité de droit commun

Dans le silence des textes, seule la prégnance d'une norme hétérosexuelle implicite a conduit exclure les couples de même sexe non seulement du mariage mais aussi du concubinage. Il a donc fallu l'intervention du législateur pour réintégrer ces couples dans la conjugalité de droit commun.

S'agissant du concubinage, la cour de cassation avait 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 : la « vie maritale », au sens de la législation, avait-elle jugé, visait seulement « 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 »⁶. La loi du 15 décembre 1999, en même temps qu'elle a créé le pacs, a donc introduit dans le code civil un article 515-8 qui définit le concubinage en ces termes : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, *de sexe différent ou de même sexe*, qui vivent en couple ».

S'agissant du mariage, le code civil, formellement, n'interdisait pas le mariage entre personnes de même sexe : depuis que les réformes successives avaient supprimé la dissymétrie des rapports au sein du couple, il faisait systématiquement référence aux « époux » et exceptionnellement, de façon sexuée, au mari et à la femme⁷. Les juges ne se sont pas résolus pour autant à considérer que deux personnes de même sexe pouvaient convoler. La cour d'appel de Bordeaux, saisie de la validité du mariage de Bègles⁸, s'en était tenue à l'affirmation que « le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime, la notion sexuée de mari et femme [étant] l'écho de la notion sexuée de père et mère »⁹. Et la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi, se contentant de rappeler à son tour que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ». Elle avait ajouté, pour répondre aux requérants qui avaient invoqué la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 12 (discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'accès au droit de se marier), que la loi française ne contrevenait par là à aucune disposition de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁰. La loi du 17 mai 2013 a donc introduit dans le code civil un article 143 qui dit désormais explicitement que « Le mariage est contracté par deux personnes *de sexe différent ou de même sexe*. »

La même formulation avait été précédemment adoptée pour définir le pacs : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, *de sexe différent ou de même sexe*, pour organiser leur vie commune » (art. 515-12 du code civil). Mais cette formulation n'allait pas de soi, non plus que le choix qui la sous-tend : le choix de ne pas faire du pacs une institution réservée aux homosexuels, contrairement à ce qui était le cas dans les pays

⁶ Cass. soc. 11 juillet 1989. Et toujours dans le même sens, pourtant près de dix ans plus tard : Cass. civ. 17 décembre 1997.

⁷ L'article 75 dispose toutefois que le maire reçoit de chaque partie « la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme », ce que les juges n'ont pas manqué de mettre en avant.

⁸ Noël Mamère, en tant que maire de cette petite ville, avait accepté en juin 2004 de célébrer un mariage entre deux hommes, provoquant immédiatement de la part du ministère public la saisine du tribunal de grande instance, qui avait prononcé la nullité du mariage.

⁹ CA Bordeaux, 19 avril 2005.

¹⁰ Cass. 1^{er} civ., 13 mars 2007, 05-16.627.

qui l'avaient précédée dans cette voie. Le « partenariat » institué dans les pays scandinaves – au Danemark dès 1989, en Norvège en 1993, en Suède en 1994 – avait les mêmes effets légaux que le mariage, à l'exception du droit d'adopter des enfants, mais il était réservé aux couples homosexuels. Si l'égalité des droits était mieux assurée, le dispositif n'était pas universel avec d'un côté le mariage pour les hétérosexuels, d'un côté, et le partenariat pour les homosexuels, de l'autre¹¹.

À l'inverse, tous les dispositifs qui, en France, ont été proposés afin de conférer un statut juridique plus protecteur aux couples – depuis le « contrat d'union civile » jusqu'au « pacte civil de solidarité », en passant par le « contrat d'union sociale » et le « contrat d'union civile et sociale » – concernaient, indistinctement, les couples de même sexe ou de sexe différent. Évitant d'enfermer le couple homosexuel dans un statut à part, ils s'efforçaient donc de respecter l'exigence d'universalité. Le décret d'application de la loi de 1999 avait même prohibé initialement tout traitement statistique, même anonyme, effectué sur la base du sexe des personnes ayant conclu un pacs : théoriquement justifiée par la protection de la vie privée, cette prohibition avait aussi pour effet – sinon pour objet – de renforcer son image d'institution universelle¹². Et si on avait pu penser, à l'époque, que cette universalité était purement formelle, l'intérêt de ce statut hybride risquant d'être limité pour les couples hétérosexuels, la suite a démenti cette prévision : le dispositif a été plébiscité par ces derniers, puisque plus de 95 % des couples pacés sont des couples de sexe différent.

Reste que le pacs, tout universel qu'il soit, n'est pas le mariage, et que c'est seulement en ouvrant le mariage à tous que l'on a réellement satisfait à l'exigence d'universalité.

3. Un cas paradoxal : la formulation symétrique pour promouvoir des actions positives

Paradoxalement, la formulation symétrique est parfois utilisée dans les textes qui autorisent ou encouragent les actions positives : par exemple, on ne désigne pas expressément les femmes, alors que les avantages dont il est question, destinés à compenser des handicaps, leur sont bien destinés. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit ainsi que : « pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe d'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par *le sexe* sous représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle » (art. 157, 4^o TFUE). Puisqu'on parle de « faciliter » l'exercice d'une activité professionnelle, l'objectif est bien d'écarter les difficultés rencontrées par les femmes, et non pas simplement de rééquilibrer le *ratio* hommes-femmes dans certaines professions – rééquilibrage qui peut aussi concerner les professions où les hommes sont sous-représentés (infirmiers, instituteurs, etc.). C'est du reste la précision qu'apporte la Déclaration n^o 28 annexée au traité d'Amsterdam : « lorsqu'ils adoptent les mesures visées à l'article 119, paragraphe 4, du Traité instituant la Communauté européenne [devenu l'article 157 du TFUE], les États membre devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle »¹³.

¹¹ Par la suite, les pays qui ont instauré un dispositif similaire ont opté soit pour une solution de type scandinave, soit, comme la Belgique et les Pays-Bas, pour un dispositif « universaliste ».

¹² Revenant sur la prohibition posée en 1999, la loi du 6 août 2004 a au contraire prévu l'établissement par les tribunaux d'instance de statistiques semestrielles relatives au nombre de pactes civils de solidarité conclus dans leur ressort, en distinguant les pactes conclus entre des personnes de sexe différent, entre des personnes de sexe féminin et entre des personnes de sexe masculin.

¹³ À son tour, la directive « refonte » 2006/54/CE du 5 juillet 2006, dans son considérant n^o 22 rappelle : « Étant donné la situation actuelle et compte tenu de la déclaration n^o 28 annexée au traité d'Amsterdam, les États membres devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle ». Ce qui va sans dire va encore mieux en le disant...

Dans le même sens, on relève que la mise en place de la parité, en France, présentée comme le type même d'une action positive, voire (de façon à notre sens contestable) d'une discrimination positive, s'est faite sous le couvert d'une formulation symétrique : formellement, la parité ne fait pas un sort spécial aux femmes puisque le législateur est seulement invité par la Constitution à favoriser « l'égal accès *des femmes et des hommes* aux mandats électoraux et aux fonctions électives ». Mais le paradoxe, ici, s'explique aisément : ce mode de rédaction est un hommage que le vice (la catégorisation des citoyens en « hommes » et « femmes ») rend à la vertu (l'universalisme abstrait). C'est une façon d'atténuer l'impact de la transgression, de convaincre et de se convaincre que l'introduction du genre ne trahit pas les principes républicains.

C. La nécessité de nommer (2) : l'énonciation de critères de vulnérabilité

On s'écarte encore un peu plus de la formulation abstraite du principe d'égalité avec un mode d'énonciation catégoriel mettant en exergue la vulnérabilité de certains groupes. Là encore, l'objectif est universaliste : garantir l'effectivité véritable des droits proclamés sur une base d'égalité ; mais le mode de rédaction ne l'est pas puisqu'il consiste à énumérer des catégories de personnes considérées comme particulièrement exposées à la discrimination. Ces personnes sont toutefois désignées ici par une caractéristique abstraite correspondant au « critère » prohibé – le sexe, la race ou l'origine, la religion, l'orientation ou l'identité sexuelle, l'âge... – sans que soient directement nommés les femmes, les noirs ou les arabes, les juifs ou les musulmans, les homosexuels ou les transgenres, les jeunes ou les vieux.

On rencontre ce mode énonciation dans deux contextes assez différents : soit en complément d'une formulation universaliste, soit pour assurer une protection spécifique aux victimes potentielles de discriminations.

1. Dans le premier cas, le fait de nommer vise à en quelque sorte à *conforter l'exigence d'universalité des droits*. L'article 2.1 de la Déclaration universelle de 1948 rappelle ainsi que : « 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 ». Les deux Pactes de 1966 sont rédigés sur le même modèle : les États s'engagent à respecter et à garantir les droits reconnus « sans distinction aucune, notamment de [suit la même énumération] ». L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme dispose de même que « la jouissance des droits et des libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Mais cette énumération – qui d'ailleurs ne se veut pas exhaustive, comme l'indiquent les termes « ...ou de toute autre situation » ou « notamment » – n'implique pas une protection exclusive ni même spécifique des catégories ainsi désignées. Ces dispositions sont interprétées comme l'expression d'un principe général d'égalité et le juge, quand il est saisi sur leur fondement, évalue la légitimité des différences de traitement à l'aune d'un critère uniforme : l'existence ou non d'une justification objective et raisonnable, quel que soit le critère ou la caractéristique qui fonde la différence de traitement critiquée. Autrement dit, le juge raisonne de la même façon que si cette énumération n'existait pas. Elle n'a d'autre fonction que de renforcer l'idée d'universalité.

2. On retrouve aussi le mode d'énonciation catégoriel dans un contexte très différent, où il répond à la nécessité de mieux protéger les victimes potentielles de discrimination. La législation mise en place dans le cadre de la politique de lutte contre les discriminations s'éloigne en effet de la formulation universaliste canonique considérée traditionnellement comme la mieux à même de garantir l'égalité. Ce qu'on perd en généralité, on entend le regagner en effectivité,

d'autant que la prohibition des comportements discriminatoires s'accompagne de dispositifs sanctionneurs allant bien au-delà du simple constat, souvent platonique, de la violation du principe d'égalité.

C'est la loi du 1^{er} juillet 1972 contre le racisme qui a introduit pour la première fois dans le code pénal des dispositions réprimant les comportements discriminatoires 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 loi du 11 juillet 1975 a ajouté à la liste des critères prohibés le sexe et la situation de famille, et cette liste a encore été allongée au fil des réformes, témoignant de l'intensification de la lutte contre les discriminations et de l'extension de son champ d'application¹⁴, tandis qu'un dispositif parallèle était incorporé au code du travail¹⁵. En interdisant la prise en compte par les employeurs, les logeurs, les commerçants ou l'administration des caractéristiques énumérées, on vise à garantir le « droit à l'indifférence ». Il y a néanmoins quelque paradoxe à ce que cette garantie passe justement par la prise en considération de l'appartenance des individus à une catégorie ou un groupe et que, pour pouvoir se réclamer de la protection prévue par les textes, on ait besoin de faire valoir qu'on a été victime d'une discrimination en tant que femme, noir, arabe, juif, musulman, homosexuel, etc.

Le droit européen s'est développé sur un modèle analogue. À l'origine, le traité de Rome proscrivait les discriminations fondées sur la nationalité, d'un côté, imposait le principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, très vite étendu à l'ensemble des conditions de travail et d'accès à l'emploi, de l'autre. Le traité d'Amsterdam a intégré dans les compétences de l'Union européenne la lutte contre toutes les formes de discrimination et prévu que le Conseil pourrait 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 » (art. 19 TFUE). Sur ce fondement, cinq directives ont été adoptées qui proscrivent respectivement : les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique ; les discriminations en matière d'emploi et de travail fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ; les discriminations entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ainsi que dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services¹⁶.

¹⁴ Art. 225-1 du Code pénal dans sa rédaction issue de la loi du 18 novembre 2016 : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée ».

¹⁵ Art. L. 1132-1 du code du travail : « Aucune personne ne peut [...] faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, [...] en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français ».

¹⁶ Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail [les critères concernés sont : religion ou convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle] ; directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ; directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et dans la fourniture de biens et services ; directive 2006/54/CE du 5

À partir du moment où la lutte contre les discriminations inclut l'éventualité d'actions positives, on est conduit à désigner plus concrètement les groupes sur lesquels seront ciblées les mesures spéciales.

D. La désignation explicite des groupes cibles

La désignation des groupes cibles paraît relativement aisée s'agissant des femmes, même si des effets pervers peuvent en découler ; elle s'avère plus délicate dans les autres hypothèses.

1. Les femmes

La législation européenne oscille entre une rédaction symétrique : « *les hommes et les femmes* », « *chaque sexe* » et une formulation plus directement axée sur la protection des femmes contre les discriminations. On retrouve celle-ci non seulement lorsqu'il s'agit de tenir compte de la grossesse et de la maternité, mais aussi lorsque sont envisagées « des mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ».

Le code du travail français, qui transpose sur ce point les directives, rappelle en des termes voisins que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe ne fait pas obstacle « à l'intervention de mesures temporaires prises *au seul bénéfice des femmes* visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes » (art. L. 1142-4). Les entreprises ont l'obligation de produire un rapport annuel sur la situation comparée des hommes et des femmes en matière d'emploi et de formation, comportant des indicateurs chiffrés, et sont selon les cas incitées à adopter ou tenues d'adopter des plans d'égalité professionnelle contenant des mesures de rattrapage provisoires en faveur des femmes.

La Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a opté pour une focalisation explicite sur le sort des femmes, mais la question a fait débat et qu'un des points de désaccord au cours des négociations a porté justement sur la question de savoir si le texte devait traiter uniquement de la discrimination à l'égard des femmes ou de l'ensemble des discriminations fondées sur le sexe¹⁷. À l'appui de la première option était mise en avant la spécificité de la domination masculine et de l'infériorisation des femmes ; leur situation dans la société, leur double rôle au foyer et au travail et dans la maternité impliquaient l'adoption de mesures qui leur soient spécialement destinées. En face, on plaidait au contraire pour une convention asexuée, insistant sur le fait que toute forme de discrimination fondée sur le sexe doit être éliminée, quelles qu'en soient ses victimes et pointant que des mesures spéciales de protection des femmes n'avaient bien souvent servi qu'à rabaisser leur condition, à perpétuer les discriminations et à écarter les hommes de leurs responsabilités familiales. Finalement, le choix a été fait d'une convention catégorielle tout en circonscrivant le champ des mesures sexospécifiques, de crainte qu'elle ne renforcent l'image d'une femme naturellement faible : les mesures spéciales concernant la grossesse et la maternité ont été encadrées afin d'éviter qu'elles ne renforcent les stéréotypes ; et si la convention autorise les États à prendre des « mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes », c'est à la condition expresse qu'elles soient abrogées une fois les objectifs atteints.

juillet 2006 relative à la mise en œuvre de l'égalité de chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

¹⁷ Sophie Grosbon, « Splendeur et misère de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », in D. Roman (dir.), *La convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Pedone, 2014, spéc. pp. 26-27

2. Qui d'autre ?

Ce modèle est-il transposable à d'autres catégories que les femmes ? Peut-on imaginer des actions positives ciblant spécifiquement des personnes ou des groupes en fonction, par exemple, de la couleur de leur peau ou de leur religion, ou encore les homosexuels ?

Concernant ces derniers, on peut, comme on l'a rappelé plus haut, citer l'exemple des « partenariats enregistrés » qui ont été mis en place, dans plusieurs pays, exclusivement pour les couples de même sexe. Mais il n'y en a guère d'autre.

La directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 dite « emploi » prévoit que, « pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter de mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à [la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle] » (art. 7). On voit bien comment le handicap ou l'âge peut donner lieu à des mesures spécifiques, mais on a plus de mal à imaginer en quoi elles pourraient consister concernant l'orientation sexuelle ou la religion. À moins de considérer comme des actions positives certains « accommodements raisonnables » (pour utiliser la terminologie canadienne), tel le droit accordé aux salariés de ne pas travailler les jours de fête religieuse ou celui de porter un foulard ou un turban, ce qui est à notre sens discutable.

La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 dite « race » est rédigée dans les mêmes termes : « Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique » (art. 5). Concrètement, les actions positives de ce type impliquent de pouvoir disposer de données statistiques permettant d'évaluer la discrimination – et en particulier la discrimination indirecte – liée à la « race » ou à l'origine ethnique. Certains pays européens, à l'instar des États-Unis, comme le Royaume Uni et, jusqu'en 2004, les Pays-Bas, se sont dotés d'outils statistiques reposant sur des nomenclatures qui intègrent des données comme la race, l'origine nationale, la couleur de la peau ou la religion. Le but est d'évaluer l'impact des pratiques des entreprises ou des institutions publiques sur les individus en fonction de leur appartenance à tel ou tel groupe et, dans le cas où il apparaît que ces pratiques désavantagent les personnes appartenant à l'un de ces groupes, de prendre les mesures propres à rétablir l'égalité.

Mais si la chose n'est donc pas infaisable techniquement, on sait les très vives controverses qu'a provoquées en France la question des statistiques ethniques et la résistance qu'on continue à opposer sur ce terrain aux pressions exercées par les instances européennes (ainsi d'ailleurs que par le Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale). L'attachement à un modèle républicain qui entend rester « aveugle » aux origines reste le principal obstacle à leur mise en place, plus encore que les difficultés objectives propres au recueil, à la mise en mémoire et au traitement de données particulièrement sensibles.

III. Le sexe : une catégorie juridique pertinente... ou inutile ?

Si la « race », comme catégorie juridique, sent le soufre, il n'en va pas de même *a priori* du sexe. Sa pertinence est pourtant contestée au regard de l'exigence d'universalité. La question a été mise en exergue à l'occasion du débat sur la parité. Émerge aujourd'hui, dans le cadre de la défense des droits des personnes transgenre et intersexe, une revendication plus radicale, tendant à la suppression du sexe comme catégorie pertinente de l'état civil.

A. Promouvoir l'universalité par la prise en compte de la dimension sexuée de l'humanité ?

La conquête de l'égalité dans la sphère politique s'est réalisée, en France, par la promotion du citoyen abstrait, détaché de tout particularisme. L'idée de catégoriser les citoyens en

hommes et femmes a donc été violemment combattue parce qu'elle rompait avec la conception française d'une citoyenneté transcendant les appartenances de sexe, de classe ou de groupe, et le paritarisme a été accusé d'introduire dans la constitution un ferment mortel pour le modèle républicain.

La parité peut toutefois se justifier dans une perspective universaliste puisqu'elle vise à permettre aux femmes d'exercer effectivement leurs droits, confortant ainsi la dimension universelle de la citoyenneté. Appréhendée comme un moyen de rétablir l'égalité et non comme une fin en soi, elle est assimilable à une action positive, essentiellement temporaire, à laquelle on peut et même on doit renoncer une fois le « rattrapage » effectué, sans s'attacher à ce que hommes et femmes soient en nombre strictement égal dans les instances de pouvoir. Les promotrices de la parité ont toutefois raisonné autrement, en faisant valoir que l'individu abstrait devait être repensé comme étant sexué : l'humanité étant composée de deux moitiés, masculine et féminine, elle s'incarne dans des hommes *et* des femmes et les deux sexes doivent pour cette raison être représentés à égalité au niveau politique.

B. Promouvoir l'universalité par la suppression du sexe comme catégorie juridique ?

Peut-on imaginer, à l'inverse, que les normes juridiques – à commencer par l'état civil – puissent devenir radicalement indifférentes au sexe ? La question est posée aujourd'hui, en lien avec les revendications des personnes intersexe ou transgenre, mais elle a une portée théorique plus générale.

A priori, si le droit distingue les sujets de droit en fonction du sexe, c'est parce qu'il tient compte d'une réalité biologique fondamentale : l'existence des hommes et des femmes. Mais le fait qu'il y ait deux sexes biologiques – à supposer même qu'il n'y en ait que deux, ce que contredit l'existence des personnes intersexe¹⁸, n'implique pas nécessairement d'en faire des catégories juridiques.

Les catégories juridiques entretiennent avec les catégories de l'expérience courante un rapport variable : la part respective du « donné » et du « construit » dans leur constitution est très inégale, depuis celles qui sont intégralement construites par et pour le droit (telle l'hypothèque) jusqu'à celles qui, collant étroitement au réel, se bornent à formaliser des situations qui ont une existence empirique, comme le mariage, ou qui appartiennent au champ de l'évidence, comme, justement, la distinction homme/femme. Mais même lorsque les catégories du droit paraissent n'être qu'un reflet fidèle de la réalité empiriquement observable, il y a toujours, à l'origine de leur formation, un choix du législateur qui décide de d'attacher des conséquences juridiques à telle ou telle donnée du réel.

Et la transformation d'une notion en catégorie juridique n'est jamais neutre. D'abord parce que cette transformation, qui consiste à introduire la notion en question dans le corpus normatif et à lui faire produire des conséquences juridiques répond à certains objectifs, allant des plus pragmatiques aux plus idéologiques. Ensuite parce que cette transformation produit à son tour des effets non seulement pratiques mais symboliques.

Lorsque le droit assigne aux individus une identité sexuée – homme *ou* femme –, il ne fait en apparence qu'entériner un fait de nature. Pourtant, c'est le droit et non la nature qui, en divisant les sujets de droit en « hommes » et « femmes », institutionnalise la différence des sexes ; c'est le droit qui décide de faire découler des conséquences de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, de faire de cette distinction un critère pertinent pour conférer droits et obligations. En résumé, ce n'est pas parce que les hommes et les femmes existent comme catégories biologiques, sociales ou anthropologiques qu'ils doivent nécessairement exister comme catégories juridiques : la division *juridique* des sexes ne va pas de soi.

¹⁸ Cette dualité n'est pas remise en cause par l'existence de personnes transgenre ; elle l'est, en revanche, par l'existence des personnes intersexe.

Il n'y a donc pas d'obstacle théorique à ce qu'on décide de se passer du sexe comme élément pertinent de l'état civil. Le paradoxe, c'est que cette revendication surgit au moment même où l'on assiste parallèlement à un mouvement de « resexualisation » des normes juridiques, destiné à donner son plein effet à la lutte contre les discriminations.

Le droit n'a décidément pas fini d'être tiraillé entre le combat pour l'égalité et la lutte contre les discriminations.