
Jamil SAYAH

LE PRINCIPE D'EGALITE SOUS L'EMPRISE DU TERRITOIRE

Le principe d'égalité sous l'emprise du territoire

L'égalité est un principe fondamental inscrit dans tous les textes relatifs aux droits fondamentaux: mais loin s'en faut que tous les textes et toutes les pratiques lui donnent le même sens. Comment s'en étonner? Au cours de l'histoire, ce principe a été au centre des évolutions que les sociétés, notamment occidentales, ont connu. C'est en son nom que la différenciation entre des sociétés modernes et celles qui ne le sont pas s'effectue. Aussi, le plus difficile problème est-il celui du sens et de la signification de l'égalité. Ce que veulent les individus c'est être libres et égaux. Dès lors, il convient de se demander quelle est la nature de la relation à l'Autre dans la société. Cette relation est la pleine réalisation de la subjectivité qui ne s'achève que par la totale reconnaissance de soi dans l'Autre. L'égalité en quelque sorte ne peut s'atteindre comme paradigme que par la détermination objective des conditions créant un traitement égalitaire. La vie sociale n'est donc pas une limitation, mais un contexte de réalisation de l'égalité⁴¹. Celle-ci ne pourrait demeurer individuelle et intérieure; elle implique reconnaissance de l'homme par l'homme. Toutefois, pour que cette reconnaissance soit conforme à la modernité, il faut qu'elle soit égalitaire. On pourrait même définir l'égalité comme la réalité supérieure que fait naître la relation à l'Autre. On peut donc parler d'un traitement égalitaire. Ainsi, la non discrimination devient la première incarnation des droits humains. Ce qui

⁴¹Tocqueville, De la démocratie en Amérique, (Biographie, préfacé par F. Furet), Paris, 1981, t. 1.

signifie que le regard que porte l'homme sur son semblable est un acte essentiel dans la relation en tant qu'elle enveloppe et pose la vérité des déterminations subjectives. C'est l'expression du «lien social» devenu principe juridique. La non discrimination est donc à la fois ***obligation normative*** et ***état d'esprit***. L'individu devient en même temps pourvoyeur d'égalité et producteur de discrimination.

Ainsi, le principe d'égalité est l'un des premiers principes juridiques que doit comporter un Etat de droit. A sa base il y a l'acte par lequel, transcendant toutes les différenciations: ethnique, religieuse, culturelle...), les individus doivent se trouver sur le même pied d'égalité. Le traitement inégalitaire n'exprime qu'une illégalité juridique et une pathologie sociale. Bref, il n'est qu'une situation qui doit être vite dépassée; la fin poursuivie est l'égalité entre les êtres. Dans ce mouvement de reconnaissance mutuelle, les particularismes disparaissent pour donner naissance à une réalité juridique nouvelle résultant de l'obligation de ne pas discriminer et qui va constituer la substance la plus intime de la relation humaine. Cette réalité est proprement l'essence du lien social conçu en tant qu'espace normatif. Son caractère coercitif représente moins le but de son instauration que l'objectivation de sa valeur, non la fin recherchée, mais l'épanouissement de la relation à l'Autre. Le traitement égalitaire permet à l'homme de prendre sous la forme de l'autre, conscience de sa dignité⁴². La dignité de la personne humaine est à la réalité de l'égalité ce que l'acte est à la vérité de l'intention. Ainsi, le principe d'égalité devrait être tout autre chose qu'une reconnaissance formelle: c'est une réalité substantielle, une obligation normative et une manière d'agir. L'erreur du positivisme est d'appréhender l'égalité uniquement dans sa dimension formelle. Celle-ci est certes nécessaire, mais insuffisante pour rendre le principe universel dans sa confrontation au réel.

⁴² G.Burdeau, Traité de science politique, tV: Les régimes politiques, LGDJ, 1985.

La reconnaissance uniquement légale du principe montre qu'elle est insuffisante et n'exprime point la totalité du principe.

Il faut alors renverser le rapport entre le principe et sa mise en œuvre. Au lieu de faire de la reconnaissance juridique du principe (d'égalité) la suprême réalité, il faut partir de sa mise en œuvre pour apprécier son effectivité. Dès lors c'est par sa confrontation au réel que le principe parvient à son épanouissement. Le principe d'égalité, qui repose sur la vie commune, ne saurait être conçu en dehors du réel. Cela implique essentiellement qu'aux yeux des individus, membres de la société démocratique, il ne doit subsister entre eux aucune forme de discrimination qui soit non seulement reconnue par le droit mais surtout tolérée par la pratique. Cette égalité réelle implique le rejet de toute représentation au sein de la société conçue comme porteuse de hiérarchie discriminatoire. C'est ce caractère premier et essentiel, proprement radical du rapport de l'homme à l'homme, qui permet à la société de se débarrasser de toutes les formes d'inégalité. Mais pour pouvoir établir cette égalité réelle, il faut introduire des différenciations légales. Il en vient tout naturellement à penser que le dépassement du formel exige la reconnaissance de la discrimination comme résultante du réel. Ainsi ne peut-on appréhender l'égalité en elle-même que par le prisme de sa différenciation. Ce qui porte l'espoir de l'égalité, c'est *l'équité*. Sans doute, l'organisation se répercute-t-elle en elle et le principe d'égalité devient-il réel. Mais malgré ses apparentes contradictions ou plutôt à travers elles, l'équité réalise peu à peu l'égalité sociale avec primauté des éléments personnels.

C'est par là que se prépare une véritable promotion de la différenciation (territoriale, économique, ethnique...) comme seul moyen d'atteindre l'égalité vraie. Quand elle aura abouti, cette égalité enfantera un lien social dépourvu de toute discrimination. Car, selon les défenseurs de cette conception, l'égalité légale dissout l'égalité. Elle ne fait que donner

l'illusion d'une société égalitaire. Il serait hypocrite, et même vain, d'exiger d'elle la réalisation d'une véritable égalité. Seul le réel, consécutif à la prise en considération des faits générant les discriminations, peut définitivement libérer l'égalité de ses limites : la lutte contre les inégalités ne peut être supprimée tant que subsiste la distinction entre le légal et le réel. Mais une fois le rapprochement entre ces deux catégories d'égalité effectué, il y aura une nouvelle prise de conscience qui aboutira à une forme d'égalité «supérieure». Dans une société, par-delà la situation sociale des individus et de leur origine (ethnique, religieuse, culturelle...), la pleine reconnaissance de l'égalité globale supprimera naturellement les inégalités qui peuplent les rapports sociaux. Pour ce faire, la promotion de l'égalité sera mise sur agenda pour se transformer en objet de politique publique. La boucle est alors bouclée. Le politique pénètre l'espace relationnel privé pour promouvoir *«l'égalité des chances»*.

En ce sens, l'Etat doit se donner les moyens de connaître qui est discriminé, en quelle proportion, que ce soit en fonction du sexe, de l'âge ou de l'origine visible. Ce qui signifie que c'est l'Etat qui doit créer les conditions objectives pour imposer l'égalité à tous les niveaux de la société. Résultat, une politique publique de lutte contre les discriminations ne peut être efficace que si elle est doublement armée⁴³. D'une part, elle doit être porteuse d'une obligation de résultat pour pouvoir atteindre l'efficience par la médiation d'une évaluation systématique de son résultat, et d'autre part, elle doit inverser la relation entre la fin et les moyens, c'est-à-dire elle doit faire de la promotion de l'égalité une fin et non uniquement un moyen. Ainsi, la finalité de cette politique publique consiste à s'élever, pour employer le langage comtien, de la sociabilité à la personnalité. D'où le rôle irremplaçable de la loi comme outil de promotion de l'égalité.

⁴³ Y. Sabeg, L'égalité et l'équité délaissées, Libération, 27 juin 2006.

Or peut-on «*changer la société par décret*»⁴⁴? Le développement de l'esprit égalitaire est avant tout développement de ses conditions. L'idée d'enracinement social et politique de l'égalité dérive directement de cette hypothèse. L'égalité est ce qui fait passer la société de l'incohérence sociale à la cohérence politique. Elle tend à rectifier ou même à prévenir les divagations spontanées de notre attitude discriminatoire, les disposant davantage à la subordination normale du subjectif à l'objectif. La loi s'impose alors comme le seul outil de cette politique. La discrimination devient, d'une part, le non respect de l'altérité, et d'autre part, le non respect de la loi. Dès lors cette dernière doit réprimer toute volonté discriminatoire. Toute la politique relative à la lutte contre les discriminations n'est qu'une concrétisation législative de cette idée: pour agir comme pour décider, il faut obéir à la loi. Toutefois, pour être efficace, une loi (relative à la lutte contre les discriminations) doit en même temps nous faire peur et nous rendre intelligent. La générosité du principe d'égalité et la généralité de son applicabilité vont toujours de pair. La loi doit alors faire œuvre de pédagogie, c'est-à-dire être régulatrice de nos pensées errantes: elle est ainsi maîtresse de d'objectivité. Le développement de l'esprit égalitaire est avant tout une œuvre éducative. La vertu égalitaire c'est avant tout une pédagogie. Aussi, on doit seulement inverser les schèmes en valorisant la singularité: rien ne doit être négligé pour défendre la vertu égalitaire comme paradigme d'une société en mutation. Cette question est importante, car selon une certaine rhétorique l'Etat devrait se contenter de garantir l'égalité des chances sur «la ligne de départ»; en revanche, il n'est en aucun cas responsable de son effectivité réelle. Cette hypothèse, qui consiste à distinguer au sein du principe la part qui incombe à l'Etat de celle qui relève de la responsabilité de chacun (individuellement ou collectivement), contribue à limiter la corrélation entre le légal et le réel. C'est à la solidité de

⁴⁴ Cette expression est employée par Michel Crozier.

cette corrélation que la l'ordre normatif doit s'atteler pour mieux reconstituer la tracabilité de la discrimination. D'où l'intérêt d'analyser l'apport de la reconnaissance juridique du principe d'égalité pour après réfléchir sur sa confrontation au réel.

L'égalité légale: l'apport de la forme

Dans un Etat de droit, le principe d'égalité est pour la perception d'une vérité qui participe en quelque manière à l'essence sacrée dont l'instauration est le plus noble effort de l'ordre juridique. Il nous faut insister sur ce sens profond de la Révolution de 1789, car on peut lire en lettre d'or dans son article premier:

«Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit...». Cette affirmation commande l'installation d'un ordre nouveau. Le sacré change de sens. Cela signifie que le système juridique impose un type d'organisation sociale dont les institutions politiques se trouvent dans l'obligation de promouvoir l'égalité comme principe fondamental. L'émergence de ce nouveau mode d'agencement va s'accompagner par l'émancipation de l'individu de toutes les contraintes qui l'empêchaient de jouir totalement de sa liberté. Dans ces termes et à des niveaux variables, on va assister à l'effacement progressif des sources premières des inégalités. Cette mutation marque l'entrée dans une nouvelle époque historique dans laquelle la société s'institue en tant que communauté démocratique. De sorte qu'on voit que l'égalité des conditions constituait le fait générateur de la nouvelle géométrie sociale. L'égalité apparaît donc d'abord comme créatrice d'un ordre nouveau. Sa fonction est juridiquement accomplie par sa portée restauratrice. Chaque fois qu'elle est invoquée c'est pour s'ériger contres les faits discriminants. En ce sens, on doit dire qu'elle entretient le lien social qui, sans une telle garantie, se dissout. On doit aussi dire que la diffusion de l'idéal égalitaire a grandement dépendu de la juridisation de son contenu. En effet, ce jeu de la normativité a traduit une tendance à résultat double: d'une

part, il a élevé le principe d'égalité au rang de principe général de droit; d'autre part, il lui a accordé une légitimité valeur constitutionnelle. Ainsi, à l'instar d'autres principes fondamentaux, il s'est situé d'emblée au cœur des droits inviolables. Même aujourd'hui, les demandes d'un «droit nouveau d'égalité» sont intitulées «revendications». Mot désignant l'action en reprise de quelque chose qui nous appartenait et qui nous a été dérobé.

L'affirmation juridique du principe d'égalité

L'un des trois termes de la devise républicaine, le principe d'égalité exprime l'essence même du mouvement démocratique. Il est la première cristallisation de l'Etat de droit. Il exprime la volonté juridique de débarrasser l'ordre normatif de toutes les distinctions discriminatoires légitimées par le Droit. Dans cette perspective, il s'agit du triomphe de la non discrimination, notamment celle qui a trait aux origines sociales, ethniques, croyances religieuses, sexes ou couleur de la peau... Sur le plan institutionnel, ce principe se décline en deux postulats complémentaires. Sa grandeur s'exprime, d'abord, à travers l'affirmation de l'égalité des droits selon laquelle la jouissance de droits semblables ne peut et ne doit supporter aucune relativisation. D'autre part, le principe prend la forme d'une égalité devant la loi imposant au législateur de faire en sorte que les textes législatifs soient d'une applicabilité impartiale à tous les destinataires.

On voit par là en quel sens sont vraies les affirmations juridiques exprimées en France aussi bien par la Déclaration de 1789 que celle de 1793. Cette façon de concevoir le principe d'égalité comme porteur de deux dimensions juridiques associables implique la dualité du double rapport constitutif de la réalité sociale. Conséquence, la représentation d'une société composée d'individus occupant des positions inégales s'estompe. L'égalité devient l'ultime référence juridique du pouvoir politique. Bien comprise, loin de susciter les multiples ressentiments, elle peut, au contraire, être proposée comme idéal à tout gouvernement, puisqu'au-delà même de la

reconnaissance de droit elle sait transcender les positions inégalitaires. Reste à savoir, que faut-il entendre par égalité? Pour répondre à cette question Aristote estime que par *«égalité morale il faut entendre ceci: les choses qui sont semblables doivent être traitées semblablement»*. En ajoutant que *«l'égalité et la justice sont synonymes: être juste, c'est être égal, être injuste, c'est être inégal»*. Or en répondant ainsi, Aristote, pose une question supplémentaire qui demeure intimement liée à la première: semblable à qui? Par leur nature humaine, les être humains sont tous à la fois semblables et différents. Donc l'égalité consisterait à faire en sorte que les différences soient dépourvues de légitimité dès qu'elles s'autonomisent du principe d'égalité. On le voit donc, le point de savoir qui est semblable implique de porter un jugement moral⁴⁵. Et comme l'indique à juste titre Westen *«l'égalité nous dicte de traiter des personnes semblables de manière semblable; mais quand nous demandons qui sont des personnes semblables, on nous déclare qu'elles sont des personnes qui doivent être traitées de manière semblable»*⁴⁶. L'égalité est donc un non sens. C'est la non discrimination qui vient à son secours non seulement pour l'aider à combler ce vide, mais surtout pour lui donner du sens. C'est là ce qui est couramment qualifié d'égalité formelle.

Ainsi, sa présence redéfinit l'expérience intime de la démocratie et elle devient elle-même source de promotion de cet idéal. Il s'agit, en réalité, d'inscrire dans l'ordre normatif une règle qui projette l'individu dans l'existence à partir d'autrui, celle qui provoque sa conscience, détruit sa clôture et coupe sa retraite transcendantale. Il ne s'agit pas d'une conscience de l'Autre mais de surgissement de l'Autre dans la conscience, non plus dans la conscience de la mise en question mais de la mise en question de la

⁴⁵C.Bernard, L'égalité des sexes dans l'Union européenne: un bilan, in L'Union Européenne et Droits de l'Homme, sous Dir. Ph. Alston, Bruylant, 200, p. 219.

⁴⁶ P.Westen, The Empty Idea of Equality, Hav. L. Rev, 1982, p. 543.

conscience. Le principe d'égalité se distingue d'autres principes fondamentaux par le stade éthique de son existence où s'ouvre la question du «contrat social».

Toute existence normative est tenue de rendre compte de cette dimension originaire, de cet excès de valeur qui dénonce, à temps et à contretemps, la représentation hiérarchique de l'ordre social et rappelle l'exigence indéclinable de la non discrimination, qui ne peut entendre raison, comme on attendrait une concession, alors qu'il s'agit d'un droit.

Tout l'apport de cette reconnaissance est réponse au droit de l'Autre à être traité sans discrimination, à reconnaître son égale dignité en tant que membre de la société. Du point de vue normatif, le principe d'égalité se fonde sur l'exigence absolue de l'ouverture à l'Altérité qui interpelle son existence, son efficacité, la façon avec laquelle il façonne un ordre politique. La perte de cette garantie a pour *«conséquence de soumettre le pouvoir et le droit à l'épreuve d'une indétermination radicale quant aux justifications de leur légitimité»*⁴⁷. C'est pourquoi, il constitue l'une des références fondamentales à travers laquelle se mesure et s'apprécie cette légitimité. Car, pour qu'une norme juridique telle que la constitution, la loi ou l'acte administratif, soit reconnue comme légitime, elle devra être conforme au principe selon lequel les membres d'une société sont égaux en droit⁴⁸. Dès lors si l'idée d'égalité peut devenir un principe de cet ordre normatif dont il est l'un des composantes principales, ce n'est que grâce à un changement de sens. Le rejet absolu de toutes les inégalités et par conséquent d'un ordre social discriminatoire n'est que la résultante de la constitutionnalisation de l'esprit et de la forme de l'Etat de droit. Ce dernier impose un mode de relation des hommes dans la société. L'idéal égalitaire se transforme en

⁴⁷ Ph. Gérard, Droit et démocratie, Publication des Facultés de Saint-Louis Bruxelles, 1995, p. 114.

⁴⁸ Ibid, p. 115.

norme obligatoire qui s'impose aussi bien aux particuliers, aux institutions, qu'au législateur lui-même. Est juridiquement en situation de non discrimination celui qui est soumis à un traitement dépourvu de toute reconnaissance de différenciation légitime, c'est-à-dire celle qui est tolérée par le principe lui-même. Cette reconnaissance (constitutionnelle) de la valeur du principe ne s'impose comme une évidence que lorsque l'égalité devient l'expression d'une double légalité: une légalité juridique et une légalité politique. Ainsi, la légitimité du principe rencontre sa légalité. Ce changement de signification est extrêmement central dans la philosophie de l'Etat de droit. L'importance énorme, qu'on ne saurait exagérer, de ce processus serait inexplicable s'il ne surgissait pas du tréfonds de l'idée de liberté. *«S'il doit y avoir société, et plus encore Etat, écrit Kelsen, il faut qu'il y ait un règlement obligatoire des relations des hommes entre eux, un pouvoir. Mais si nous devons nous être commandés, du moins ne voulons-nous l'être que par nous-mêmes. La liberté naturelle se transforme en liberté sociale et politique»*⁴⁹.

Cette convergence entre l'idéologie de la liberté et celle de l'égalité marque la métamorphose de l'idée démocratique et son renforcement par celle de l'Etat de droit. Car c'est le contrat citoyen qui est directement concerné ici. Le principe d'égalité est, de tous les principes constitutionnels, celui qui est le plus invoqué devant le Conseil constitutionnel⁵⁰. Et il l'est assez souvent avec succès.

La reconnaissance normative du principe d'égalité

Cette insistance sur l'apport annonce, au sein même de la destinée du principe, sa valeur normative à l'intérieur de la famille des droits fondamentaux. Elle cherche à lui donner une valeur juridique plus positive et

⁴⁹ H.Kelsen, La démocratie, Dalloz, 2004, p.2.

⁵⁰ Selon un exposé présenté lors de la visite au Conseil constitutionnel, le 18.09.2001, d'un groupe de chercheurs britanniques.

donc plus contraignante afin de dépasser la notion aristotélicienne. Ce rôle incombe au droit positif. L'égalité reconnue comme un droit fondamental autonome. Ce droit à l'égalité on le retrouve dans un certain nombre de textes disposant d'une valeur juridique supérieure à la loi. Faisant partie du «bloc de constitutionnalité», ces textes sont porteurs des droits qualifiés de fondamentaux. Le principe le plus général de l'égalité est formulé par l'article 6 de la DDHC de 1789 qui dispose que «la loi doit être la même pour tous». Par cette disposition les rédacteurs de la Déclaration ont voulu affirmer avec force l'interdiction de toute discrimination directe (ouverte) émanant du législateur. Cela signifie que la loi dans sa forme normative ne peut en aucun cas introduire (délibérée ou non) une quelconque distinction fondée sur des motifs relatifs aux caractéristiques personnelles de l'individu ou du groupe, qui a pour effet de le ou les différencier des autres membres de la société. C'est là une manière d'aborder le principe d'égalité par le prisme de l'élimination de toutes les formes de discrimination.

Néanmoins, l'individu n'est point un «être» ancré, situé dans un contexte social. C'est un individu abstrait ne pouvant prétendre à aucun signe distinctif. C'est un individu universel. Dans cette perspective, la reconnaissance de l'égalité fait écho non seulement à l'affirmation de l'individu comme sujet libre, mais également à celle de la promotion de la notion de citoyenneté. Etre citoyen n'est-il pas, dans l'esprit de la DDHC, une invitation à cet individu, devenant libre et jouissant d'égalité, de délaisser ses critères distinctifs (culturels, religieux, ethniques,...) pour s'inscrire en tant qu' «être» politique dans une communauté nationale. Cette invitation de passer de la solidarité organique à la solidarité mécanique favorise l'effacement des relations communautaires.

Ce passage de l'un à l'autre type de solidarité est explicitement imposé par l'article 3 de la Constitution qui, en matière de citoyenneté, interdit qu'une «section du peuple s'attribue l'exercice de la souveraineté»

et qui impose au suffrage d'être égal. C'est là un modèle d'égalité formelle qui renforce la conception libérale de la prééminence de la neutralité de la loi et des droits des individus en tant que tel. Quant à l'article 13 de la DDHC relatif à la redistribution égalitaire des dépenses publiques, ne fait que confirmer cette vision abstraite et formelle de l'égalité.

L'émergence des droits économiques et sociaux qui font partie de la catégorie des droits-créances en 1946, même s'ils appréhendent l'individu d'une manière plus concrète (l'individu situé) et imposent à l'Etat d'être plus actif dans la réalisation de ses droits, ils n'ont pas entraîné une modification substantielle en matière de catégorisation du principe d'égalité. Il est toujours inscrit dans la catégorie des droits formels. Le Préambule de la Constitution de 1946 prévoit que : «Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances». Les seules limitations à l'effectivité de ce principe touchent les étrangers en situation irrégulière. On retrouve ici la rhétorique de l'égalité tenue pour un droit fondamental afin de donner une interprétation générale (abstraite) au principe de non discrimination. Cependant, ces dispositions ne jouissent pas de la même intensité juridique. Il existe des domaines où l'application du principe d'égalité ne supporte aucune exception, d'autres, en revanche, peuvent s'accommoder de modulations. Cette variation dans l'applicabilité de ces textes se fait sous le contrôle des juges constitutionnel et administratif. L'un comme l'autre n'acceptent la référence à la différenciation que si cette dernière permet au principe de mieux produire ses effets (égalité) ou lorsqu'il est démontré qu'une exigence, notamment constitutionnelle, impérieuse impose une différenciation. En dehors de ces deux cas point de tolérance en la matière.

Les domaines dans lesquels l'application du principe est rigoureuse se caractérisent par le fait que toute tolérance de différenciation va ici aboutir systématiquement à un traitement discriminatoire. Car ce traitement, eu

égard à la matière concernée, conduit à associer un critère de distinction considéré comme illégitime et un traitement plus défavorable fondé sur ce critère. Par exemple en matière de droits politiques, la Constitution prohibe toute référence à des critères distinctifs comme le sexe, la religion, la race etc. C'est conformément à ce principe que le Conseil constitutionnel a insisté sur la nature du lien entre un élu et la nation. Pour lui, ce lien ne peut être qu'un lien ayant un caractère objectif et citoyen. Une fois élu, le parlementaire représente la nation et non sa circonscription. D'où son rejet de la notion de peuple corse, par exemple.

Toutefois, une gradation existe dans ce secteur résultant des différenciations introduites par l'article 3 qui admet des distinctions touchant à l'âge, à la possession des moyens intellectuels et civiques. En revanche, le principe d'égalité n'est nullement tempéré dans d'autres domaines, comme en matière pénale et de procédure pénale. Le principe est d'applicabilité quasi absolue. Ainsi, la jurisprudence (Conseil constitutionnel) n'admet un affaiblissement des garanties de procédure pénale qu'avec beaucoup de réticences comme, par exemple, dans la lutte contre le terrorisme.

A l'inverse, l'applicabilité du principe dans un certain nombre d'autres domaines est beaucoup plus tempérée. Aussi bien le juge constitutionnel que le juge administratif accepte la légitimité d'introduire des différenciations pour permettre au principe une meilleure adéquation entre le principe et son contexte d'application. Par exemple, pour le juge constitutionnel, le principe d'égalité peut sans être vidé de son sens supporter d'être modulé en fonction des caractéristiques des domaines différents: d'une part, en matière fiscale (article 13 DDHC1789), la jurisprudence a reconnu au principe de progressivité de l'impôt sur le revenu une valeur constitutionnelle. Cela signifie que l'effort fiscal et les sujétions imposées dans l'intérêt général varient en fonctions des ressources de chacun. D'autre part, en matière d'accès aux places et emplois publics

(article 6 DDHC 1789), des différenciations peuvent être légitimées par la prise en compte du talent, des capacités (mentale, intellectuelle et physique) et de la vertu du candidat. Toutefois, en dehors de ces critères toutes les autres distinctions seront considérées comme non conforme à la Constitution, par exemple, l'accès à la fonction publique ne peut être tempéré par un critère «de représentativité» afin d'éviter d'introduire la notion de discrimination positive. Quant au juge administratif, il n'a pas attendu la constitutionnalisation de ce principe pour en faire un principe général de droit (l'arrêt Barel 1954). Depuis longtemps, il a accepté la légalité de la prise en compte d'un certain nombre de différenciation pour garantir une meilleure effectivité au principe. Egalité ne signifie point uniformité. Ainsi, par exemple, en matière de droit applicable au service public, le juge administratif a toléré que des différenciations soient associées à l'application du principe d'égalité devant le service public. Pour le Conseil d'Etat, la mise en place d'une tarification différentielle en fonction des revenus des usagers ne peut être considérée comme non conforme à la légalité (arrêt Société des concerts du Conservatoire). Le juge administratif appréhende le principe d'égalité devant le service public dans sa subjectivité. L'administration peut traiter différemment, au regard de ses objectifs, des usagers placés dans une situation différente. Elle peut même introduire des différenciations de traitement à l'égard des personnes placées dans une situation identique ou voisine.

Cependant une telle distinction (de traitement) n'est légale que lorsqu'elle est dictée par l'objectif de l'acte: l'intérêt général (CE 10 mai 1974, Denoyez et Chorques). Une telle application est plus proche de l'équité que de l'égalité dans sa version abstraite.

Le principe d'égalité, dans sa variante applicabilité jurisprudentielle, est une véritable synthèse entre le semblable et le différent. Mais cette synthèse ne veut pas dire que l'égalité se réalise naturellement. Il n'y a

égalité que par acte égalitaire: il n'existe pas d'égalité de fait, mais seulement de droit. Il suffit de laisser la nature s'exprimer pour retomber au sauvage. L'égalité aussi est un serment (un état d'esprit) et l'irritation est d'autant plus naturelle qu'on a à faire à ses semblables. D'où la nécessité encore plus large de régulation juridique. Aussi, le principe doit-il être en interaction avec la société et ses mutations. Le principe d'égalité n'est qu'une réalisation de l'esprit. Il est une réalisation de notre volonté «agissante». Mais la volonté «agissante» est sans cesse mouvante, elle fait craquer du dedans les limites imposées. Car au fond de notre vouloir, il y a une autre volonté plus radicale, qui nous somme de respecter la non discrimination de l'Autre: c'est la volonté du législateur qui s'exprime à travers la Loi. Ce serait une erreur d'imaginer que l'esprit égalitaire est inné chez l'individu. Il s'acquiert par l'éducation. *«Mais, au regard de cette ambiguïté qui caractérise apparemment le principe d'égalité, écrit Philippe Gérard, il convient surtout de souligner que la société démocratique s'institue en fonction d'une incertitude permettant de distinguer l'un et l'autre, l'identique et le distinct»*⁵¹. C'est sur fond d'incertitude que le débat sur les limites et les contradictions du caractère formel de l'égalité tourne aisément en hostilité et en aigreur ! Nous sommes donc obligés de repenser le principe dans sa dimension réelle.

L'égalité différentielle: l'apport du réel

Dans une étude récente commandée par le Cran (Conseil représentatif des associations noires) on y apprend que 56% des Noirs en France se sentent déconsidérés et se disent victimes de discriminations raciales et 61% des personnes interrogées affirment avoir vécu «au moins» une discrimination dans les douze derniers mois⁵². Ce qui frappe à la découverte de ces chiffres c'est leur ampleur. Cela signifie que malgré toutes les

⁵¹ Ph.Gérard, op.cit, p. 117.

⁵² Libération, 1-2- 2007

interdictions et les garanties juridiques qui ne tolèrent aucune différenciation en matière d'égalité raciale, un nombre important des personnes noires de peau s'estiment être à la périphérie de l'égalité. Ce sondage pose donc un problème majeur qui est celui de la fiabilité du principe républicain de l'égalité. Rapporté à la problématique de la discrimination, ce constat concerne directement la crise du «contrat social». Cette remise en cause du contrat social dans ses attributs non discriminatoires est renforcée par la dégradation du lien social.

Trois aspects permettent d'en prendre la mesure. Tout d'abord, les inégalités sociales ne cessent de s'amplifier. Les indicateurs statistiques de la crise sociale sont en constante augmentation (chômage, RMI, problèmes de logement...). D'où l'aggravation des écarts (économiques et sociales) entre classes sociales. A ces inégalités sociales croissantes vient s'ajouter une ségrégation territoriale. Elle se caractérise par la périphérisation d'un certain nombre d'espaces qui par un processus de marginalisation urbaine vont se trouver déconnectés de la centralité d'une vie sociale ordinaire. Cette déconnection provoque une telle accumulation de problèmes (géographiques, familiaux, scolaires, culturels, économiques...) que la question du «vivre ensemble» ne peut se poser qu'en terme conflictuel. Enfin, cet écart qui sépare les centres des périphéries de la société, renforce un processus d'éthnicisation de la société accompagné d'un repli communautaire de plus en plus agressif. Cette nouvelle donne revêt une double dimension: d'un côté, on assiste à la multiplicité de manifestations xénophobes ou racistes qui aboutissent à des situations discriminatoires. A cet égard, la situation des jeunes Français d'origine étrangère apparaît symbolique. De l'autre côté, on constate la montée de revendications identitaires et religieuses chez une catégorie sociale qui se sent de moins en moins affiliée à la collectivité nationale. Que peut alors la promesse d'égalité lorsque l'Etat demeure désespérément dépourvu de solution face à la montée

des inégalités. Quel écho l'éloge permanent de l'égalité et les rappels systématique de son caractère républicain, placée au cœur de l'exception peuvent-ils jouer un rôle dans cette situation de crise extrême? De loin le principe d'égalité est l'un des problèmes politiques les plus centrales de ce nouveau siècle commençant que la fin des idéologies va le placer au cœur de la réflexion sur le nouveau «pacte républicain».

Au regard de cette situation, il convient de souligner que la société démocratique s'enracine en fonction de sa capacité à lutter sans relâche contre toutes formes de discriminations qui peuvent émailler la vie sociale. La réussite ou l'échec d'une telle démarche dépend fondamentalement de la volonté de l'Etat et des pouvoirs publics dans leur ensemble de créer de nouvelles conditions afin que la réduction des différences entre les individus et l'homogénéisation de leurs droits dérive d'un principe d'égalité renouvelé aussi bien dans sa conception que dans sa mise en œuvre.

La différenciation légale

Dans un contexte de crise du lien social dont la prolifération des inégalités constitue l'une des pathologies apparentes, revisiter le principe d'égalité s'impose comme une évidence idéologique des politiques publiques. En effet, le modèle de l'égalité formelle exige que les individus soient traités de la même manière. Et pour que le traitement soit réellement égalitaire, il faut que ces mêmes individus soient placés sur le même pied d'égalité. Or les individus dans une société complexe sont-ils en réalité placés dans des situations similaires? En d'autres termes, la notion formelle d'égalité adoptée comme paradigme central par l'ordre juridique en France peut-elle encore être en mesure de rectifier les entraves structurelles fondamentales? Posée de la sorte, une telle question replace «l'obligation de choisir» entre l'une ou l'autre catégorie de l'égalité au cœur du débat. Car si l'individu se pose la question de la finalité de l'égalité, n'est-ce pas le signe que la société est un ensemble mal unifié de moyens.

L'égalité formelle a toujours été défendue par l'idéologie libérale. Elle a largement inspiré ses discours et ses pratiques. Elle apparaît comme une réponse «efficace» au règlement des inégalités «naturelles» qui caractérisent la vie en société. Par une opération politique, elle provoque un lien abstrait entre l'individu et le citoyen. Les individus-citoyens deviennent des sujets de droit «libres» et «égaux». En matière économique et sociale, cette opération fonctionne à l'envers. Elle légitime par la médiation d'un discours sur la «propriété privée», la «concurrence», le «mérite», les «aptitudes», «l'initiative privée», la nécessaire acceptation des inégalités qui seront présentées comme faisant partie de l'ordre des choses. En ce sens l'égalité formelle peut apparaître comme un outil ayant pour fonction première d'assurer, sur le plan de l'imaginaire et du droit, la cohésion sociale. De là on a tendance à conclure qu'elle a pour fonction d'occulter et de dénier les inégalités réelles. *«Certaines inégalités, écrit Julien Barnier, sont «plus inégales» que d'autres dans les sens où elles peuvent s'appliquer et se ressentir dans une grande partie voire la totalité de l'espace social.... Les inégalités économiques, par exemple, sont plus fortement et plus globalement pénalisantes pour les individus que leurs manques de compétences en danse de salon»*⁵³. Comment expliquer ce paradoxe ? Faut-il en conclure que le principe d'égalité est intimement lié à son aspect formel ? Plusieurs conceptions de l'égalité sont-elles possibles ? Si oui, sont-elles compatibles ? La représentation matricielle de l'égalité permet de rendre compte de cette variété⁵⁴.

En effet, l'idée de matrice permet de concilier la pluralité et la mutation. Une même matrice peut être reproduite en intégrant à chaque fois de nouveaux concepts, de nouvelles pratiques, en fonction des circonstances

⁵³J.Barnier, Quelques réflexions sur le concept d'égalité, Cite Web, Lmsi, Les mots sont importants.

⁵⁴C.Legrand, F. Rangeon, J.F. Vasseur, Contribution à l'analyse de l'idéologie de l'intérêt général, in Discours et idéologies, CURAPP, PUF, 1980, p. 189.

économiques, sociales et culturelles. Ainsi, l'analyse matricielle de la notion d'égalité permet de rendre compte des transformations sans pour autant imposer la dialectique comme paradigme référentiel. Ces composantes ne sont point dans l'obligation de se confronter en thèse et antithèse pour produire une synthèse. Elles peuvent simplement se compléter pour mieux saisir le réel.

Ainsi, pour résoudre ce paradoxe, certains appellent à une reconceptualisation du principe d'égalité. On fait valoir que la difficulté liée au modèle d'égalité formelle tient à ce que les législations s'agencent en termes d'uniformité et non de différences. Elles élaborent les solutions en les décontextualisant. Résultat, cette démarche non seulement déforme gravement les problèmes sociaux que le principe entend résoudre, mais surtout aboutit à sa délégitimation en tant que principe structurant la cohésion sociale. L'égalité perd alors sa connotation mythologique pour épouser l'inefficacité. Par-là même, elle participe à la défense de l'ordre établi. Ce travail d'occultation constitue l'un des griefs les plus importants que les défenseurs de la thèse du réel formulent à l'encontre de l'égalité formelle. Pour eux, *«l'occultation idéologique travaille à la destruction des conditions nécessaires à l'élaboration du discours différent, d'une parole constante qui révélerait les oppositions, les conflits, les intérêts divergents»*⁵⁵.

Dès lors il faut revoir l'ordre dans lequel se structurent les composantes de la matrice. C'est là une manière d'appréhender l'égalité par le prisme de la discrimination, par un renversement référentiel. Ainsi, une situation similaire est un critère fondé sur des comparaisons antihiérarchiques assimilées à l'essence même de l'argumentation sur l'égalité. Elle engendre une justification objective d'une hiérarchie source d'inégalité. Or si l'inégalité est concrète, aucun individu ne se trouvera

⁵⁵ Ibid, p. 200.

jamais dans la même position qu'un autre, parce qu'il n'est pas placé dans la même situation que son semblable. Donc, si une législation sur l'égalité a pour finalité de mettre un terme aux inégalités réelles, un rang de priorité plus élevé doit être placé sur la correction des inégalités juridiques des groupes qui sont socialement et économiquement inégaux.

Cela signifie que l'égalité peut réaliser par un traitement particulier à un territoire ou un groupe de personne qui déroge au principe d'égalité formelle.

Cette nouvelle conception de l'égalité doit, pour s'imposer, réaliser une opération complexe dans le champ référentiel de manière à créer un nouveau système de légitimation normative qui lui permettra de faire valoir ses choix. Il faut que l'analyse des réalités conduise à une transformation dans l'ordre des structures normatives pour rendre les situations différencielles, jugées jusque là illégales, acceptables devant l'ordre des nouvelles valeurs. Ainsi, les exigences de validité légale ne doivent plus s'opposer à la prise en compte des distinctions réelles. La reconnaissance de la situation particulière des travailleurs, des mineurs, des femmes, des personnes d'origine étrangère favorise l'extension des droits ou la consécration des nouveaux droits. De ce point de vue, le principe d'égalité se trouve grandement modifié dans sa réalisation.

Ce modèle d'égalité permet de résoudre bien des problèmes relatifs à la prolifération des discriminations. Tant que le principe d'égalité se concevait comme étranger à son monde, comme rapporté à une extériorité fondamentalement homogène et abstraite, son efficacité restait essentiellement incertaine, menacée, parce que la réalité semblait toujours se dérober sous ses pas. Dans cette situation incertaine, l'individu devait consacrer des énergies à sauvegarder une égale dignité. Il ne pouvait prétendre à l'égalité concrète sans le risque de la perdre. Si, au contraire, le principe d'égalité dans son application accepte de prendre les éléments

distinctifs des groupes et des personnes, alors la déconnexion entre le légal et le réel est vaincue. L'abstraction disparaît, parce que la différence est ce qui se manifeste dans la réalisation de la règle. Le principe se conçoit désormais à partir de l'ordonnement de la «chose sociale», des problèmes et des questions de la vie en commun. Ainsi, l'égalité, comprise non comme une volonté abstraite d'uniformisation mais comme outil d'investigation du réel. Néanmoins, pour que cette nouvelle conception parvienne concrètement à modifier le contenu du principe, il faudrait qu'un échange soit possible entre des situations différentielles et des procédures de régulation. Le droit devrait pouvoir remplir cette fonction, à condition que s'instaure une articulation entre le principe aussi bien dans sa dimension formelle que dans sa dimension réelle. Ainsi, la seule manière susceptible de vaincre l'illusion d'une égalité formelle c'est de prendre comme point de départ la violence des rapports sociaux, l'exercice concret de la force par le dominant dans des structures complexes.

On trouve alors le chemin d'une égalité qui se détermine en fonction de la réalité des relations sociales et politiques et envisage concrètement les moyens pour imposer un rapport non discriminatoire, afin de ménager un principe authentique à l'invention éthique: *l'équité*. C'est à ce niveau plus réel qu'une reprise du principe d'égalité trouve tout son sens.

Les inégalités dans une société apparaissent donc comme un tout complexe qui frappent des groupes sociaux animés de logiques différentes, liés à une histoire propre, avec des stratégies politiques différentes. Ces différences déterminent le contenu des revendications. Celles-ci peuvent prendre plusieurs formes d'expression. Mais l'antagonisme deviendra total si cette demande de traitement égalitaire ne rencontre aucune offre politique en faveur de l'égalité. Une telle situation est particulièrement dangereuse parce qu'elle peut non seulement provoquer des enchaînements générateurs d'exclusion, mais aussi être à l'origine d'un sentiment de périphérisation

tellement fort pour installer la violence comme réponse à une discrimination vécue elle-même comme une autre forme de violence. L'enjeu n'est pourtant rien d'autre que la défense de la paix sociale. Car c'est de la viabilité du «vivre ensemble» dont il s'agit ici. Faute d'une égalité réelle faisant corps avec l'équité, les victimes des discriminations à répétition seront tentées par d'autres formes d'action qui échapperont aux institutions et pouvoirs publics. C'est pourquoi, afin que l'action normative ne perde pas toute son efficacité, il faut que la Loi commence par reconnaître l'équité comme le corollaire de l'égalité. C'est donc une erreur de s'imaginer que l'équité est le début de la fin de l'égalité républicaine. Elle la reconnaît moins qu'elle ne la méconnaît, elle la défend moins qu'elle ne la dégrade. L'équité ne consiste pas uniquement à tempérer le caractère formel de l'égalité, mais à prétendre qu'elle ne peut exister et se développer qu'en se confrontant à la réalité parfois difficile des individus. Or, ce que nous apprend l'équité, c'est que les différenciations ne sont pas seulement une violation du principe d'égalité, mais qu'elles peuvent être aussi à l'origine d'un processus égalitaire. Cette prise en compte des différenciations est nécessaire à la réalisation même de l'équité. Mais elle n'existe pleinement que lorsque, par un étrange mystère, la complexité de la vie sociale l'impose comme l'évidence d'une nouvelle égalité. Il y a dans ce qu'on peut appeler l'équité comme un vertu unique qui permet à chaque personne de réaliser et d'exprimer son intégration sociale. *« Dans la mesure où les distinctions interindividuelles, écrit Philippe Gérard, cessent d'être incontestable et dans la mesure où le principe d'égalité postule l'égale dignité des personnes, chacune d'entre elles ne peut apparaître que comme un membre potentiel de la collectivité démocratique »*⁵⁶.

L'équité: la reconnaissance juridique

⁵⁶ Ph. Gérard, op.cit, p. 118.

Ainsi l'équité, qui commence par le contournement de la formalité de l'égalité, s'accomplit dans la réciprocité (des deux égalités) et la reconnaissance de son effectivité juridique. On voit par là en quel sens est vraie la formule suivant laquelle l'équité c'est «l'égalité en action». On l'a généralement entendue d'un point de vue sociologique. Faut-il maintenant l'appréhender du point de vue du Droit. Car il y a, en effet, entre la reconnaissance juridique de l'équité et sa pratique proprement sociale une différence de nature. Une norme ne passe pas du social au juridique par développement insensible. Et même s'il était vrai (ce qui est incontestable) qu'à l'origine certaines normes trouvent leur légitimation dans la pratique sociale, il n'en reste pas moins que la norme sociale et la norme juridique correspondent à deux tendances essentielles, qui devaient se dégager au cours de l'évolution. Bref, la juridisation d'une norme sociale engendre des modifications suffisamment importantes pour qu'elle puisse prétendre à une existence qui lui soit propre.

Le chemin qu'empruntent les normes dans leur formation se présente comme un processus complexe où s'entremêlent des stratégies différentes émanant d'acteurs animés par des logiques politiques différentes. Ce processus tend donc à inscrire la norme dans l'imaginaire de l'évidence pour fonder un discours de légitimation. Le niveau de ce discours est essentiel en matière de diffusion normative. Il confère à la norme une consistance nécessaire à son acceptabilité. Une norme juridique ne peut se contenter, sauf à manquer son objectif central, d'une construction négative du réel sur lequel elle est amenée à légiférer. Ainsi, la fonction de normalisation n'est pas seulement de réaliser une opération d'objectivation (du réel), elle se doit de prendre une envergure plus importante et de se fixer un rôle plus combatif. Le but essentiel de ce processus consiste non seulement à objectiver le réel, mais également à le restituer sous forme d'une règle dont le respect devient une obligation. Ainsi, le processus normatif peut jouer le

rôle principal pour devenir l'élément stratégique qui commandera l'évolution de la société. L'introduction de l'équité dans l'ordre normatif en est un exemple intéressant.

L'affirmation continuelle de l'égalité formelle est sans cesse réaffirmée. Elle s'inscrit dans le cadre de la lutte contre toutes les formes de discrimination. Cependant, l'applicabilité concrète de ce principe exige qu'il soit complété par une prise en considération de l'évolution des mentalités et de leur manière d'identifier les discriminations, y compris celles qui étaient considérées comme ne posant pas de problème au regard de l'égalité devant la loi. Dès lors, le droit positif portant affirmation de l'égalité doit être constamment amélioré.

La reconnaissance juridique de l'équité constitue une étape importante exprimant la volonté du législateur de ne plus se contenter d'annoncer les principes généraux, mais également de spécifier explicitement les discriminations sur lesquelles il souhaite intervenir. Cette démarche va aboutir à la mise en place de solutions différenciées au cas par cas. Ainsi, dans une société où les effets de chaque caractéristique seraient indépendants, au sens où chaque fonction de production serait une fonction séparable et linéaire, le principe d'égalité absolue serait inopérant. Reste alors le principe d'équité.

Une population dont les membres ne peuvent être égaux à des titres infiniment nombreux peut être organisée selon des règles infiniment nombreuses. L'équité se présente ainsi comme un principe fonctionnel. Le Conseil constitutionnel l'affirme clairement dans un «considérant de principe» qu'il ne manque jamais de rappeler: *«le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit»*. Les lois porteuses

de ce principe (l'équité) vont substituer à l'égalité formelle une conception substantielle basée sur la notion de désavantage. Elles se basent sur une idée simple selon laquelle une égalité réelle ne peut se réaliser si les individus débutent la course à partir de points de départ différents. Leur objectif est donc d'égaliser les points de départ par un dispositif juridique prenant en considération les spécificités différentielles. Ces dernières vont générer un traitement «avantageux». En fait, instaurer l'équité revient à s'attaquer non seulement aux symptômes, mais également aux causes des inégalités. Dans cette perspective, vouloir imposer une égalité réelle signifie la volonté de supprimer tout ce qui fait obstacle à ce que le résultat soit atteint.

En France, plusieurs critères ont été utilisés pour introduire sur le plan légal l'équité. En effet, depuis longtemps les lois relatives à l'aménagement du territoire ont utilisé l'espace géographique comme référent différentiel pour lutter contre les déséquilibres territoriaux. La notion même de «cohésion économique et sociale» porte en elle cette idée généreuse et simple que l'uniformité n'est point génératrice, en matière d'équilibre territorial, d'égalité. Donc une égalité territoriale réelle passe par un traitement spécifique dicté par la complexité des problèmes à régler dans un territoire donné. La différence sert ici de vecteur d'introduction de l'égalité. La mise en place de la politique de la ville ou l'instauration de zones urbaines sensibles ou de Zones franches n'est-elle pas dictée par cette logique? Cette démarche croise ainsi la notion de solidarité. C'est au nom de ce principe que le législateur se permet de violer l'égalité formelle pour introduire une égalité territoriale.

C'est ainsi qu'il a imposé, le 26 janvier 2000, la parité entre homme et femme dans la représentation politique. Cette loi sur l'équité doit être comprise non comme une démarche du législateur qui cherche à s'immiscer dans le fonctionnement interne des partis politiques mais comme une volonté juridique de mettre un terme à une discrimination choquante. La liberté rallie

l'émancipation pour créer ici les conditions objectives de l'équité. Toutefois, ce pas vers l'égalité réelle entre genre reste insuffisant. Cette égalité numérique que la loi souhaite établir entre homme et femme politique demeure une égalité formelle. Elle reste illusoire et vide de tout contenu si elle n'est pas accompagnée de mesures réellement conçues pour la réalisation de l'égalité. Ce qui semble nécessaire en la matière, c'est surtout une mutation de fond du modèle économique, social, culturel qui est à l'origine de la disparité.

L'égalité est la vertu de la république. Le premier rôle de la République, et sans doute sa fonction essentielle, est bien de créer les conditions nécessaires pour assurer l'égalité pour tous. Le pacte républicain est l'instrument qui a été inventé pour garantir ce noble projet. Il a pour but de faire en sorte que des concitoyens soient traités sans discrimination. Cependant, loin de pouvoir supprimer toutes les inégalités, il en a offert un traitement porté par un dispositif juridique interdisant avec sanction (pénale) à l'appui toutes les formes d'inégalités basées sur l'article 225-1 du Code pénal⁵⁷. Dans cette perspective, la source élémentaire de la vie en société est l'égalité qui doit perpétuellement revivifier par en bas les constructions juridiques qui, sans elle, deviendraient des abstractions mortes. L'égalité républicaine, si l'on veut, est un droit fondamental. Lorsque l'égalité se relativise et s'isole de la vie, lorsque le pacte républicain cesse de recréer suffisamment d'égalité, c'est le signe manifeste que la République égalitaire ne remplit plus son office égalitaire. Cette crise de l'égalité républicaine s'extériorise notamment par les dysfonctionnements qui frappent toutes les

⁵⁷Le code pénal a défini les discriminations qui sont passibles de sanctions pénales. Il s'agit des discriminations qui sont fondées sur l'origine ou l'appartenance (ou non appartenance), vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race, ou un religion qui consistent à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, entraver l'exercice normal d'une activité économique, refuser d'embaucher, sanctionner ou licencier une personne, subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service ou une offre d'emploi à une condition discriminatoire.

grandes institutions républicaines, notamment l'école, qui ne semble plus en mesure d'être capable de créer du lien social. Dès lors les conduites sociales s'écartent progressivement des valeurs républicaines. Et la crise économique qui ne cesse de se transformer en crise urbaine ne fait que démontrer l'incapacité de l'Etat à être garant de la cohésion économique et sociale. Si la République a pu triompher hier grâce à l'égalité des chances qu'elle offre à chaque citoyen, elle bute aujourd'hui sur la persistance des inégalités qui frappent de plus en plus des jeunes gens issus de l'immigration qui se trouve dans l'impossibilité de faire partie d'une société.

Selon Alain Touraine, cette crise est caractérisée par un nouveau principe de division et de conflictualité majeur au sein du corps social: *«Nous vivons en ce moment le passage d'une société de classes avec des gens en haut et des gens en bas, à une société horizontale où l'important est de savoir si on est au centre ou à la périphérie»*⁵⁸. Rapporté à la question d'égalité, cette analyse fait le constat d'une fracture sociale qui par une incessante prolifération des inégalités semble installer la ségrégation au cœur même du pacte républicain.

La flambée récente de violence dans les quartiers dits « difficiles » a pris non seulement une dimension contestataire de l'autorité de l'Etat et de l'ordre établi, mais surtout une tournure revendicative pour plus d'égalité et moins de discrimination de tout genre. On assiste alors à un glissement du conflit. On passe d'un conflit urbain à une bataille pour l'égalité. Cette politisation de la revendication consacre le déclassement du modèle égalitaire républicain. A travers elle les jeunes « désaffiliés » ne cherchent pas à ébranler directement le système par des arguments, mais de le faire écrouler en révélant ses soubassements, en mettant à nu ses contradictions. Contester le pacte républicain, c'est, pour eux, montrer que malgré le fait qu'il puise sa source dans l'idéal égalitaire, la pacte républicain n'arrive plus

⁵⁸ A. Touraine, «Face à l'exclusion», Esprit, févr, 1991, p. 7-13.

à garantir à tous les citoyens une protection efficace contre les discriminations. Il se contente de sublimer une égalité formelle, et de maintenir, aussi longtemps que possible, cette sublimation à travers un universalisme transcendantal qui ignore les particularismes culturel, ethnique ou autre.

Pour riposter à ces griefs de discrimination, les pouvoirs publics ont adopté un texte de loi relatif «à l'égalité des chances» le 31 mars 2006. Sans vouloir entrer dans les détails de cette loi dans laquelle on trouve des mesures variables touchant l'égalité territoriale (...), le problème de l'échec scolaire, la responsabilité des parents ou les dispositions relatives à la lutte contre les discriminations, le principe «d'égalité des chances» se trouve juridiquement reconnu. Ainsi inscrite, cette notion signifie mettre des individus souffrants d'inégalités plurielles en situation d'obtenir une égalité de résultat. Donc mettre en place un certain nombre de corrections afin de créer des conditions nouvelles de différenciations égalitaires. Cela va aboutir à la suppression de tout ce qui fait obstacle à la réalisation de cet objectif. Bref, avoir une «chance égale» c'est se trouver par des mécanismes de correction dans des conditions égalitaires à la borne de départ. Cette exigence de traitement équitable illustre bien la nécessité de mettre en place une politique volontariste de lutte contre les discriminations dans tous les secteurs et à tous les niveaux de la société.

Or, selon la constatation du PNUD: «Ne compter que sur des politiques générales de croissance économique équitable pour éliminer ces inégalités collectives prendrait un temps insupportablement long». C'est pourquoi, pour certains, afin de pouvoir accélérer le temps de la réforme il faut absolument introduire une politique de discrimination positive. Cette doctrine inspirée du modèle américain de «l'affirmative action» se situe d'emblée du côté de l'altérité. Elle élève la pluralité ethnique au rang des critères de légitimation du lien social. Elle préconise la reconnaissance des

différences comme source de richesse sociale. Ainsi, les minorités dites visibles vont bénéficier d'un système de correction des inégalités qui leur seront spécifiquement appliqué en raison de leurs handicaps sociaux qui sont intimement liés à leurs origines ethniques. Cette démarche va favoriser l'émergence de nouveaux droits qui vont au-delà du dispositif légal de lutte contre le racisme pour imposer une panoplie de règles qui sont porteuses de dérogations légales en faveur des groupements ethniques défavorisés. Ces dérogations peuvent prendre plusieurs formes. Ces droits ne sont pas provisoires, ils subsisteront tant que les différentes communautés continueront à exister⁵⁹.

Cette conception de l'égalité venant d'outre atlantique ne fait pas l'unanimité. Pour certains, en prônant la discrimination positive au nom de sa supposé fonctionnalité on porte atteinte aux principes issus des Lumières celui de l'égalité entre les citoyens. Dans cet esprit, un citoyen est celui qui est invité de délaisser son particularisme ethnique, culturel, religieux... pour se fondre et s'inscrire dans une communauté nationale. Or, l'essence même de «la discrimination positive» est de définir l'individu à partir de la couleur de sa peau, de sa religion de sa culture... En créant des dispositions particulières au profit de tel ou tel groupe, la loi cesse d'être l'expression générale pour devenir une simple norme différenciée. Résultat, le contrat social se trouve éclaté au profit de communautés divisibles à l'infini et exigeant sans cesse des fragmentations. Ainsi, la discrimination positive non seulement ne pourrait effacer les inégalités sur lesquelles elle est censée agir, mais surtout elle contribue à accroître un repli identitaire porteur de segmentation de l'espace collectif en sous-espaces qui s'érigeront tôt ou tard contre le détenteur de l'autorité légale, l'Etat. En conclusion, on peut affirmer, que nulle égalité sociale qui n'exige une émancipation individuelle, nulle émancipation individuelle qui n'exige une égalité devant la loi. En

⁵⁹ F. Constant, La citoyenneté, Montchrestien, 1998.

d'autres termes c'est de l'équilibre que le droit doit inventer entre égalité et équité qui dépendra l'épanouissement social de l'individu en se trouvant protégé de toutes les formes de discriminations.

Ce qui signifie très exactement ceci: à travers bien des désordres et des luttes, les hommes s'efforcent de réaliser davantage d'égalité.

BIBLIOGRAPHIE

1. AUGÉ M., Le sens des autres, Fayard, 2004
2. BERNARD C., L'égalité des sexes dans l'Union européenne: un bilan, in L'Union Européenne et Droits de l'Homme, sous Dir. Ph. Alston, Bruylant, 2000
3. CONSTANT F., Egalité, citoyenneté, Montchrestien, 2000
4. GERARD Ph., Droit et démocratie, Publication des Facultés de Saint-Louis Bruxelles, 1995
5. HAYAK F., Droit, législation et liberté, PUF, 1998
6. JULIEN Ch., La France éclatée, Nil, 2007
7. KELSEN H., La démocratie, Dalloz, 2004
8. OPPETIT B., Droit et modernité, PUF, 1998
9. WIEVIORKA M., La FRANCE raciste, Seuil, 1992

RESUME

L'égalité devant la loi est la première manifestation du *principe d'égalité*. Elle consacre aux lendemains de la Révolution française l'abolition des privilèges. L'universalité des destinataires de la loi crée un *droit* de tous les citoyens à l'égalité des droits. L'égalité devant la loi doit alors regrouper tous les citoyens dans un ensemble juridique unique, indépendant des différences de situation de ces derniers. Or depuis quelques années cette conception ne semble plus coller au réel. On lui reproche son caractère formel et son incapacité à être inefficace notamment dans la lutte contre les discriminations. Et la fragmentation de la société n'a fait qu'accentuer l'impuissance de cette acception « légale » à réduire les inégalités dans le traitement des minorités en leur ouvrant l'accès à certains domaines. Pris entre ces deux tendances de signe opposé, ce principe est aujourd'hui confronté à une nouvelle étape de sa légitimité

SUMMARY

The article raises numerous questions about discrimination and equality and investigates how the notion law and universal rights to be treated as equal have changed nowadays on the example of minorities and their access to certain sectors.