

LA PARITÉ AU REGARD DE L'ÉQUITÉ. PROPOSITION POUR UNE NOUVELLE LECTURE DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ

Frédéric Mertens de Wilmars*

Abstract:

Gender parity is considered as one of the foundations of democratic renewal and the legitimacy of democratic law.

However, this recognition undermines the fundamental key to democracy, which is the principle of Equality. The arguments about the creation and the progress of parity illustrate the difficulties of coexistence between parity and equality which some jurists and philosophers try - in vain - to minimize or ignore by discovering and inventing conceptual artifices ("equal opportunities or results", measures of action or positive discrimination, etc.), which are sometimes unpersuasive.

According to our point of view, the principle of Equality is the first and the last link in the architecture of any democratic structure, and requires a series of instruments and other established principles such as freedom and others to become like the principle of Equity.

Being a concept both near to and far from Equality, Equity tends to introduce a set of remedial measures that contribute to the realization of a more just society. Parity, like all positive actions or discrimination, fits much better in terms of legitimacy - at least in legal terms - under the Equity principle than a few artificial and unstable subcategories of Equality.

Finally, our aim is to highlight the way that parity opens up a legal principle, latent in contemporary Law and rooted in the Aristotelian sense of justice, in line with the current reality of democratic societies.

Le principe de l'égalité, fondement de l'Etat moderne, a été l'origine d'innombrables avancées dans le cadre du développement des droits et des libertés fondamentales. Depuis la *Déclaration universelle des droits de l'homme et du Citoyen* de 1793 jusqu'à nos jours, et à l'appui de la *Déclaration universelle des droits l'homme* de 1948, l'égalité s'est universalisée, du moins en théorie.

A titre comparatif, le principe d'égalité est, en quelque sorte, le "Big Bang" d'un univers en expansion avec de nombreuses «constellations» de droits dont beaucoup ont déjà une longue existence et d'autres moins ou elles viennent de naître. Cependant, comme dans le cas de l'univers physique, l'expansion de l'univers des droits n'est pas infinie. La contraction de

* Docteur en droit et professeur à la faculté de droit de l'Université de Valencia (Espagne).

Toute reproduction/réutilisation, partielle ou complète, du contenu autorisée en mentionnant auteur et source.

l'univers annoncée par les scientifiques est déjà démontrée et observée par les juristes quant au principe d'égalité.

Au-delà de la métaphore, on constate en effet que les droits et libertés fondamentaux, s'ils continuent à se développer, ils le font de manière diluée en s'appuyant sur un principe qui a perdu de sa force, de sa vitalité. Essoufflé, le principe d'égalité est en crise. En crise parce que, d'une part, il ne répond plus aux inégalités et injustices qui affectent les sujets de droit, et d'autre part, les institutions ainsi que l'Etat de droit lui-même n'inspirent plus confiance aux citoyens et ont généré, en conséquence, la crise de la représentation et de la citoyenneté. Celle-ci se manifeste dans le cadre de la participation à la gouvernance politique - et économique - et de la sous-représentation - voire l'exclusion - d'un groupe d'individus qui compose toute communauté humaine organisée: les femmes.

Aussi, avec l'appui du droit international, les dirigeants ont-ils adopté des mesures de toute sorte pour répondre au déficit démocratique causé par la quasi absence de plus de la moitié de l'humanité dans les lieux politiques. La parité, parmi ces mesures, est la plus emblématique des mesures d'action et de la discrimination positive.

Cependant, même si son radicalisme séduit politiquement - pas tout le monde ! - du point de vue du Droit, la parité est devenue une « boîte de Pandore » en remettant en question ce qui a été jusqu'ici les bases fondamentales de l'Etat de droit démocratique: la liberté et, surtout, de l'égalité. En outre, par le biais de la nature de la mesure paritaire, les contradictions - internes et avec le principe égalitaire - de cette dernière, ont fait trembler l'égalité dans sa raison d'être, ou au moins dans son interprétation « classique ».

Une notion connue des juges peut servir de base juridique pour la parité, ainsi que pour toutes les actions et des mesures de discrimination positive: l'équité. En effet, même si elle a des traits communs ou très proches de l'égalité, l'équité se distingue de celle-ci parce qu'elle se réfère à la justice. En d'autres termes, la parité s'inscrit comme une mesure équitable afin d'établir un équilibre de la représentation des deux sexes dans l'exercice des mandats et fonctions électives.

Enfin, élevée au rang de principe du droit au même titre que le principe de l'égalité, l'équité devrait contribuer à renouveler la dynamique de ce dernier. En effet, en associant les deux principes sur la base d'une complémentarité - et non d'une substitution - l'ensemble des

règles et politiques qui ont tendance à corriger les inégalités serait couvert juridiquement, sans courir le risque d'une remise en cause de l'action publique ou des principes sur lesquels elle est fondée. En fin de compte, la parité nous offre une nouvelle façon d'interpréter et d'appliquer le principe d'égalité à l'aide du principe de l'équité.

La combinaison des principes d'égalité et d'équité se défend à partir du tangible qui existe dans le système juridique international et dans les systèmes nationaux. Les traités, les lois – voire constitutions – et la jurisprudence constituent les bases d'une telle combinaison. C'est pourquoi, outre les références au droit international et en particulier aux Droits de l'homme du Conseil de l'Europe, ainsi qu'au droit de l'Union européenne, le droit comparé a été, tout au long de l'étude, le cadre interprétatif limitée aux droits belge, espagnol et français – avec parfois des références à la Common Law.

Crise d'un principe "à bout de souffle"

Avec l'impulsion des révolutions américaine et française du XVIIIe siècle, les idées politiques et philosophiques ont développé le principe de l'égalité comme fondateur de l'État moderne qui, avec le principe de la liberté, est devenu plus tard un Etat de droit démocratique.

Sur le vieux continent, en vertu du principe dit de la légalité, fut conçue *l'égalité de tous devant la loi* pour mettre un terme à l'arbitraire. Mais c'est seulement à partir du XXe siècle, particulièrement après la seconde guerre mondiale, que le droit à l'égalité a commencé à se définir aussi comme un droit devant le législateur et que depuis lors, est ancrée l'idée, d'une part, d'un *droit à l'égalité devant la loi* (c'est-à-dire, dans l'application de la loi) et d'autre part d'un *droit à l'égalité dans la loi* (c'est-à-dire la loi face à l'auteur normatif).

Avec l'apogée de l'État-providence dans l'immédiat après-guerre, l'idée d'égalité a été étendue aussi à l'ensemble des droits dans les domaines économique et social avec la prétention généreuse d'offrir *l'égalité des chances* à tous les citoyens titulaires de droits civils et politiques mais aussi économiques, sociaux et culturels.

Or, les crises économiques récurrentes, initiées dans les années 1970, ont marqué les limites de la générosité de l'État-providence et ont donné lieu, entre autres, à de nombreuses critiques. Certains prétendent que cela a «fabriqué» des citoyens passifs ou assistés, tandis que d'autres dénoncent l'interventionnisme à outrance de l'État-providence en faveur des

droits sociaux, appelés «droits égaux» qui restreignent les libertés incarnées par les droits civiques.

Au fil du temps, de nouvelles inégalités sont apparues, mais l'État-providence, par l'action publique, ne parvient pas à sauver ces personnes de celles-ci. Le cadre institutionnel lui-même, dans lequel le principe de l'égalité s'est forgé, est remis en question, au moins à trois points de vue.

Tout d'abord, l'État est critiqué pour ne pas empêcher le développement de ces nouvelles inégalités alors que la «Providence» a été fondée sur le principe de l'égalité. Ainsi en s'interrogeant sur la portée de l'égalité, conçue comme une égalité des droits, le droit, ou plutôt la Justice, cherche *une autre égalité* qui propose une réponse *équitable* aux inégalités.

Deuxièmement, le système juridique et les institutions politiques qui le développent, sont affectés par une remise en question de son efficacité en maintenant une panoplie d'instruments qui ne servent plus à lutter correctement contre les inégalités ou les situations injustes. Le principe d'égalité doit accepter la compatibilité avec l'expérimentation de nouvelles normes destinées à les éradiquer.

En troisième lieu, la citoyenneté, comme collectif homogène et abstrait, est fragmentée par les demandes pressantes de la reconnaissance des identités spécifiques ou communautaires qui, ignorés, peuvent éloigner, en fin de compte, certains individus ou groupes d'individus de la légalité et de l'égalité. Le principe d'égalité doit s'adapter à ces réalités souvent historiquement cachées par cette citoyenneté abstraite qui n'a pas de sexe, couleur, race, etc.

Crise de la représentation et la citoyenneté

Cette fragmentation de la citoyenneté s'est accentuée dans le cadre de la représentation politique. Les électeurs - et les citoyens en général – se reconnaissent toujours moins dans leurs représentants parce que ceux-ci servent des institutions qui ne peuvent plus rendre effectif les droits garantis par l'État-providence.

En effet, en raison des carences institutionnelles, une dualisation politique a été générée, avec deux groupes différenciés dans notre société. D'une part, il y a des personnes qui jouissent d'une citoyenneté pleine et entière basée sur leur capacité de maintenir leurs propres droits - économiques et sociales. En revanche, les citoyens de seconde classe sont ceux qui souffrent

les obstacles dans l'exercice de ces mêmes droits parce qu'ils n'ont pas les moyens de le faire par eux-mêmes.

Cette «*summa divisio*» de la société a ainsi généré une ségrégation cachée dans la participation et la représentation politique des citoyens. Ceux de la première catégorie, ayant un statut socioéconomique, participent et ont une voix dans les assemblées politiques et dans la vie publique. Ceux de la seconde peuvent tout au plus participer passivement aux élections dans lesquelles ils sont sous-représentés.

L'absence des femmes dans la gouvernance

Un des symptômes de cette crise de la représentation et de la citoyenneté, réside dans la participation inégale entre les femmes et les hommes dans la gouvernance politique - et aussi économique-, inégalité qui se traduit par un manque d'opportunités pour les femmes de participer à l'exercice des mandats et fonctions électives.

La sous-représentation des femmes en politique est due à une reconnaissance tardive de leur droit de vote, en raison essentiellement de la conception traditionnelle du rôle des femmes dans les sociétés occidentales qui avaient, jusqu'à la seconde moitié du XXe siècle, leur activité limitée à la sphère privée et aux tâches ménagères, alors que la sphère politique était sous la responsabilité quasi-exclusive de l'homme.

Or, le pari de la redéfinition de la citoyenneté consiste surtout dans l'articulation des dimensions sociale et politique, dans le cadre de l'État-providence. Dans la question de la participation des femmes en politique, il s'agit de tenir compte de la capacité de celles-ci à imposer une définition de la citoyenneté qui intègre une dimension sociale. Les femmes deviennent alors sujets politiques quand elles considèrent les droits sociaux comme terrain de luttes et de négociations. Elles ont la capacité d'avoir un poids dans l'espace public et politique de par son implication dans les instances de la démocratie participative.

Par conséquent, la citoyenneté féminine doit adopter un caractère participatif et non passif. En d'autres termes, les femmes devraient être en mesure de représenter la société civile dans son ensemble et non seulement se contenter d'exprimer leur voix lorsqu'elles sont sollicitées à l'occasion d'un référendum, d'élections législatives ou locales. Il s'agit pour elles d'affirmer une présence effective dans les lieux politiques.

Entre l'évolution des mentalités et le besoin du renouvellement de la classe politique, l'ensemble des partis politiques - quelle que soit la tendance - et les gouvernements cherchent à assurer une représentation effective de la citoyenneté.

Mesures positives pour la participation des femmes à la vie politique

Conscients de cette nécessité de renouveau politique - et de la citoyenneté en fin de compte - en faveur des femmes, les dirigeants ont adopté des normes et des mesures visant à leur faciliter l'accès aux mandats et fonctions électives. Inspiré du droit international et de l'expérience nord-américaine, plusieurs ordres juridiques ont introduit les mesures dites d'action ou de discrimination positive dans le système de représentation politique (et socio-économique).

De manière générique, les mesures positives (action et discrimination) sont définies comme ayant tendance à (r)établir une égalité en faveur d'une personne victime de discrimination en raison de son appartenance à un groupe minoritaire, défavorisé ou désavantagé. Elles sont destinées à réaliser, dans un certain délai, l'égalité entre ce groupe et les autres qui ne sont pas discriminés. Les caractéristiques et les diverses formes de mesures positives font de celles-ci des dérogations expérimentales en ce qui concerne le principe d'égalité.

En effet, l'instauration de ces mesures positives est devenue ainsi une «révolution» dans la conception du principe d'égalité; une révolution qui a généré une certaine résistance au sein des juridictions constitutionnelles gardiennes du respect de ce principe fondamental de l'État de droit démocratique.

Les mesures positives sont incarnées dans différentes manières, mais dans le cas de la représentation et de la participation politique des femmes, les plus emblématiques, pour être entre autres très radicales, sont les quotas, d'une part et la parité, d'autre part. Ainsi, les premiers, appliqués en faveur des femmes comme un groupe historiquement désavantagé, correspondraient à une discrimination positive (car ils affectent les hommes qui se présentent sur la liste électorale) tandis que la seconde s'assimile plutôt à l'action positive parce qu'elle n'affecte pas directement le droit à une participation active à la vie politique.

La parité ou la boîte de Pandore

Malgré le fait que, comme toutes les mesures positives, les quotas et la parité ont trouvé leur légitimité dans leur caractère proportionné, justifié et provisoire selon l'objectif poursuivi – une représentation équilibrée – peu d'ordres juridiques ont instauré ces mesures positives.

Même si les quotas électoraux ont été les premiers à être adoptés, la parité qui a été axée, au-delà d'un objectif clair (30, 40 ou 60 %), sur une participation équilibrée des deux sexes dans les instances décisionnelles, repose sur l'idée que la société est «également» composée de citoyens et de citoyennes, et devrait par conséquent être représentée également aux postes de décision politiques. La polémique générée par la parité est à la mesure du radicalisme de celle-ci.

Sur le terrain politique, la parité constitue une obligation positive pour les acteurs du jeu politique et pour les partis en particulier. Cependant, il s'agit d'un type d'intervention juridique très difficile à manier pour plusieurs raisons. Ainsi par exemple, la parité est une obligation positive qui implique une collaboration effective des destinataires qui sont généralement réticents - parce qu'ils sont pour la plupart des hommes. Une autre raison réside dans l'idée que ce type d'obligation provient de la stratégie d'action ou de la discrimination positive; ce n'est plus une simple «égalité-protection», mais bien une «égalité-promotion».

Mais le plus difficile est l'incompatibilité entre la parité et le principe de l'égalité, tant du point de vue de leurs natures respectives que du point de vue de leurs portées ou leurs objectifs respectifs. Cette difficulté se reflète dans les débats parlementaires relatifs à l'adoption légale de la mesure paritaire ainsi que dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles des systèmes nationaux qui ont intégré la «démocratie paritaire».

Cette «démocratie paritaire» questionne le principe d'égalité, en mettant en cause la lecture classique de celui-ci, parce qu'en cherchant à créer un équilibre de représentation entre hommes et femmes dans la vie politique, elle constitue un changement radical dans la perception du principe traditionnel de l'égalité et de la non-discrimination, et consacre une égalité du genre concrète; ce qui dans la configuration classique, conduit à une distinction qui dénaturerait le principe d'égalité.

La parité ou la mesure équitable

En réalité, la parité ne cherche pas à compenser provisoirement une inégalité passée mais à établir définitivement une représentation équilibrée des sexes. C'est dans ce sens qu'elle se distingue de l'égalité.

En effet, la démocratie paritaire n'est plus l'acte des citoyens interchangeable, mais des hommes et des femmes paritairement représentés. Ainsi, la parité ne peut s'analyser comme une inflexion provisoire du principe d'égalité qui est la référence pour les «citoyens abstraits». Un autre concept, un autre principe de droit, peut constituer une base mieux adaptée à la nature et au développement de la mesure paritaire: l'équité.

Très proche du principe de l'égalité, pour le moins en apparence, l'équité a été redécouverte avec la *Théorie de la Justice* de John Rawls. Au contraire de l'égalité, l'équité vise l'équilibre afin d'établir la justice; ce que prennent à leur compte les mesures positives, y compris la parité, si elles s'inscrivent dans la proportionnalité et l'équilibre entre les intérêts individuels et l'intérêt général.

Or, entre la pudeur et la réticence, en raison de l'omnipotence du principe d'égalité, les législateurs nationaux européens n'introduisent pas explicitement l'équité dans leurs ordres juridiques respectifs. Son développement, souvent sous le couvert d'autres notions comme l'intérêt général, la raisonnable ou la proportionnalité, tient son origine dans l'office du juge qui recourt à elle pour combler une lacune du Droit ; lacune qui bien souvent se manifeste par une inégalité, un déséquilibre.

Le même juge contribue au renforcement ou du moins à l'établissement du lien entre l'équité et l'égalité comme principes complémentaires, ainsi qu'entre l'équité et la parité. De fait, avec l'appui de principes juridiques déjà bien implantés dans le Droit positif – l'intérêt général, par exemple – les jurisprudences européennes (CEDH-UE) et nationales ont contribué définitivement d'une part, au renforcement de l'équité et d'autre part, à une combinaison des principes d'égalité et d'équité.

L'équité, un principe complémentaire

En ce sens, l'équité ne s'oppose pas à l'égalité; au contraire, elle suppose des critères plus exigeants. Cette conceptualisation de l'équité conduit à distinguer la voie procédurale de

l'égalité, relative à l'égalité des droits, de la forme équitable de l'égalité, qui évoque l'égalité des chances; ce qui renouvelle une réflexion qui, dans les traditions juridiques européennes, oppose l'égalité formelle à l'égalité substantielle.

Comprise de cette façon, l'équité, comme principe de droit, permettrait l'adhésion à l'ensemble des mesures positives et peut contribuer ainsi à un renouvellement dynamique du principe d'égalité. Loin de remplacer ce dernier, le principe d'équité aurait un rôle complémentaire en ce qui concerne l'égalité.

En fin de compte, la parité s'inscrit dans le cadre du principe d'équité, en prenant comme référence – certes, indirecte - le principe d'égalité. Elle est la clef de connexion entre l'égalité et l'équité qui sont complémentaires et non antinomiques.

Une nouvelle interprétation du principe d'égalité

La combinaison des principes d'égalité et d'équité accompagne ainsi les mesures positives et au-delà, toutes les actions du législateur et de l'administration publique sur la base de l'égalité et de la justice. Cette combinaison offre une nouvelle lecture du principe de l'égalité, dynamique et sûre, du point de vue juridique. Les références au droit de l'ONU, de la CEDH et de l'UE ainsi que le droit comparé constituent un appui indéniable pour faire de l'association des deux principes quelque chose de tangible sur le plan juridique.

Cette association - qui s'inscrit dans une complémentarité et non dans le cadre d'une substitution - nous conduit à observer que l'ensemble des normes et des politiques publiques qui tendent à corriger les inégalités serait couvert juridiquement sans qu'il y ait pour autant une remise en cause de l'action publique ni des principes de droit dans lesquels elles s'inscrivent.

En d'autres termes, si la référence à ce double principe contribue à contenir les excès éventuels de tout dispositif normatif d'une mesure d'action ou de discrimination positive – telle la parité – elle permet aussi d'éviter les dangers d'un contrôle de proportionnalité ou de raisonabilité trop strict qui pèserait sur chaque acte ou décision prise. Celui-ci ne peut paralyser l'action publique au motif qu'elle enfreindrait le «sacro-saint» principe d'égalité. Aussi, au-delà de la question de la compatibilité de la parité, le double principe «égalité-équité» protège l'action publique contre ces restrictions juridiques et invite le législateur à

une plus grande créativité dans l'élaboration des règles positives destinées à rétablir l'égalité et la justice.

Par ailleurs, cette combinaison de principes nous rappelle que, en (re)lisant celui de l'égalité, il est indispensable de prendre en compte des données ou des sciences – politique, sociale, économique, statistique, etc. - qui ne relèvent pas du domaine juridique. Il est vrai que pour le juge qui doit se prononcer sur la validité d'un quota, de la parité ou de toute autre mesure positive, il lui sera difficile de se fonder exclusivement sur la science du Droit. Notre «binôme» fait ainsi le lien entre le juridique et le «non juridique». Il fait de l'égalité-même un principe ouvert à des considérations extérieures qui s'inscrivent dans le cadre de l'équilibre que soutient le principe d'équité.

Quant aux bénéficiaires de l'application de la combinaison de l'égalité et de l'équité, ils doivent pouvoir comprendre mieux l'objectif, la logique et la portée des dispositifs normatifs et des décisions de justice qui les affectent. D'une certaine manière, cette association de principes constitue une protection contre les actes, les textes liberticides et les mesures qui dépassent le cadre de l'égalité et de l'équité.

En définitive, cette nouvelle appréhension du principe d'égalité conduit à abandonner les interprétations antinomiques de l'égalité et de ses variantes qui ont nourri les débats juridiques dans les assemblées politiques et auprès des juridictions – européennes et nationales – qui avaient établi une «grille de lecture» obsolète de l'égalité. Elle a converti cette dernière en un principe dynamique et équilibré en adéquation avec les exigences, à la fois constantes et variables de nos sociétés démocratiques.