

Logiques de l'égalité

Écrit par

Olivier JOUANJAN



Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

RÉSUMÉ

La présente contribution propose une analyse théorique de la structure normative de l'égalité juridique qui met à jour les logiques inhérentes à ce concept. On découvre trois logiques fondamentales : celles de l'universalité, de la proportionnalité et de la comparaison. Une telle analyse nous impose de clarifier notre langage et notamment l'usage des mots d'identité et différence de traitements, de similitudes et dissimilitudes des situations afin de les distinguer clairement de ce qu'égalité veut dire. De même, on termine par quelques remarques critiques quant aux usages que l'on fait des notions de discrimination et non-discrimination. Cette démarche purement théorique et analytique pourrait aider à rationaliser davantage jurisprudences et doctrines de l'égalité juridique.

On entend proposer ici un exposé qu'on pourrait dire purement théorique et qui vise à contribuer à une analytique du concept juridique d'égalité, considéré du point de vue d'un système constitutionnel démocratique et libéral. Il ne s'agira ainsi ni d'une étude de jurisprudence, ni d'une analyse doctrinale. Il ne s'agira donc pas davantage d'une approche de droit comparé. On s'efforcera, à la place, de procéder à une réduction conceptuelle et logique du principe d'égalité, fondée sur une recherche menée depuis trente ans ⁽¹⁾, et dont le but est de mettre en évidence la structure normative de ce principe, ce que l'on pourrait aussi appeler sa grammaire normative fondamentale. Ce que signifient ces expressions peu usuelles s'éclaircira, on l'espère, dans la suite du propos.

On doit cependant préciser dès maintenant ce que « analytique du concept » veut dire ici. Cette expression recouvre deux aspects. Le premier est d'inspiration kantienne : tandis qu'un jugement synthétique ajoute au concept un prédicat qu'il ne contient pas, un jugement analytique se borne à prédiquer de ce concept l'un de ses éléments constitutifs. En ce sens, l'approche analytique poursuivie ici envisage de déployer, autant que possible, l'ensemble des moments contenus dans le concept-même de l'égalité. Ce faisant, elle vise à une analyse structurale ou structurante du concept. Le second aspect renvoie à un certain courant philosophique qui a connu des traductions dans la science du droit - qu'on pense, au XIX^e siècle, à John Austin - la philosophie dite « analytique ». Même si l'on n'entend pas lui faire allégeance, on admet son axiome de base, le plus simple, selon lequel il convient d'épurer notre langage, d'y pourchasser les ambiguïtés conceptuelles afin que nos opérations logiques gagnent en sécurité. L'intérêt pour la science juridique est évident dès lors que l'on n'oublie pas que « le droit est un langage qui diffère de tous les autres » ⁽²⁾. Le langage est certes l'instrument du droit, mais il est aussi davantage : il est son milieu vital, son biotope ainsi que la manière dont seulement il peut se faire et se *dire*. Le juriste travaille avec des textes en vue de produire du texte et le droit peut être dit « travail de textes » ⁽³⁾.

Une des tâches principales de la doctrine devrait donc consister en la critique des textes et des discours, qu'ils soient législatifs (au sens large), doctrinaux ou jurisprudentiels : il faut les faire passer et toujours repasser sous le rasoir d'Ockham. Le seul moyen inventé par les juristes afin de

rationaliser ce travail a été et demeure le travail des concepts, les analyser d'une part, mais aussi les faire travailler en vue de produire des solutions acceptables dans le cas d'espèce ⁽⁴⁾.

Or, les discours juridiques de l'égalité souffrent de certaines ambiguïtés ou insuffisances analytiques dont on entend mettre au jour ici, à tout le moins, les principales. Pour mémoire, on rappellera l'une de ces confusions. On a longtemps soutenu, et Kelsen parmi d'autres, que l'égalité devant la loi s'épuisait en une égalité dans la seule application de la loi et que l'imposition au législateur lui-même de cette égalité était contraire à la lettre du principe ⁽⁵⁾. Mais de quelle « lettre » s'agit-il ? Si le texte dit : « Tous les X (citoyens, nationaux, êtres humains) sont égaux devant la loi », dans un tel texte, pris à la lettre, égalité n'est pas un substantif - ce que la formule « égalité devant la loi » fait oublier - mais elle *qualifie* les X, dit leur qualité *devant* la loi, à savoir qu'ils doivent être considérés par la loi même comme des égaux (« aux yeux de la loi », dit parfaitement la Déclaration de 1789). L'affaire étant désormais entendue, on n'y insistera pas davantage. Mais l'histoire moderne du principe d'égalité a été marquée par d'autres confusions encore actuelles qu'on espère évacuer autant que possible, car il y va de la qualité de nos opérations logiques qui certes n'épuisent pas la complexité de l'argumentation juridique, mais en assure relativement la bonne tenue.

1. Universalité de l'égalité : misères de l'« égalité par la généralité »

Le principe général d'égalité (égalité devant la loi) ne renvoie à aucun champ d'application matériel. Il est général en ce sens, notamment, qu'il ne vise aucune activité sociale ou individuelle déterminée, aucun acte, aucun secteur spécifique. Il est donc doublement « général » : tout d'abord, du fait de son champ d'application personnel puisqu'il s'applique indifféremment à tous les X qu'il déclare égaux (nationaux, citoyens, êtres humains) ; ensuite, en raison de son absolue indétermination matérielle.

Dans l'énoncé « tous les X sont égaux devant (aux yeux de) la loi », « tous les X » forme ce que l'on peut appeler, au sens logique, la classe universelle de référence de l'égalité dite générale. Par ailleurs, ces X ne se différencient d'aucune manière en fonction de quelque critère que ce soit (d'activité, de fonctions, d'appartenance, de sexe, de race, etc.). C'est pourquoi l'on a dit que l'égalité s'appliquait *indifféremment* à tous ces X, à cette classe universelle de référence. S'ajoutent à cette égalité « générale », dans les textes, ce que l'on appelle des égalités *spéciales* parmi lesquelles on peut distinguer des égalités sectorielles ou objectives qui spécifient l'égalité dans certains domaines (l'impôt, le suffrage, l'accès aux emplois publics, etc.) et des égalités subjectives qui reposent sur des critères attachés à la personne (le sexe, la couleur de peau, la religion, l'orientation sexuelle, le handicap, etc.). On reviendra en conclusion sur la manière dont on devrait considérer la relation conceptuelle entre égalité générale et égalités spéciales. On se borne pour l'instant à l'analyse de l'égalité générale.

Quel est le périmètre de la classe universelle des destinataires de cette égalité générale ? Cela a varié dans l'histoire : en 1789, il s'agissait de « tous les citoyens », au XIX^e siècle de « tous les nationaux » (les Français, les Allemands, les Suisses etc.), mais aujourd'hui, dans les États démocratiques et libéraux, la classe universelle recouvre en principe l'universalité des êtres humains. Autrement dit, dans de tels systèmes constitutionnels, on peut dire que la classe universelle de l'égalité (au sens logique) est devenue pleinement universelle (au sens matériel). Du point de vue éthique, on ne peut que s'en réjouir, mais au plan logique, cela ne change rien à l'analyse.

Ce qui importe, pour la logique de l'égalité, c'est que cette classe universelle est précisément universelle. Que, *prise en elle-même* (on expliquera plus bas l'importance de cette précision), l'égalité ne *différencie* pas. Et c'est en cela que tient la raison pour laquelle le discours traditionnel et qui n'a pas complètement disparu selon lequel la *généralité* de la loi pourrait satisfaire l'égalité doit être tenu pour logiquement nul et non avenu. Ce discours est profondément lié à celui de l'égalité devant la loi comme égalité dans l'application de la loi, car si la loi est générale (impersonnelle et abstraite), elle garantirait par elle-même son égalité d'application. On a dit en introduction que l'égalité dans la seule application de la loi méconnaissait complètement la lettre même de l'égalité. Il en va de même avec l'égalité par la généralité. L'égalité ne peut être que par l'universalité.

La loi générale pose des critères (impersonnels, abstraits) en vue de déterminer son champ d'application. Elle construit des catégories. C'est évidemment inévitable. De ce fait, elle *différencie*. Et elle différencie nécessairement au sein de la classe universelle et indifférenciée des égaux (devant la loi). Mais se borner à la simple généralité de la loi, c'est renvoyer au législateur ordinaire le soin de créer de nouvelles sous-classes, selon des critères objectifs ou subjectifs à l'intérieur même de la classe universelle de ceux qui ont un droit à l'égalité. C'est permettre au législateur ordinaire de faire ce à quoi le législateur constitutionnel se refuse et ce qu'il prohibe.

Pourtant, tout système juridique distingue et différencie, à défaut on aurait non pas un système, un ordre, mais un droit purement et simplement absurde. Or, d'un autre côté, l'égalité pose et impose un principe d'indifférence : tous sont égaux devant, et donc dans la loi. On fait donc face à une apparente contradiction. Pour sortir d'un tel paradoxe, il convient de préciser nos concepts, de clarifier notre langage : il faut distinguer les notions de base. Pour ce faire, il faut commencer par notre concept d'égalité. Mais il convient de garder à l'esprit que la loi certes différencie, l'égalité constitutionnelle, quant à elle, non.

2. Logique de l'égalité « proportionnelle »

Tous les systèmes juridiques auxquels on se réfère ici, conçoivent l'égalité comme une égalité « proportionnelle » et l'on renvoie généralement, à titre de justification, à une tradition née avec Livre 5 de l'*Éthique à Nicomaque* d'Aristote. Cela se traduit par la formule traditionnelle : « À situations égales traitement égal ; à situations inégales, traitement inégal. » Cependant, cette formule doit précisément nous inviter à la plus grande circonspection quant à sa formulation même.

Prenons cette proportionnalité au sérieux. Soit une situation S^1 et un traitement T^1 , s'il s'agit maintenant de déterminer le traitement T^2 qui doit être attribué à une situation S^2 , et s'il s'agit d'assurer une égalité proportionnelle de traitement entre S^1 et S^2 , alors il faut que $S^1/S^2 = T^1/T^2$. Ce n'est là qu'une métaphore mathématique, mais l'on voit clairement que si S^1 et S^2 diffèrent, alors T^1 et T^2 doivent dans la même proportion différer afin que, entre les deux proportions, puisse être placé un signe d'égalité. Le même traitement attribué à S^1 et à S^2 obligerait à mettre un signe d'inégalité entre les deux proportions. Si l'égalité juridique est conçue comme proportionnelle, alors nous devons la comprendre comme ce signe entre deux proportions. Il s'agit certes d'une évidence triviale, mais celle-ci devrait nous rendre attentif à notre langage.

Une telle présentation mathématique ne constitue qu'une métaphore en ce sens que situations et traitements ne sont pas des grandeurs mathématiques ou formalisables. Les situations sont des réalités concrètes auxquelles se réfèrent des normes qui les déterminent en les différenciant, et les traitements, des règles de droit plus ou moins complexes énoncées par un texte. Appliquer le principe d'égalité consiste à comparer entre elles les situations et, entre eux, les traitements afin de savoir si l'on peut placer entre S^1/S^2 et T^1/T^2 un signe d'égalité. Or ces comparaisons ne relèvent pas de procédures formelles mais supposent des appréciations matérielles.

C'est un truisme que de dire qu'il existe un nombre sinon infini, du moins incalculable de différences entre deux situations individuelles : il n'y a donc pas de situations *identiques*. Toute loi générale simplifie la complexité du réel en catégorisant par la fixation de critères abstraits de distinction. Le contrôle d'égalité évalue la qualité de cette catégorisation et doit donc refaire une même opération de simplification, indépendante toutefois de celle qu'a déjà effectuée le législateur. Il s'agit dès lors d'évaluer les critères du législateur pour, le cas échéant, lui opposer d'autres critères. Dans cette opération, il ne s'agit pas de découvrir des situations « égales » ou « inégales » puisqu'elle n'est qu'un moment dans le jugement d'égalité, qui suppose encore la comparaison des traitements. Les situations ne sauraient donc être dites « égales » ou « inégales ». La question est de savoir si elles sont, au regard du but de la loi -- on y reviendra -- comparables ou non du point de vue d'une appréciation matérielle et concrète, autrement dit, si elles doivent être considérées comme *semblables* ou *dissemblables*⁽⁶⁾.

Les traitements, quant à eux, sont soit *identiques*, soit *différents*. Ils ne sauraient être dits *égaux* ou *inégaux*, en droit, tant que la proportion avec les situations n'a pas été établie. Une différence de traitement n'est donc pas, en soi, une inégalité de traitement, ni une *discrimination*. Est inégale ou discriminatoire la différence de traitement de deux situations qui doivent pourtant être considérées comme semblables. Mais, conformément à la logique de l'égalité proportionnelle, l'identité de traitement de deux situations devant être considérées comme dissemblables est de la même manière et tout autant inégale ou discriminatoire.

Une formulation plus juste du principe de proportionnalité inhérent à l'égalité juridique serait donc : *À situations semblables, traitements identiques, à situations dissemblables, traitements différents.*

3. Logique de la comparaison

Si l'on admet ce qui vient d'être dit, l'on voit que le principe d'égalité est une forme particulière du principe de proportionnalité, une proportionnalité *dans la comparaison*. Ce n'est pas la comparaison des traitements qui pose véritablement problème puisqu'ils sont identiques ou différents. La première difficulté dans la mise en œuvre de l'égalité réside dans le choix d'une méthode de comparaison des situations. Puisque les situations ne sont pas semblables ou dissemblables en soi, mais doivent être *considérées comme* semblables ou dissemblables, il faut déterminer le *point de vue* d'après lequel elles doivent être qualifiées de semblables ou dissemblables.

Or, l'appréciation des situations est toujours qualitative, même lorsqu'elles sont distinguées par un critère quantitatif (un niveau de revenus, le nombre de salariés d'une entreprise etc.), puisqu'elle a pour but de justifier ou non l'application d'un ou plusieurs régimes juridiques substantiels. Il n'est guère nécessaire d'insister sur le fait qu'une telle appréciation comporte toujours et nécessairement un certain moment subjectif d'évaluation. Il est donc vain de vouloir éliminer ce dernier. On ne rationalisera jamais pleinement le résultat d'une application de l'égalité en ce sens où l'on pourrait déterminer avec certitude que ce résultat est vrai ou faux. Le croire, confondant valeur et vérité, c'est risquer d'introduire un biais idéologique dans l'analyse⁽⁷⁾. On peut cependant fixer un schéma méthodologique suffisamment rationnel qui ne saura certes pas *déterminer* l'application, mais à tout le moins, la *guider*.

Puisque la comparaison des situations suppose une simplification radicale de la complexité du réel, le moment décisif de la mise en œuvre de l'égalité tient en la détermination du *tertium comparationis*, c'est-à-dire de ce point de vue unifié d'après lequel la comparaison devient possible. Cette question se pose à la fois à l'autorité qui établit les règles (on prendra ici le cas du législateur, mais ce pourrait être tout aussi bien l'autorité réglementaire), à celle qui les contrôle (ici le juge) et à celle qui critique (la doctrine). Or, pour éviter un jugement purement subjectif, une bonne méthode exige de rechercher ce *tertium comparationis* hors de soi, auprès d'une instance qui dispose d'une autorité relative ou non, mais en tout cas suffisante. L'autorité de la Constitution, à laquelle s'ajoute, pour le juge ou la doctrine, celle, relative, du législateur lui-même. C'est donc dans ou à partir du système juridique hiérarchisé qu'il convient de rechercher ce point de vue comparatif. On objective ainsi la méthode.

D'un autre côté, l'idée même de proportionnalité relève d'une logique *instrumentale*. En fonction d'un certain but (qui doit être légitimé par l'ordre juridique), les moyens auxquels recourt le législateur doivent être proportionnels (c'est-à-dire appropriés, nécessaires et proportionnés au sens strict). Si l'égalité est conçue comme étant en elle-même « proportionnelle », on doit y retrouver la même logique. C'est donc un certain but qui seul peut justifier le moyen consistant à traiter de la même manière deux situations, ou à les traiter différemment.

On se permettra ici de regretter que, après bien des hésitations, le Conseil constitutionnel français ait abandonné l'idée d' *objectif* de la loi au profit de celle de l' *objet* de la loi. En effet, l'objet d'une loi établissant une différence de traitement n'est-il pas précisément cette même différence de traitement ? À partir de là, on court le risque de ne pas éviter le paralogisme ou le sophisme. C'est à partir de l'objectif, du but poursuivi par le législateur qu'il faut comparer les situations, à défaut de quoi l'on perd la logique même de l'égalité juridique en tant qu'égalité proportionnelle.

Il faut bien sûr tout d'abord évaluer l'objectif législatif au regard des normes constitutionnelles. Celui-ci peut être prescrit par la Constitution (objectifs à valeur constitutionnelle), encadré par celle-ci (les « facultés contributives » pour l'égalité fiscale) ou laissé indéterminé, sous la réserve que le but poursuivi soit d'intérêt général⁽⁸⁾. Si le législateur poursuit un but contraire à ou incompatible avec la Constitution, il n'est pas même besoin d'appliquer l'égalité pour le censurer. Si en revanche, l'objectif doit être tenu pour constitutionnellement légitime, c'est à partir de lui qu'il convient d'opérer le contrôle de l'égalité.

Il s'agit alors d'évaluer, à partir de là, la pertinence des distinctions faites entre les situations : les différentes situations typifiées par le législateur, les considérant comme semblables ou dissemblables, sont-elles en correspondance avec le but légitime recherché⁽⁹⁾ ? Si ces typifications législatives apparaissent raisonnables, il s'agit alors d'entrer dans la dernière phase du jugement d'égalité, celle que l'on appellera de l' *équipondération*.

4. L'universalité par la proportionnalité : l'égalité comme équipondération

S'il s'agissait d'en rester à ce stade de l'application de l'égalité, on n'aurait à vrai dire pas gagné grand-chose par rapport à la formule, plus haut critiquée, de l'égalité par la généralité. Il suffirait de vérifier seulement que les classes générales établies par le législateur ne sont pas absolument arbitraires, qu'elles ont un certain sens au regard du but poursuivi. Pour atteindre à l'universalité contenue dans le principe, il faut encore une étape, celle de l'application de la proportionnalité proprement dite. Il faut en effet non pas seulement comparer les situations, mais aussi les comparer en leur affectant leurs traitements respectifs.

Si l'on admet de considérer qu'un traitement donne à la classe générale à laquelle il est attribué son poids spécifique dans le système juridique, il s'agit de faire en sorte que S^1 , pondéré par T^1 , placée sur l'un des plateaux de la balance de la justice, soit en équilibre avec S^2 , pondéré par T^2 . C'est cela qu'entend signifier le terme ici utilisé d'« équipondération », l'exigence d'un système équilibré de poids et mesures (juridiques) dans le traitement des différentes catégories de personnes.

Pour ce faire, il faut appliquer à l'égalité les principes de la proportionnalité : une différence ou une identité de traitement, en fonction des catégories auxquelles elles s'appliquent, sont-elles appropriées et nécessaires au regard du but légitime poursuivi ? *Ultima ratio*, n'imposent-elles pas à une de ces catégories, un traitement, par comparaison, insupportable, de sorte que la balance s'effondre nécessairement d'un côté⁽¹⁰⁾ ?

Telle est la condition nécessaire autorisant à mettre un signe d'égalité entre S^1/S^2 et T^1/T^2 . Ce faisant, on donne véritablement sa dimension universelle à l'égalité : « tous », indépendamment de leur appartenance à telle ou telle catégorie légale, sont, devant la loi, comme des égaux « équipondérés » : ils sont sur un *pied d'égalité* malgré leurs différences. Tel est le principe de l'égalité de tous devant la loi : il suppose d'être *transcatégoriel*, sans cependant exiger l'identité de traitement de tous.

Il exige du législateur (ou de l'autorité réglementaire) ce que la jurisprudence et la doctrine allemandes appellent une « cohérence (ou littéralement : justice) systématique » (*Systemgerechtigkeit*) : si le législateur, en fonction des buts légitimes qu'il poursuit, décide de traiter de telle manière telle catégorie de personnes, le principe d'égalité l'oblige à ne pas traiter d'une autre manière injustifiable telle autre catégorie. En ce sens, il se lie lui-même par l'effet de l'égalité. Ce dernier entraîne donc un effet d'autolimitation (*Selbstbindung*) du législateur. Ce principe d'autolimitation est ainsi inhérent

5. Sur la notion de « discrimination »

Dans le langage courant, le mot discrimination est employé pour désigner une différence de traitement tenue pour injustifiée et injustifiable. C'est généralement dans le même sens que les juristes emploient ce mot : une différence de traitement qui ne passe pas avec succès le test de l'égalité. En son principe, l'égalité générale prohibe toute discrimination. On propose ici de s'en tenir à ce concept. Mais il appelle quelques remarques.

D'abord, il s'agit de préciser ce que « traitement » (juridique) veut dire. Il est bien sûr, en première analyse, dans le texte même de la loi, dans l'objet même de celle-ci en tant qu'elle distribue, entre certaines situations typifiées, tel ou tel régime juridique. Mais le conceptualisme modéré qu'on défend ici ne signifie pas *formalisme*. Les normes juridiques visent à produire un effet social et individuel, elles possèdent un effet d'induction politique et social. Du point de vue de l'égalité, la loi ne doit avoir ni pour objet, *ni pour effet* d'établir une discrimination réelle, concrète. Telle est une difficulté supplémentaire dans l'appréciation de conformité à l'égalité. Une identité *formelle* de traitement peut induire une différence substantielle, réelle, sociale et, le cas échéant, une discrimination. Si l'on se place du point de vue de l'instance de contrôle de la loi, un facteur décisif quant à l'appréciation des traitements tient au moment d'intervention de cette instance. Pour simplifier : un contrôle *a priori* (ou très proche du moment de l'édiction du texte) ne peut procéder qu'à un *pronostic* quant aux effets possibles ou probables de la norme contrôlée ; un contrôle effectué après une certaine durée d'application de la loi, peut en revanche, et devrait établir un *diagnostic* des effets éventuellement discriminatoires. Mais cela suppose que, par ses méthodes d'instruction, le juge de la loi assume d'être un véritable juge du fait. Une discrimination est une différence concrète de traitement.

Par ailleurs, on qualifie les principes spéciaux et subjectifs d'égalité (à raison du sexe, de la « race », de la religion etc.) de « principes de non-discrimination ». Mais le principe général d'égalité tolérerait-il certains « discriminations » ? Ce serait détruire de l'intérieur le concept même de l'égalité juridique. Mieux vaut considérer ces principes comme des *spécifications* de l'égalité. À travers eux, le constituant prohibe le recours à tel ou tel critère de différenciation des traitements. Ou les soumet, pour utiliser une terminologie américaine, à la *strict scrutiny*, à un contrôle renforcé de la part du juge. Mais ces principes ne procèdent pas d'une autre logique que celle qui préside à l'égalité. Ils la renforcent.

La dernière remarque sur ce point concerne la notion, si prisée en France, de « discrimination positive ». Si l'on en revient à la définition donnée plus haut du mot « discrimination », qui ne peut être que « négative », il s'agit d'un oxymore. On peut avoir du goût littéraire pour les formulations oxymoriques, mais elles clarifient peu le discours juridique. En effet, s'il s'agit de compenser par certains dispositifs juridiques des situations objectives d'inégalité sociale, le principe général d'égalité peut suffire, renforcé en tant que de besoin par certains objectifs de valeur constitutionnelle (dignité, État ou République sociale). Nul n'est besoin du concept de discrimination positive à cette fin. En revanche, ce que les Américains appellent *affirmative action* -- et l'on souhaiterait qu'on adopte en France l'expression « action affirmative » -- touche un problème plus spécifique qu'il convient de bien mettre en lumière. Il s'agit précisément de recourir à un critère en principe prohibé ou à tout le moins suspect (le sexe, la couleur de peau etc.) afin de compenser une discrimination sociale réelle par un dispositif particulier (l'exemple type étant celui des quotas) dans certains systèmes de distribution (*allocation* en anglais) de biens rares (places à l'université, accès aux emplois publics, marchés publics etc.). Quelles que soient les réponses que les divers systèmes juridiques apportent à cette question, il s'agit d'un problème très spécifique, qui sans doute pose une difficulté particulièrement aiguë aux systèmes égalitaires de nos constitutions, mais qui - telle est la thèse ici soutenue - n'échappe pas à la logique générale de l'égalité.

6. Remarques conclusives

Les considérations qui précèdent se bornent à tenter de mettre en lumière une logique générale de l'égalité juridique. Elles ne prétendent aucunement à régler tous les problèmes d'application du principe. Il ne s'agit certainement pas d'étouffer l'esprit de finesse par l'esprit de système. Il n'y a aucune rationalité absolue inhérente à l'égalité juridique. Mais on peut en rechercher la rationalité quant à ses *conditions* d'application, c'est-à-dire un schéma général de mise en œuvre, qui puisse permettre de discuter un peu rationnellement, l'application au cas concret. Le principe d'égalité impose une obligation de justification. Cette justification suppose l'examen de réalités sociales qui ne sont pas susceptibles d'être réduites en algorithmes, en déterminations formelles à partir desquelles il suffirait de calculer l'égalité. Ce qui est proposé ici part d'un principe modéré de raisonnabilité plus que de rationalité.

L'égalité s'applique à des types très divers de réalités. Un critère législatif peut distinguer au sein de ce que l'on pourrait appeler une structure moléculaire de la société (par ex., entre différentes professions : médecins hospitaliers, infirmières, sages-femmes, aides-soignantes qui n'ont pas les mêmes responsabilités, qui exercent des rôles sociaux différents), mais il peut aussi fixer, dans une certaine structure sociale continue des seuils (de revenus, de nombre de salariés dans une entreprise, etc.). Dans ce dernier cas, il est évident qu'il existe des effets de seuils et donc de véritables inégalités de traitement entre ceux qui sont juste en dessous du seuil et ceux qui se trouvent juste au-dessus. Le propos n'est donc pas d'offrir une clé en vue d'une application certaine de ce principe, mais seulement de mettre au jour ce que, malgré toutes ses difficultés d'application, le concept

d'égalité veut dire.

(1) : Sans ajouter beaucoup d'autres notes infrapaginales, je me permets de renvoyer aux études que j'ai consacrées au principe d'égalité, notamment en droit allemand, où l'on trouvera les références doctrinales et jurisprudentielles nécessaires : Olivier Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Économica, 1992 ; « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits* 16/1992, p. 131 ; « L'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », Conseil d'État, *Études et documents* n° 48, 1996, p. 411 ; « Égalité », D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2003, pp. 585 ; « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus politicum*, n° 7, 2012, [www.juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-gardien.html] ; « Kelsen et l'égalité devant la loi : une critique », *Droit international et culture juridique. Mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Pédone, 2015, p. 461. Pour une mise au point plus récente, on se reportera à l'intéressante thèse d'Elsa Fondimare : *L'impossible indifférenciation : Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Paris [x], 2018.

(2) : André Magdelain, *Jus Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, École française de Rome, 2015, p. [xix.]

(3) : Friedrich Müller, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996 ; Friedrich Müller et Olivier Jouanjan, *Avant-Dire-Droit*, Presses universitaires de Laval, 2007.

(4) : Depuis la fin du [xix]^e siècle s'est développée une critique de ce que Rudolf von Jhering avait appelé la « *Begriffsjurisprudenz* », la « jurisprudence des concepts » c'est-à-dire un conceptualisme juridique radical dont la Pandectistique allemande semblait être le modèle, « la scolastique dans la science romaniste » (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1884, p. 337). Ce mouvement s'est développé sous diverses formes telles que le réalisme, le sociologisme voire, plus tardivement, un étrange « existentialisme » juridiques. Toutefois, on rappellera que pour sortir des impasses de « conceptualisme » qu'il diagnostiquait, Jhering s'est employé à reconfigurer le concept de « droit subjectif » (qui devient avec lui un « intérêt juridiquement protégé »). Ensuite, ce qu'il critiquait était davantage un certain concept, essentialiste, du concept juridique et l'empire absolu qu'on lui octroyait dans le travail juridique. Et il convient certainement de briser cet empire : le concept ne dit pas tout de sa propre interprétation, application et concrétisation. On se permettra de paraphraser une formule célèbre de Kant : un concept sans le concret est vide, mais le concret (la vie juridique, l'application) sans concept est aveugle et ne peut conduire qu'à ce que Max Weber, dans sa *Sociologie du droit*, appelait une « justice de cadî ».

(5) : C'est une telle thèse que défendait encore, en 1982, Charles Leben, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *Rev. dr. pub.* 1982, pp. 295-353.

(6) : Puisqu'il existe un nombre incalculable de différences entre les situations, il s'agit donc de déterminer un point de vue qui permettra de sélectionner parmi ces différences celles qui sont pertinentes ou non, ce qui doit permettre de typifier ces situations d'après des critères généraux afin de considérer et déclarer ces situations semblables ou dissemblables. Ce n'est donc pas *en elles-mêmes* qu'elles sont telles ou telles, mais en fonction d'un regard déterminé qui les *considère* pour en établir, d'un point de vue nécessairement normatif, non pas l'identité ou la différence, mais la similitude ou la dissimilitude *relative* et conditionnée par ce point de vue.

(7) : Cette position adopte le principe du *non-cognitivism axiologique*, à savoir que les valeurs ne sont pas objectives ou, plus exactement, qu'il n'existe aucune méthode scientifique permettant d'établir la vérité d'une valeur. Il s'agit d'une question épistémologique, celle de la connaissabilité des valeurs. On peut renvoyer évidemment à Max Weber et au débat sur la neutralité axiologique dans les sciences sociales au début du xx^e siècle et plus récemment, pour la science juridique, à Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Pour une critique de la fonction axiologique du droit », du même, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2000, p. 77.

(8) : On laisse pour le moment de côté la question des principes dits de non-discrimination, c'est-à-dire d'égalité selon le sexe, la « race », etc.

(9) : À ce stade, il ne s'agit que de « pertinence » ou de « correspondance », une simple première étape qui n'achève pas le contrôle.

(10) : Il s'agit ici de la « proportionnalité au sens strict », telle que définie par la jurisprudence allemande : un traitement est disproportionné au sens strict lorsqu'il n'est pas supportable (*zumutbar*) par celui qui le subit, même s'il apparaît approprié (*geeignet*) et nécessaire (*erforderlich*).

Citer cet article

Olivier JOUANJAN. « Logiques de l'égalité », Titre VII [en ligne], n° 4, *Le principe d'égalité*, avril 2020. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/logiques-de-l-egalite>

