

ADRESSE

**ASSOCIATION RÉGIE PAR LA LOI, POUR LE DEVELOPPEMENT DES
RECHERCHE ET ETUDES SOCIOLOGIQUES, STATISTIQUES ET ECONOMIQUES
4, Villa Adrienne Simon, 75014 Paris-France, TEL :01 43 35 32 05**

LA DOUBLE DISCRIMINATION À RAISON DU SEXE ET DE LA RACE OU DE L'ORIGINE ETHNIQUE : Approche juridique

Synthèse du Rapport Final décembre 2002

**Convention de recherche FASILD / Service des Droits des Femmes
Ministère de l'emploi et de la Solidarité.**

**Marie-Thérèse LANQUETIN
IRERP- UNIVERSITE PARIS X NANTERRE**

Ce rapport a été l'occasion de réunions avec l'équipe de chercheurs de l'URMIS de l'Université de PARIS VII : Véronique de RUDDER, Christian POIRET, François VOURC'H, et Catherine QUIMINAL.

Ont également participé à ces réunions , Anissa ALLOUACHE, Frédéric FLAHAUT, Thierry RUCKEBUSCH et Marie TENAILLEAU de l'Université de PARIS X NANTERRE, ainsi que Marie-Thérèse LETABLIER du CENTRE D'ETUDES de L'EMPLOI (CEE). Au cours de ces réunions ont été essentiellement abordées la question de la polygamie et des « Affirmative action » pratiquées aux Etats-Unis et au Royaume –Uni. Le mémoire de Stéphanie ZAKS a permis d'illustrer les contradictions du principe de non discrimination appliqué au travail à temps partiel.

Les recherches sur les discriminations reposant sur le croisement des deux variables “ sexe et origine ethnique ou race ” sont extrêmement rares en France.

Cette rareté est à opposer à la situation des pays anglo-saxons ou à celle du Québec. Certains auteurs¹ se sont interrogés sur la faiblesse de la production de connaissances sur les femmes “ immigrées ” en France et en Europe. Mais les recherches existantes sont dispersées et portent davantage sur les inégalités que sur les discriminations. Dans ce cas de figure, elles relèvent d’une seule approche disciplinaire. Il existe néanmoins quelques enquêtes qualitatives dont c’est explicitement l’objet².

Cette dimension, n’est pas absente d’autres études, mais elle n’est alors qu’un aspect de recherches plus générales sur “ la pauvreté ”, “ l’exclusion ”, “ les banlieues difficiles ”...³ une classe d’âge⁴ ou les discriminations dans “ un bassin d’emploi ”, le pays de Montbéliard⁵, par exemple.

La rareté constitue donc une première difficulté d’une recherche sur la double discrimination de “ sexe et de race ou d’origine ethnique ” mais en montre bien la nécessité. Elle est à rapprocher également d’une plus grande rareté de recherches juridiques sur le sujet alors que le cumul de discrimination est une situation ordinaire et que les normes de droit international, de droit européen, de droit constitutionnel et de droit du travail sont abondantes. Il est classique de lire, d’entendre que le dispositif juridique est suffisant mais que les mentalités ne suivent pas. Cette analyse est inexacte dans la mesure où un texte ne signifie rien par lui-même. Son sens est à constituer, les normes sont à mobiliser pour leur faire produire ce sens. Il s’agit donc d’un droit pour l’action. Il convient donc de mobiliser le droit, de constituer son sens pour lutter contre les discriminations.

Cette recherche sur la double discrimination se situe donc dans une perspective essentiellement juridique. Partant des acquis juridiques et sociologiques récents en la matière, elle propose une analyse sur deux plans complémentaires : le premier plan est celui de l’« universel », c’est-à-dire l’idée d’« outils juridiques communs » pour traiter les différentes discriminations. Le second plan est celui des spécificités et de l’historicité de chaque discrimination dont la connaissance est nécessaire pour lutter de manière adaptée contre les différentes formes que peuvent prendre les discriminations. En effet, si le droit a généralement été absent du traitement des discriminations en raison d’un certain scepticisme à son égard, il semble retrouver une certaine légitimité. Une culture du droit est en train de se développer parce que le droit permettrait aujourd’hui de mieux comprendre les phénomènes discriminatoires et offrirait des moyens d’action.

¹ A. GOLUB M.MOROKVASIC, C.QUIMINAL (1997), *Evolution de la production de connaissances sur les femmes immigrées en France et en Europe*, Migrations Sociétés, vol.9, n°52, juillet-août, p.19

² N.FRIGUL (1999), “ Femmes étrangères doublement discriminée ” *Plein Droit* n°41-42, avril ; D.DUPREZ et M.LECLERC-OLIVE (2001). “ Femmes issues de l’immigration : entre communauté et citoyenneté ” in SCHNAPPER D., *Exclusions au sein de la Cité*, Anthropos, Ed. Economica N.AMAR (2001) “ Les jeunes femmes diplômées de l’enseignement supérieur, issues de l’immigration, Rapport AFIIJ.

³ Françoise GASPARD et Farhad KHOSROWKHAVAR, 1995, *Le foulard et la République*, Ed. de la Découverte.

⁴ Mohammed REBZANI, *Des jeunes dans la discrimination*, PUF 2002

⁵ Azerty Conseil et Iskra (2000) *Les discriminations dans le Pays de Montbéliard*, novembre.

L'UNIVERSALITÉ JURIDIQUE DE LA DISCRIMINATION

I – LE CONTEXTE JURIDIQUE GENERAL

Ce contexte est caractérisé par l'internationalisation et la constitutionnalisation du droit. L'internationalisation résulte de l'intégration progressive du droit communautaire dans notre droit interne qui provoque des évolutions significatives. Mais ces évolutions résultent également de l'influence du droit international des droits de l'Homme. Le droit interne est aussi travaillé par un mouvement de constitutionnalisation qui conduit, notamment en droit du travail à faire, si nécessaire, une application directe de dispositions constitutionnelles.

Dans ce contexte de réorientation de l'ordonnement juridique, il importe de préciser le sens des termes et d'abord celui de « discrimination » lui-même qui a fait l'objet de définitions du droit international. Dans un sens commun, discriminer ce n'est pas seulement distinguer mais simultanément hiérarchiser, traiter de façon moins favorable. Le langage juridique a dans l'ensemble intégré cette connotation négative et la discrimination apparaît comme la distinction ou la différence de traitement illégitime, arbitraire, celle que l'on veut proscrire.⁶

Mais la non discrimination permet-elle de réaliser l'égalité ? La question est aujourd'hui débattue, mais il y a, semble-t-il, un espace entre principe d'égalité et principe de non discrimination car la portée des deux principes ne serait pas la même. Si la Constitution affirme le principe d'égalité, c'est par une norme plus technique que se réalise en partie le principe d'égalité. De plus, une règle de non discrimination n'a ni la même signification ni la même portée qu'une règle d'égalité. Une règle de non discrimination ne parvient pas à l'égalité même, même si elle y contribue.

Mais l'intérêt du principe de non discrimination est certain. La prohibition d'une différence à raison d'un motif tel que le sexe et/ou la race ou l'origine ethnique est d'abord l'élément clef pour qualifier une discrimination. Mais ce motif a une autre fonction sur le plan juridique, fonction qualifiée de procédurale. Parce qu'un tel motif est interdit, son utilisation deviendra suspecte. L'auteur de la distinction aura à lever un doute sur la raison de la distinction opérée. Ce qui suggère un déplacement de la charge de la preuve.

Ceci étant, il existe aussi une opposition entre une conception large et une conception plus restrictive de la discrimination et/ou de l'égalité. Ainsi, pour le Conseil d'Etat, si le principe d'égalité conduit à interdire, en toutes circonstances, certaines différences de traitement, il ne conduit pas à exiger de l'auteur de la règle que des situations différentes soient traitées différemment. L'égalité siègerait dans la généralité de la règle. Le droit communautaire au contraire cherche à réaliser l'égalité en fait et en droit, ce qui impose l'application à des situations différentes de règles différentes. Cependant, en droit interne et spécialement en droit du travail la conception qui s'impose n'est pas univoque. Elle peut être plus ou moins extensive selon les domaines.

Enfin, sur le plan théorique, il faut noter le rapport étroit qu'entretiennent l'égalité et la liberté, les deux notions relevant de la catégorie des droits fondamentaux. En droit du travail, les deux textes clefs sont respectivement l'article L.120-2 du Code⁷ qui résulte de la loi du 31

⁶ Danièle Lochak, « La discrimination et la loi du marché » in s/ dir. Daniel Borillo, *Lutter contre les discriminations* Ed. La Découverte 2003, p. 11-37

⁷ Article L.120-2 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés des restrictions qui ne seraient pas justifiées

décembre 1992 et l'article L.122-45⁸ qui trouve son origine dans la loi du 4 août 1982 mais qui accueille la plupart des modifications législatives intervenues depuis et relatives à la discrimination.

L'évolution du droit de la discrimination doit beaucoup au droit communautaire et spécialement aux constructions jurisprudentielles de la Cour de justice des Communautés européennes. De plus, dans les années récentes, de nouvelles directives ont été adoptées concernant la « discrimination raciale ou ethnique » avec un champ d'application plus large que l'emploi (directive 2000/43)⁹, la discrimination dans l'emploi (Directive 2000/78)¹⁰ et l'égalité de traitement entre hommes et femmes (Directive 2002/73)¹¹. Cette dernière directive modifie la directive 76/207¹² en matière d'égalité entre hommes et femmes, laquelle a servi de point d'appui avec l'article 119¹³ du Traité de Rome, à l'élaboration jurisprudentielle. Cet acquis communautaire inspire aujourd'hui les textes qui concernent les autres motifs de discrimination.

La construction du droit en la matière porte d'une part sur la construction de notions et d'autre part sur la construction de régime juridique (essentiellement le régime de la preuve).

II – LA CONSTRUCTION DES NOTIONS

Telle qu'elle se présente aujourd'hui, la notion de discrimination est définie comme une notion objective qui peut être directe ou indirecte.

Notion objective d'abord, en ce sens que la notion se définit par ses effets et non en référence aux intentions de l'auteur de l'acte. Cette conception objective est déjà présente dans la convention 111 de l'OIT du 25 juin 1958.

La discrimination peut ensuite être directe ou indirecte.

La discrimination directe

La discrimination directe est définie de la manière suivante dans les nouvelles directives :

“ Une discrimination directe se produit lorsqu' ... une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ”.

La notion ne prend sens que si la ou les personnes visées se trouvent “ dans une situation comparable ” à celle d'une ou de plusieurs personnes.

Le texte élargit dans le temps la comparabilité. Non seulement la comparaison porte sur des situations actuelles mais aussi sur des situations passées. Le passé pris en considération dans le syntagme –“ ne l'a été ”- peut jouer ainsi différents rôles puisqu'il s'applique à des situations comparables et non à une même situation. L'expression peut viser une succession

⁸ dont la dernière version résulte de la loi du 16 novembre 2001.

⁹ Directive 2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. JO CE 19/7/2000 L.180/22.

¹⁰ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. JO.CE 2 /12/2000 L.303/16.

¹¹ Directive 2002/73 du Conseil relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail, J.O CE 3 octobre 2002

¹² Directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

¹³ Concernant l'égalité de rémunérations entre travailleurs masculins et féminins. Il a été modifié par le Traité d'Amsterdam (art.141)

d'emplois et des situations passées (une femme moins rémunérée qu'un homme ne l'a été, situation qui a donné lieu à de la jurisprudence communautaire mais aussi nationale)

Mais le texte va plus loin dans l'élargissement de la comparabilité. Par l'utilisation du conditionnel -“ ne le serait ”-, il permet de comparer le traitement d'une personne avec une autre personne hypothétique. Cela permet de s'interroger sur le point de savoir si le traitement serait le même si des hommes remplaçaient des femmes ou inversement. Il convient de rappeler ici que les critères de classifications professionnels devraient être communs¹⁴ indépendamment du point de savoir quelle catégorie de personnes effectue le travail.¹⁵

Cette comparaison hypothétique permet de répondre à la question de savoir s'il y a toujours une comparaison. Tant dans les affaires Dekker¹⁶ que Barber¹⁷, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a ainsi eu recours à une comparaison hypothétique.

Enfin, la comparaison à l'aide des tests de situation dite “ testing ” peut également être envisagée. Pratiquée au Royaume-Uni dans le domaine de la discrimination “ raciale ” ou de l'origine ethnique, elle consiste à pratiquer une comparaison au moment de l'embauche entre des personnes d'apparence différente mais ayant la même qualification. L'Association *SOS Racisme* a pratiqué ce testing à l'entrée de “ boîtes de nuit ” mais aussi au moment de l'embauche, dans une perspective de répression pénale. Pourrait-il l'être en matière de discrimination à raison du sexe ? Sans doute, quand systématiquement des femmes ne sont pas embauchées alors que les hommes le sont. Les jugements de compétence interfèrent ici également quand systématiquement certaines qualités sont attribuées aux hommes au détriment des femmes¹⁸.

La discrimination indirecte

Elle est caractérisée par une mesure apparemment neutre qui aboutit pourtant au même résultat que s'il y avait discrimination directe. Mais à la différence de la discrimination directe elle peut cependant être justifiée objectivement à condition que l'objectif soit légitime c'est-à-dire non discriminatoire et que la mesure soit proportionnée à l'objectif poursuivi, c'est-à-dire que les moyens pour l'atteindre sont appropriés et nécessaires.

Alors que la directive de 1976 n'en donnait pas de définition, celle de 2002 la définit, mais cette définition est différente de celle retenue par la directive 97/80 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe¹⁹. Selon la directive 2002/73 on entend par discrimination indirecte : “ *la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou*

¹⁴ Article 1 alinéa 2 de la directive 75/117 du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins . Egalement article L.140-3 du Code du travail mais aussi la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : Soc29 octobre 1996 PONSOLLE et Soc. 15 décembre 1998 CHATET.

¹⁵ Directive 75/117 du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe d'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins. Article 1 alinéa 2

¹⁶ CJCE 8 novembre 1990, aff.C-177/88 DEKKER Rec. 3941.

¹⁷ CJCE 17 mai 1990 Aff.262-88 BARBER Rec. I-1889.

¹⁸ CJCE 17 octobre 1989 Aff. 109-88 DANFOOS, Rec. 3199.

¹⁹ M.T. LANQUETIN “ Discriminations à raison du sexe. Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe ” Droit social n°7/8juillet-août 1998, p.688-695.

cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires ”.

Là encore la parenté de cette définition avec celle contenue dans les directives 2000 est évidente. Et cette définition est plus large que celle retenue dans la directive de 97/80 très centrée sur les comparaisons statistiques. Selon cette dernière directive, la discrimination indirecte était définie par référence à *“ une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre qui affecte une proportion nettement plus élevée d’une personne d’un sexe, à moins que ... ”*

La nouvelle définition est l’aboutissement d’une évolution jurisprudentielle qui tend vers une définition unique de la discrimination indirecte.

L’évolution jurisprudentielle :

Son élaboration s’est progressivement faite dans le domaine de la discrimination à raison de la nationalité et de la libre circulation. La volonté de la CJCE était la réalisation de l’égalité en fait et en droit. A partir des années 1981, la Cour a étendu cette construction à la matière de l’égalité entre hommes et femmes. Mais le recours à cette notion n’a pas eu la même fonction en matière de libre circulation des travailleurs et en matière d’égalité entre les hommes et les femmes. Dans le premier cas, il s’agissait de ne pas porter atteinte à la libre circulation des travailleurs migrants par des discriminations à raison de leur nationalité. Dans le second cas, la question centrale était de faire prendre conscience des différences de traitement entre les hommes et les femmes et donc l’accent a été mis sur la preuve de la discrimination. Et c’est dans ce domaine que la CJCE a été la plus innovante en élaborant un processus probatoire, construit au fil des arrêts, et repris dans la directive 97/80²⁰. L’arrêt de principe est l’arrêt Bilka du 13 mai 1986²¹. Dans cette affaire, une société de grands magasins avait institué un régime de pensions d’entreprise pour ses employés. Les travailleurs à temps partiels ne bénéficiaient de ce régime qu’à la condition d’avoir travaillé à temps plein au moins 15 ans sur une période de 20 ans. Une salariée avait demandé à bénéficier de cette pension alors qu’elle ne remplissait pas la condition posée qu’elle estimait discriminatoire. La question posée à la CJCE était de savoir si cette mesure n’était pas indirectement discriminatoire puisque les travailleurs à temps partiel étaient majoritairement des femmes. Ce à quoi la Cour avait répondu :

“ L’article 119 est violé lorsqu’une mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d’hommes, à moins que l’entreprise n’établisse que la mesure s’explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ”.

L’employeur devait alors justifier sa politique en montrant la légitimité de son objectif et la proportionnalité des moyens (c’est-à-dire *“ appropriés et nécessaires ”*).

Ainsi, pour identifier des mesures, neutres en apparence mais susceptibles d’être interdites, la CJCE a utilisé comme critère l’impact disproportionné d’une mesure : lorsqu’une mesure apparemment neutre *“ affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d’un sexe ”*, la mesure sera considérée comme suspecte, fera présumer une discrimination à moins que l’auteur ne la justifie objectivement. La dimension sociologique, à savoir la situation minorée des femmes sur le marché du travail qui se traduit par une différence mesurée statistiquement,

²⁰ Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, directive qui sera transposée en droit français par la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001. (JO.du 17)

²¹ CJCE 13 mai 1986 Aff.170-84, BILKA, Rec. 1607

révèle la discrimination. C'est cette conception qui est reprise dans l'article 2 de la directive 97/80, mais imparfaitement car le texte fait référence d'abord aux " moyens appropriés et nécessaires " avant même que ne soit examinée la finalité de la mesure et ce indépendamment de l'examen de l'absence de discrimination sexuelle.

La Cour de justice a cependant apporté un certain nombre de correctifs à cette recherche de la discrimination indirecte concernant les hommes et les femmes. Dans une affaire Regina/Seymour du 9 février 1999²², la Cour a cherché à réduire l'importance du critère des données statistiques en montrant que si ces dernières en l'espèce, " révélaient un écart moindre mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période entre les travailleurs masculins et féminins qui remplissaient la condition de deux années d'emploi " une telle situation révèle une apparence de discrimination. Dès lors il appartiendrait au juge national d'apprécier les conclusions à tirer de telles données statistiques²³.

Par ailleurs, les formulations de la CJCE ne sont pas constantes s'agissant du cadre d'appréciation d'une mesure apparemment neutre. Le cadre de la comparaison doit être suffisamment large et se faire entre groupes comparables composés majoritairement mais pas exclusivement de travailleurs de l'un et l'autre sexe. Ce cadre d'appréciation peut porter sur des ensembles plus ou moins grands. Mais comment les choisir ? Cette étape est décisive pour permettre de présumer une discrimination. Elle repose sur le salarié qui n' a guère les moyens de procéder seul à cet examen. Dans les affaires portées devant la CJCE, le salarié était soutenu soit par une organisation syndicale, soit par une agence spécialisée.

Les directives 2000 ne reprennent pas la même définition de la discrimination indirecte. L'article 2 par.2 b dispose " *une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ".

La structure est commune aux définitions. La méthode d'analyse est comparative et s'attache à mesurer *a posteriori* les effets de la mesure en cause sur des groupes de personnes. Mais le critère est différent. Si, pour analyser les discriminations à raison du sexe, l'approche est quantitative –statistique-, au travers de la recherche de l'impact disproportionné, les directives 2000 empruntent au domaine de la libre circulation des travailleurs migrants des critères qualitatifs liés aux caractéristiques propres de ces groupes.

La formulation recherchée est destinée à trouver une définition unique de la discrimination indirecte. Une définition large permet de couvrir tous motifs énumérés dans l'article 13 du Traité d'Amsterdam. La dimension statistique en effet ne serait guère utile pour faire présumer une discrimination indirecte à raison de l'état de santé ou de l'orientation sexuelle, par exemple.

A la recherche d'une définition unique : Impact disproportionné / Mesure susceptible de créer un désavantage particulier

²² CJCE 9 février 1999 .

²³ Cf. points 60 et 61. Sur cette question également Yann LEROY, « Les éléments d'appréciation de la discrimination indirecte en matière d'égalité entre hommes et femmes » Droit ouvrier, Mai 2001, p.229-236.

La définition retenue par les directives 2000 ne retient pas de manière centrale la référence aux données statistiques pour révéler la discrimination indirecte. Cette solution s'explique pour partie, au moins, par la position adoptée par la France lors de l'élaboration de ces textes. Il a été soutenu que les données statistiques ne pourraient pas être utilisées concernant la notion de discrimination indirecte de la directive 2000/43 en raison des exigences constitutionnelles qui affirment que la France assure " l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion " (article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958). La France manifesterait ainsi son refus du " communautarisme ".

Dans une version antérieure de la directive, la France voulait introduire les termes, "*par sa nature*", pour éviter de recourir à une mesure statistique : une discrimination indirecte existe lorsqu'un critère.. apparemment neutre est susceptible, par sa nature, d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes ".

L'objectif était de créer une indétermination entre ce qui " par nature " discrimine et ce qui a pour effet de discriminer. Cette difficulté ne serait pas totalement levée avec la formulation finalement adoptée puisqu'il est néanmoins fait référence à des groupes ! La France a pris la précaution de réserver l'utilisation des données statistiques en faisant adopter au point 15 de l'exposé les motifs de la directive 2000/43 la disposition suivante : " l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ... conformément au droit national ou aux pratiques nationales qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques ".

Des critiques peuvent cependant être apportées à la position française. Il ne s'agit pas ici de pré-constituer des groupes en vue d'actions positives mais de constater *a posteriori* l'existence de groupes aléatoires en fonction de pratiques d'employeurs dans une entreprise, dans un bassin d'emploi, pratiques justement contraire au droit, au principe républicain et auxquelles il convient de mettre fin. L'identification des groupes de personnes discriminées est à définir de manière *ad hoc* devant le juge, à l'occasion de chaque affaire judiciaire.

En effet, l'employeur a le privilège du préalable. Dans cette perspective, l'utilisation d'un critère met en lumière les groupes de personnes discriminées (plusieurs critères peuvent être combinés entre eux, par exemple : les personnes systématiquement non embauchées sont de couleur et portent un patronyme " d'origine africaine ").

Le " testing " (test de situation) relève de cette démarche. Il s'agit de la mise en situation d'individus aux critères objectifs identiques (âge, formation, diplôme, niveau de qualification, expérience professionnelle) mais d'origine ethnique différente, ayant donc des caractéristiques différentes (couleur, nom, prénom) pouvant susciter une discrimination. La Chambre criminelle de la Cour de cassation²⁴ a admis récemment la preuve par testing, le rejet systématique de la personne étrangère ou supposée l'être caractérisant la discrimination

Lors de l'élaboration de la directive 2002/73, cette discussion fut reprise car il s'agissait à la fois de ne pas abandonner le critère statistique auquel il est fait référence dans la directive 97/80 parce que fort utile pour donner à voir la discrimination, et de retenir une définition unique. La définition finalement retenue se veut cumulative, quantitative et qualitative ce à quoi fait référence l'exposé des motifs au point 10. Elle s'exprime dans l'utilisation du pluriel " des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe ".

²⁴ Deux arrêts ont été rendus par la Chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de " testing " : Cass.crim 12 septembre 2000 et Cass. Crim. 11 juin 2002.

La CJCE décidera en réalité du critère pertinent pour révéler telle ou telle discrimination. Il n'y aura plus obligation d'apporter des données statistiques, mais, dans certains cas, elles pourront s'avérer pertinentes pour révéler le désavantage occasionné par une mesure, un critère ou une pratique.

III- LA CONSTRUCTION DU REGIME JURIDIQUE DE LA DISCRIMINATION

Le droit de la preuve

Le droit de la preuve connaît une évolution importante sous l'impulsion du droit communautaire. " *Il résulte de la jurisprudence de la Cour que la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victime d'une discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe d'égalité* " (de rémunération). La Cour de Justice en effet a construit un mode probatoire en deux étapes, synthétisé dans l'article 4 de la directive 97/80²⁵ ainsi que dans l'article 8 de la directive du 29 juin 2000 et c'est la même formulation qui est reprise dans la directive 2000/78.

§ 1 " Les Etats membres , conformément à leur système judiciaire prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non respect à son égard du principe d'égalité de traitement établi devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement

§ 2 La présente directive n'empêche pas les Etats membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse

§ 3 Les Etats membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente

La France devait transposer la directive 97/80 du 15 décembre 1997 avant le 1er janvier 2001. La loi de modernisation sociale déposée au mois de mai 2000 par le gouvernement a repris, mais avec des formulations quelque peu différentes, les deux étapes du régime probatoire du droit communautaire. Finalement c'est par la loi du 16 novembre 2001 que le texte a été adopté. Par ailleurs, la Chambre sociale de la Cour de cassation, avant même l'adoption du projet de loi a mis en oeuvre ce régime probatoire dans deux arrêts, l'un du 23 novembre 1999 concernant une discrimination à raison du sexe, l'autre du 28 mars 2000 en matière de discrimination syndicale. Les attendus de principe sont là aussi quelques peu différents.

En réalité, la loi, répartit les rôles entre le salarié, l'employeur et le juge. Le salarié doit apporter des éléments de fait suffisamment précis pour emporter la conviction du juge, pour qu'il y ait présomption de discrimination (présomption simple). Auquel cas, le juge pourra jouer un rôle actif. Le rôle du juge est ici déterminant. Ce régime probatoire est seul à même de garantir l'efficacité de la lutte contre les discriminations et montre bien que la règle posée est une règle substantielle, une règle de fond.

²⁵ Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, directive qui sera transposée en droit français par la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001. (JO.du 17)

*L'exigence de justification*²⁶

Ce qu'il est important de souligner concerne l'exigence de justification. Celui qui adopte une mesure doit la justifier. Mais que signifie cette exigence de justification ?

La justification par l'employeur des différences de traitement s'apparente à une forme particulière d'argumentation, en ce sens où cette justification n'a pas l'ambition d'établir la vérité. Elle n'est pas l'expression d'un discours sur le réel mais sur des valeurs qui sont au fondement de ses choix

Pour le logicien Chaïm Perelman, qui s'efforce de mettre en avant la valeur des justifications dans l'ordre de la raison pratique, ce qui distingue la justification de la logique formelle ou même des sciences positivistes, c'est précisément " qu'elle ne concerne pas tant la vérité que l'adhésion ".²⁷

Selon cet auteur, cette acception de la notion de justification s'oppose à la démonstration scientifique et plus généralement à toute logique formelle et empirique.

Formulée d'une autre manière, il semble que l'objet du débat sur la justification n'est pas la vérité d'une proposition, mais la valeur d'une décision, d'un choix, d'une action considérés comme justes, équitables, opportuns, honorables ou conformes au droit.

En résumé, la justification prend les traits d'une argumentation circonstanciée puisant sa force dans les valeurs qu'elle mobilise dans l'ordre du raisonnement pratique. Toujours selon Chaïm Perelman, la justification conduit à " la production d'instruments de la conviction visant à provoquer ou à accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment ".²⁸

La justification apparaît donc comme l'imposition à la charge de l'employeur, mais aussi plus largement à l'auteur d'une mesure, d'une obligation d'explicitation des raisons de certains de ses choix. Cette obligation impose à l'auteur de la mesure d'avancer des arguments qui ont pour finalité de légitimer ses actions.

Comme le suggère Frédéric Guiomard, " cette opération semble recouvrir deux opérations distinctes : l'employeur doit expliciter son acte, et le juge doit l'évaluer ".²⁹

Ce faisant il semble que l'originalité de la notion de *justification* puisse être traduite de la manière suivante : le droit impose le respect d'une procédure conduisant l'auteur de la mesure à expliciter les raisons de ses actes. Ce dernier est invité à présenter des justifications c'est-à-dire des raisons l'ayant conduit à accomplir un acte. Ces raisons sont ensuite soumises à un contrôle judiciaire portant sur leur légitimité.

Il est donc réducteur de définir la notion de *justification* comme la seule obligation mise à la charge d'un particulier d'avoir à énoncer les raisons de ses actes. L'étude de la justification fait apparaître une autre dimension à ce concept. La *justification* comprend également *l'institution d'un contrôle de la rationalité par un for externe* c'est-à-dire par un *juge*. En effet, la discrimination est une atteinte à un droit fondamental juridiquement protégé. S'il apparaît au cours du procès que la mesure a été adoptée pour un motif prohibé, le juge ne peut que constater la discrimination aucune justification n'étant admise.

²⁶ Sur cette question Frédéric GUIOMAR, *La justification des mesures de gestion du personnel* Thèse Université Paris X Nanterre 2000

Thierry RUCKEBUSCH *La justification patronale des différences de traitement* Mémoire de DEA Université Paris X Nanterre 2001

Marie-Ange MOREAU, « Les justifications des discriminations », *Droit social*, décembre 2002. P. 1112-1124.

²⁷ Chaïm PERELMAN et L.OLBRECHTS-TYTECA *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 5^{ème} édition, Ed. Université de Bruxelles 1992 spéc. p.5

²⁸ Frédéric GUIOMARD, préc.

²⁹ spéc.p.21

Mais, si la mesure n'est pas adoptée apparemment en raison d'un motif prohibé, s'engage une étape où l'argumentation de l'auteur de la mesure est soumise à un contrôle de rationalité en lien avec la finalité poursuivie par l'employeur. L'absence de cohérence de la narration qui naît principalement du fait que les arguments déployés s'opposent entre eux, constitue la meilleure preuve que les arguments sur lesquels ils se fondent ne sont pas rationnels. Le débat sur les faits est ici essentielle. L'on peut reprendre l'adage de Loysel : “ *C'est le fait qui fait le droit* ”.

Le périmètre de la notion de discrimination dépend des catégories de justifications qui seront acceptées par le juge, de l'équilibre qui sera trouvé entre principe de non-discrimination et exigences de l'emploi et plus largement du marché. S'il apparaît que la mesure a été prise en raison d'un motif prohibé, aucune justification ne sera acceptée. S'il apparaît que la mesure peut se justifier par des raisons objectives et indépendantes du critère prohibé, un débat contradictoire pourra s'engager devant le juge, l'employeur faisant valoir la légitimité de la mesure et sa proportionnalité à l'objectif poursuivi.

Cette étape est particulièrement décisive au regard de l'effectivité du droit de la discrimination. Si la lutte contre les discriminations doit garantir le respect d'un droit fondamental, quel sera le degré d'exigence du juge ? Comment sera apprécié " un véritable besoin de l'entreprise " ? " Les forces du marché " peuvent-elles justifier une discrimination apparente ?

Mais d'autres catégories de justification méritent d'être discutées et évaluées car elles peuvent être chargées de préjugés. L'exemple type se trouve dans l'affaire Danfoss³⁰ dans laquelle l'employeur pour justifier une différence de rémunération s'appuyait sur le critère de la flexibilité. La Cour de justice répond : “ Il y a lieu de faire une distinction selon que le critère de la flexibilité est utilisé pour rémunérer la qualité du travail effectué par l'employé ou qu'il est utilisé pour rémunérer l'adaptabilité de l'employé à des horaires et des lieux de travail variables.

Dans le premier cas, le critère de la flexibilité est incontestablement neutre sous le rapport du sexe. Lorsqu'il aboutit à défavoriser systématiquement les travailleurs féminins, cela ne peut être que parce que l'employeur l'a appliqué de manière abusive. Il n'est pas concevable, en effet, que la qualité du travail effectué par ces derniers soit généralement moins bonne. L'employeur ne peut, dès lors, pas justifier l'utilisation du critère de flexibilité, ainsi entendu, lorsque son application se révèle systématiquement défavorable aux femmes ”.

Ces justifications qui sont nécessairement appréciées dans un contexte donné impliquent une clarification du processus de décision de l'employeur.

La question est encore peu explorée en droit national en raison de la faiblesse du contentieux mais aussi d'un manque de réflexion et d'échanges sur ces questions.

Reste que la question de la justification ne se présente pas sous le même angle selon la discrimination en cause.

Certains motifs prohibés visent l'état des personnes, le sexe, la couleur de la peau, l'orientation sexuelle, l'âge. D'autres visent la prise en compte d'une activité ou d'une action : activité syndicale, exercice du droit de grève. D'autres encore concernent l'exercice de libertés personnelles comme la liberté d'opinion, d'expression. Enfin, certains de ces motifs ont un caractère public, d'autres relèvent de la vie privée.

L'on comprend que certaines prises en considération soient plus facilement " objectivables " que d'autres. Ainsi, le développement du contentieux relatif à la discrimination syndicale dans

³⁰ préc.

la période récente s'explique, en partie, par la connaissance des milieux syndicaux des pratiques de marginalisation des adhérents et des militants. Cette même connaissance des situations de fait ne s'est pas manifestée s'agissant des discriminations rencontrées par les femmes alors que la jurisprudence communautaire donne, surtout depuis 1986, des " outils " pour appréhender de telles situations.

La question de la justification permet de réintroduire une réflexion sur les principes de justice à un moment où l'on parle beaucoup de " droits fondamentaux ". C'est l'occasion aussi d'une remise en cause de normes qui correspondent à des groupes sociaux dominants au détriment des individus qui n'appartiennent pas à ces groupes³¹

C'est donc l'avènement d'un mode nouveau et original de régulation juridique. Ce n'est plus le modèle traditionnel développé par le droit pour coordonner les actions des personnes privées. Avec l'obligation faite aux employeurs d'explicitier les raisons des choix de l'entreprise, le rapport entre le droit et l'action tend à devenir un rapport procédural. Les actes préparatoires à la décision de l'employeur font partie intégrante de la validité de l'acte lui-même. Le processus de décision permet ou non de légitimer l'acte lui-même. Et le contrôle du juge qui s'exerce sur les différentes étapes doit s'en trouver facilité.

IV- LES ACTIONS POSITIVES

Les actions positives en droit communautaire et en droit français.

En droit communautaire³²

La directive révisée dispose au paragraphe 8 : “ *Les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes* ”.

La directive renvoie ainsi au Traité d'Amsterdam et à la disposition qui est censée mettre un terme aux difficultés d'interprétation soulevées par le paragraphe 4 de l'article 2 de la directive de 1976.

Rappelons cette disposition : “ la présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ”.

La Cour de justice avec les arrêts Kalanke³³ et Marshall³⁴ a interprété de façon restrictive cette disposition. L'égalité des chances était considérée comme une exception au principe d'égalité de traitement. La formulation de l'article 141(4) se veut une réponse à ces difficultés. Il dispose : “ *Pour assurer concrètement la pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle le principe d'égalité n'empêche pas les Etats membres de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous représenté ou à prévenir ou compenser des*

³¹ Cf II ème partie.

³² Recommandation du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes (84/635/CEE)

³³ CJCE 17 octobre 1995 aff. C-450/93 Rec. I 3069

³⁴ CJCE 11 novembre 1997 aff.C-409/95 Rec.

désavantages dans la carrières professionnelles ”. Et le point 14 de l’exposé des motifs de la directive 2002 renvoie à la déclaration n° 28 annexée au traité d’Amsterdam selon laquelle “ au vu de la situation actuelle, les Etats membres devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle ”. Il ne s’agit plus de prévoir de tels avantages seulement en matière d’égalité de rémunération comme le prévoyait le protocole social annexé au Traité de Maastricht.

Parallèlement une évolution de la jurisprudence de la CJCE s’est dessinée à partir de l’arrêt Badeck³⁵ même si l’arrêt Abrahamson³⁶ a semblé marquer le pas. Mais celui-ci s’inscrit bien dans une logique « méritocratique » : une préférence ne vaut qu’à la condition qu’il y ait une équivalence réelle des qualifications et des mérites respectifs des candidats sélectionnés. C’est ce qui a conduit à écarter une candidate qui, bien qu’ayant des qualifications suffisantes n’a pas été préférée à un candidat ayant des qualifications supérieures.³⁷

Christa Tobler³⁸ montre comment la CJCE est passée d’un strict raisonnement en termes de principe à exception à un contrôle de la proportionnalité des mesures adoptées. Le principe étant l’égalité de traitement comprise comme une égalité entre individus libres et égaux, l’exception était d’interprétation stricte et ne pouvait en aucun cas être « absolue et inconditionnelle »³⁹. Un raisonnement en terme de proportionnalité est différent puisque le juge considère la finalité de la mesure et si cette mesure est nécessaire et strictement proportionnée à l’objectif poursuivi. L’arrêt Lommers⁴⁰ est révélateur de cette nouvelle analyse.

Une telle évolution signifie surtout que l’Union européenne a changé de nature depuis le Traité d’Amsterdam, l’adoption d’une Charte des droits fondamentaux à Nice en décembre 2000 et la démarche « constituante » actuelle. La citoyenneté européenne devrait permettre de changer la nature des justifications dans l’admission d’actions positives. Le Traité était surtout un traité économique libéral et les justifications admises étaient d’abord « marchande » ou « industrielle ». Avec les évolutions récentes une justification citoyenne se dessine peut-être ;

Mais la vraie difficulté réside actuellement dans le fait que l’adoption d’actions positives n’est pas, en droit communautaire, une obligation pour les Etats membres : “ *Le principe d’égalité n’empêche pas les Etats membres de maintenir ou d’adopter...* ”. Si la France adopte la même définition des actions positives que le droit communautaire, elle s’en différencie en refusant de les appliquer aux inégalités rencontrées à raison du sexe ou de “ la race et de l’origine ethnique ” au nom du refus du communautarisme.

³⁵ Katell BERTHOU, Sur les actions positives (CJCE 28 mars 2000,BADECK) Droit social 2000, p. 901 et s.

³⁶ CJCE 6 juillet 2000, Aff.C-407/98.

³⁷ Sur cette question cf. Marie TENAILLEAU, *Les Actions positives dans l’emploi en faveur des femmes. Une comparaison des jurisprudences canadienne et communautaire*, Mémoire de DEA 2001, Université Paris X Nanterre, p.148

³⁸ Christa TOBLER, *Positive action under the revised second equal treatment Directive*, Colloque EWLA et Association françaises des femmes juristes (AFFJ) Paris 20,21 septembre 2002 à paraître, Dalloz 2003.

³⁹ CJCE Kalanke 17 octobre 1995, aff. C-450/93 Rec. I 3069 préc.

⁴⁰ CJCE 19 mars 2002, aff.C-476/99 LOMMERS non encore publié.

*La conception française des actions positives*⁴¹

Jusqu'à une date récente, une grande partie de la doctrine française considérait que les "actions positives" contrairement à ce qui se passe aux Etats-Unis⁴² ou au Canada n'ont pas droit de cité en France. Cette affirmation s'appuyait sur la conception universaliste du droit de l'égalité que fait prévaloir le Conseil constitutionnel. En prohibant absolument les discriminations fondées par exemple sur la race, l'origine, la religion ou le sexe, la Constitution française aurait dressé un obstacle infranchissable privant le législateur de toute possibilité de créer des actions positives. L'argument principal invoqué par les tenants de cette thèse résidait dans le précédent constitué par la décision du 18 novembre 1982, quotas par sexe, dans laquelle le Conseil constitutionnel avait jugé qu'une discrimination positive favorable aux femmes en matière électorale était contraire au principe d'égalité. Toutefois, il ne semble pas qu'on puisse tirer comme conclusion de cette affaire une condamnation générale et sans appel de la pratique des quotas et plus largement des actions positives en France car l'annulation prononcée par le Conseil était "intervenue dans un domaine particulièrement sensible qui était celui du droit de l'éligibilité en matière d'élections politiques".⁴³

On peut en déduire que les actions positives peuvent être considérées comme valides dès lors qu'elles n'interviennent pas dans des domaines comme le domaine électoral ou celui du droit pénal où elles pourraient remettre en cause l'exercice de droits fondamentaux aussi importants que le droit de suffrage ou la liberté individuelle. Par conséquent, la question qui se pose aujourd'hui n'est pas tant de savoir si le principe même des actions positives est admis mais plutôt à quelles conditions une action positive peut être jugée conforme à la Constitution.

Un domaine restreint

En France, prévaut une conception universaliste du principe d'égalité. La loi est la même pour tous et les seules distinctions admises concernent les « vertus et les talents ».⁴⁴

Le domaine d'application des actions positives reconnues conformes à la Constitution paraît essentiellement restreint à deux secteurs : celui de l'accès à la fonction publique et celui de la réduction des inégalités entre différentes parties du territoire national.

A la différence de la situation nord américaine où les mesures d'*Affirmative Action* se caractérisent "par les efforts entrepris pour élargir les "opportunités" (c'est-à-dire les chances) des femmes, des minorités raciales ou ethniques en prenant en compte l'appartenance de ces personnes à ces groupes qui ont été l'objet de discrimination"⁴⁵ cette conception apparaît assez éloignée de la conception française. La France, dans le droit fil de la conception républicaine, reste indifférente au droit des groupes, au droit des minorités ethniques, culturelles ou religieuses.

⁴¹ Développements empruntés à Louis FAVOREU et alii *Droit des libertés fondamentales* Dalloz 2002, Chapitre 5 par F.MELIN-SOUCRAMANIEN, «Le droit de l'égalité» pp. 305 et s.

⁴² Daniel SABBAGH « L'affirmative action : effets symboliques et stratégie de présentation » in s/ dir. Geneviève KOUBI et Gilles GUGLIELMI, *L'égalité des chances*, Ed. de la Découverte, 2000.

⁴³ Louis FAVOREU préc.

⁴⁴ Article 6 de la Déclaration des droits de 1789 : « Tous les citoyens étant égaux (devant la loi) sont également admissibles à toutes dignités, toutes places ou emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

⁴⁵ F.MELIN-SOUCRAMANIEN, préc. p. 306

La définition formulée par le Conseil d'Etat semble mieux adaptée à la situation française. Aux termes de cette définition l'action positive serait "une catégorie particulière de discrimination justifiée, mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité"

Dès lors plusieurs critères permettant d'identifier une action positive peuvent être déduits de ces différentes définitions :

- I- il faut qu'à l'origine il y ait une inégalité de fait
- II- à celle-ci doit répondre une différenciation juridique de traitement
- III- cette dernière doit être finalisée, elle doit résulter de la volonté expressément manifestée de l'autorité normative d'accorder un avantage à une catégorie déterminée de citoyens ayant soufferts de discriminations dans le passé
- IV- la différenciation juridique de traitement doit être positive en ce sens qu'elle implique une idée de compensation, de rétablissement de l'égalité passant par une rupture d'égalité
- V- le but de l'autorité normative étant de parvenir à l'égalité de fait, la différenciation juridique de traitement est nécessairement temporaire et doit cesser lorsque l'égalité est rétablie.

En conséquence on peut proposer de définir une action positive comme constituant une différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles.

Si l'on se range à cette définition finalement assez stricte de la notion d'action positive, il apparaît finalement que le droit français en comporte tout de même un grand nombre aussi bien en matière de services publics qu'en matière économique et sociale ou en matière électorale.

Le juge constitutionnel français reconnaît donc au législateur le pouvoir de réaliser certaines actions positives. Toutefois cette faculté reconnue au législateur de rompre l'égalité de droit pour parvenir à l'égalité de fait, parce qu'elle constitue une dérogation à un droit fondamental est interprétée strictement par le juge constitutionnel et reste en pratique subordonnée au respect de conditions bien identifiées.

Ainsi, d'une part, elle ne peut s'exercer que dans des domaines précis, comme celui de la fonction publique ou le domaine économique et social, dans lequel le contrôle juridictionnel du respect du principe d'égalité par le législateur est restreint parce que les droits fondamentaux comme le droit de suffrage ou la liberté individuelle ne sont pas susceptibles d'être remis en cause.

D'autre part, si le législateur peut valablement créer des actions positives dans ces domaines, en revanche, il ne peut se fonder pour les établir sur des distinctions expressément interdites par la Constitution comme la race, l'origine, la religion, les croyances ou encore le sexe, mais seulement sur des critères admissibles comme ceux fondés sur l'âge, les caractéristiques sociales des individus ou leur localisation géographique sur le territoire national.

C'est pourquoi les pouvoirs publics sont contraints de procéder à une révision constitutionnelle lorsqu'ils jugent nécessaires d'établir des distinctions fondées sur de tels critères. On en veut pour preuve les modifications apportées aux articles 3 et 4 de la Constitution de 1958 par la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 visant à autoriser le législateur à déroger au principe d'égalité pour compenser la sous-représentation des femmes par rapport aux hommes dans certaines assemblées élues au suffrage universel.

Ce qu'il importe de souligner c'est qu'il s'agit d'une « habilitation constitutionnelle » dont le champ d'application est étroitement circonscrit . Ceci s'explique dans la mesure où la parité entre hommes et femmes, en politique, s'analyse comme une dérogation à un droit fondamental éminent : le principe d'égalité.

Une question demeure cependant. Les femmes ont fait l'objet depuis le milieu du XIXème siècle de nombreuses mesures que l'on ne peut qualifier d'actions positives car leur finalité n'était pas de réaliser l'égalité mais au contraire de renforcer une différence dite « naturelle ». Ne peut-on parler à leur sujet de « communautarisme » ? Dès l'instant où est affirmé le principe d'égalité, il serait paradoxal d'admettre que plus aucune mesure ne se justifierait pour compenser les inégalités subies !

***Légitimité des actions positives : les principes de justice.*⁴⁶**

Lorsque le lien social est fondé sur l'universalité des droits, la prise en considération des particularismes des individus pour édicter des droits est porteuse de suspicion. Et lorsque le lien social repose comme aux Etats-Unis ou au Canada sur une conception pluraliste de la justice où la prise en considération des différences culturelles, sociales ou économiques s'apparente à une obligation pour les pouvoirs publics, la construction identitaire des individus s'effectue dans le cadre de groupes.

Dans la conception française, le groupe n'est pas reconnu à ce titre et la construction identitaire est pensée de manière purement individuelle. Dès lors le choc est en partie inévitable avec des communautés qui sont sommées de s'intégrer sur ce mode. Comment alors traiter les inégalités ? Ghazi Hidouci⁴⁷ observe à ce sujet que « La culture du « marché » basée sur le succès individuel produit non pas des exclus mais des humiliés. L'individu qui se sent faible ne peut compter que sur son groupe qui fonctionne alors comme une mutuelle » mais il y a ceux qui n'ont pas de mutuelle et notamment les filles.

La conception du principe d'égalité implique à notre sens un rapport dynamique entre l'égalité des chances et l'égalité de traitement⁴⁸. On ne peut pas être dans une situation du tout ou rien.

Il reste donc à discuter une voie française des « actions positives ».

V-POUR UNE NOUVELLE DYNAMIQUE

Si la lutte contre les discriminations nécessite un corps de règles et de notions opératoires, elle ne peut devenir réellement efficace sans une mobilisation d'acteurs. Les directives 2000/43 et 2002/73 non seulement se veulent fortement incitatives à la mobilisation de tous les acteurs traditionnels mais se font impératives en demandant aux Etats de désigner « *Un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir, d'analyser, de surveiller et de soutenir l'égalité de traitement...* » (article 8 bis).

⁴⁶ Marie TENAILLEAU préc.

⁴⁷ Le Monde 9-10 mars 2003, « La banlieue côté fille » p.10-11.

⁴⁸ L'existence même du FASILD ne témoigne-t-elle pas de l'existence d'actions positives en France ?

La question de la création d'un organisme que dans la tradition française on appellera " autorité administrative indépendante " est directement posée. Une telle création a déjà été proposée dans un Rapport de Jean-Michel Belorgey, remis au ministre de l'emploi et de la solidarité en mars 1999, rapport intitulé " Lutter contre les discriminations " ⁴⁹.

Il convient en effet qu'un lieu soit créé, un lieu d'échanges sur les constructions sociales qui permettent de traiter des phénomènes discriminatoires.

La nécessité d'un organisme spécialisé se justifie pleinement par la dimension sociologique des qualifications juridiques de discrimination. La qualification juridique est une démarche inductive qui part des faits pour les confronter à une notion juridique abstraite. Telle situation ou tel comportement ainsi qualifié de discrimination en raison de la race, de l'origine ou du sexe déclenchera logiquement l'application de règles sanctionnant cette catégorie de discrimination.

Mais la démarche de qualification n'a rien d'automatique. Elle est une construction intellectuelle qui se nourrit de connaissances des situations de fait. C'est ici que le droit rencontre la sociologie et l'histoire. Cette situation de fait est soumise au débat contradictoire et deux approches peuvent alors être confrontées. La première, réductrice, focalise le débat sur l'instant, la photo de l'événement. La seconde fait appel au contraire au contexte, à la sociologie, à l'histoire à l'anthropologie et permet de faire apparaître les enjeux du débat juridique et judiciaire.

Cette connaissance large des origines et des manifestations diverses des discriminations est utile à un double titre. Elle ne l'est pas seulement pour le contentieux, elle l'est aussi dans une perspective de prévention, composante nécessaire de tout programme de lutte contre les discriminations.

LA SPECIFICITE ET/OU L'HISTORICITE DE LA DISCRIMINATION A RAISON DU SEX ET DE LA RACE OU DE L'ORIGINE ETHNIQUE

La question de la spécificité et/ou de l'historicité est traitée à partir d'un axe principal, celui de la confrontation des argumentaires et des valeurs soutenues ou sous jacentes dans le procès en discrimination. Même si le contentieux en ce domaine est encore très faible quantitativement, il alimente déjà la réflexion sur les modes de traitement de la discrimination.

I - LE PROCÈS EN DISCRIMINATION

La question de la spécificité de chacune des discriminations est abordée par Didier Fassin ⁵⁰. L'auteur craint que " si la singularisation de la discrimination par rapport aux autres inégalités a pu se justifier pour faire reconnaître ce qu'elle avait de spécifique et de spécifiquement occulté, elle porte en elle le risque de faire perdre de vue les logiques économiques et sociales plus générales dans lesquelles elle s'inscrit. Cette tension trouve sa traduction dans

⁴⁹ J-M BELORGEY, *Lutter contre les discriminations, Rapport à la ministre de l'emploi, mars 1999* ; Rapport publié en novembre 2001, aux Editions de la Maison des Sciences de l'homme sous le titre *Lutter contre les discriminations. Stratégies institutionnelles et normatives*. Sur le point de vue de l'auteur cf. " Retour sur un rapport trop peu débattu " Entretien avec J.M. BELORGEY, *Plein droit* n°45 mai 2000, p.25

⁵⁰ Didier FASSIN, « L'invention de la discrimination » *Revue française de science politique*, vol.52, n°4 août 2002, p.403-423

l'alternative à laquelle se trouvent confrontés les acteurs dans la lutte contre la discrimination ⁵¹ : soit fédérer toutes les luttes contre les discriminations, soit reconnaître la spécificité des conditions historiques et des réalités sociales de chacune des discriminations ce qui appelle des luttes particulières et des politiques distinctes. Or ces options seraient "logiquement contradictoires". D'où la nécessité de combattre la discrimination dans une perspective de justice sociale pour éviter le risque d'une juridiciarisation exclusive, qui en corrigerait finalement les effets plus que les causes.

La contradiction soulevée peut sembler artificielle.

Un traitement exclusivement judiciaire des discriminations sur le terrain civil ne peut par définition se concevoir de façon étroite. Dans la définition de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme, il s'agit " d' une distinction qui a pour effet ou pour but de porter atteinte à des droits garantis ". L'effet implique bien une analyse sociologique, où l'histoire ou l'anthropologie doivent pouvoir s'exprimer dans les arguments avancés lors du débat judiciaire.

Par ailleurs, le traitement judiciaire est resté très marginal en France jusqu'ici car porté essentiellement sur le terrain pénal. La conception de la discrimination telle que construite par le droit communautaire tarde à être mise en œuvre. Le risque de juridiciarisation n'est donc pas d'actualité. Mais il y a plus. L'approche du droit proposée⁵² comme induisant "un processus d'essentialisation de la discrimination qui serait notamment favorisé par le traitement individuel des cas qui ne sont pas saisis dans leur contexte" participe d'une vision très réductrice de ce qu'est le judiciaire.

La notion de discrimination indirecte permet en effet, de ne pas poser sur le seul terrain individuel la question de la discrimination. En effet, la mesure d'une telle discrimination peut se faire " par tout moyen, y compris statistique "... La démonstration en a été faite avec la discrimination entre hommes et femmes. C'est l'impact disproportionné d'une mesure, d'une pratique ou d'une disposition qui a donné à voir les discriminations rencontrées par les femmes. " Lorsqu'une mesure concerne un groupe composé majoritairement⁵³ de personnes d'un sexe " la mesure apparaît suspecte à moins que l'auteur de la mesure ne la justifie " objectivement " et indépendamment du sexe des personnes concernées⁵⁴.

D'autre part, si certaines actions peuvent avoir un caractère purement individuel, elles sont le plus souvent portées en justice "au nom de l'intérêt collectif de la profession" pour ce qui concerne la discrimination dans l'emploi et le contexte est rarement indifférent à la qualification juridique retenue. D'ailleurs le système probatoire qui oblige l'employeur à justifier la différence de traitement constatée induit un débat de contexte qui peut, doit et devrait s'alimenter des travaux de sociologie et d'anthropologie.

Le débat judiciaire lorsqu'il est porté par des acteurs collectifs peut aussi enrichir les débats de société. Il n'y a aucune contradiction entre une action judiciaire vigoureuse et exemplaire (quelques affaires de principe) menée à titre principal sur le terrain collectif et une stratégie visant à ré-historiciser et à resocialiser la lutte contre la discrimination.

⁵¹ Didier FASSIN, préc.p.421

⁵² Didier FASSIN préc. p.417

⁵³ " majoritairement " mais pas exclusivement selon la jurisprudence de la CJCE car il pourrait toujours y avoir une personne du sexe opposé pour mettre en échec une comparaison.

⁵⁴ Cf. jurisprudence analysée dans la première partie.

Mais en réalité, ces justifications ne suffisent pas en elles-mêmes à emporter la conviction du juge lorsqu'il interroge la rationalité des choix patronaux. Elles doivent être contextualisées c'est-à-dire s'inscrire dans un cadre tenant compte des contraintes sociales et des valeurs dominantes.

Les principes de justice

Ces justifications sont appréciées par référence à des valeurs communément admises. Pour Frédéric Guiomar⁵⁵, on assisterait à une réhabilitation des “valeurs” dans le discours juridique. Les valeurs paraissent jouer un rôle assez proche de celui reconnu aux axiomes dans un système formel et peuvent servir de point de départ à l'argumentation, justement parce qu'elles sont censées être communes à tous les esprits. Elles diffèrent cependant des axiomes en ce que l'adhésion sur laquelle elles reposent n'est pas fondée sur leur évidence, mais au contraire sur leur ambiguïté, sur la possibilité de les interpréter et de les appliquer de façons diverses.

Une typologie de ces valeurs a été proposée par MM Boltanski et Thévenot⁵⁶ proposant de justes façons d'agir et décrivant les instruments appropriés à cette action afin de construire des modèles légitimes, désignés comme modèles de cité qui rendent explicite “les exigences que doit satisfaire un principe supérieur commun afin de soutenir des justifications”⁵⁷. Ces auteurs proposent six ordres de justice sur lesquels l'accord peut être fait entre les individus quant à leurs raisons d'agir.. Et ces modes de classement des raisons d'agir sont mobilisables non seulement dans la vie quotidienne mais dans les “jugements de droit” selon Frédéric Guiomar et Antoine Lyon-Caen.

Didier Fassin demande à son tour de combattre la discrimination dans une perspective de justice sociale. Mais le droit intègre une diversité de principes de justice. La question est alors, selon Antoine Lyon-Caen,⁵⁸ de se demander comment le droit enregistre, incorpore, conçoit la pluralité de justifications, dans quels termes, quelles catégories, quels enchaînements elle s'exprime. Il faut ensuite rechercher comment les différents principes de justices se combinent, se conjuguent, s'articulent non pas pour prétendre résorber le pluriel, mais plutôt pour déceler comment s'opèrent entre eux des arbitrages.

Dans la typologie de MM. Boltanski et Thevenot les valeurs se regroupent autour de 6 grands thèmes qu'ils appellent des “cités”:

La “cité inspirée” est une grandeur procurée par la grâce divine. L'état de “grand” est accordé à celui qui sait se montrer humble, détaché à l'égard des biens et des liens sociaux, qui admet le sacrifice de soi et recherche l'illumination divine. Dans la cité de l'opinion, la grandeur est fonction du regard porté par autrui sur le sujet. La “cité domestique” est celle de la confiance, de la liaison entre la proximité et la tradition. La grandeur provient d'une chaîne de liens personnels qui unissent les sujets à un être supérieur, père ou souverain. Les valeurs plébiscitées dans cette cité sont celles de la tradition, de la hiérarchie et du respect. La “cité industrielle” repose sur un ordre idéal forgé sur l'efficacité des êtres, la performance, la

⁵⁵ Frédéric GUIOMAR, *La justification des mesures de gestion du personnel*, Thèse de l'Université de Paris X Nanterre 2001.

⁵⁶ Luc BOLTANSKI et Laurent THEVENOT *De la justification*, Gallimard essais 1991 p.187.

⁵⁷ Cité par Frédéric GIOMARD p. 187.

⁵⁸ A. LYON-CAEN, “L'égalité et la différence dans l'ordre du droit”, in “La place des femmes, les enjeux de l'identité et l'égalité au regard des sciences sociales”, Edition Ephésia 1995, spéc. p. 425

productivité, la capacité à répondre rapidement au besoin. La “ cité marchande ” est régulée par les lois du marché. Les valeurs mises en avant dans la “ cité marchande ” sont celles de l’opulence. L’état de grand est accordé à celui qui sait se montrer opportuniste dans ses affaires. Contrairement au monde industriel, le monde marchand privilégie la jouissance à court terme. Il s’agit d’un monde qui ne projette aucun avenir, où rien n’est planifié.

Enfin la “ cité civique ” est celle qui privilégie les êtres collectifs distincts des individus, celui qui recouvre les droits fondamentaux de la personne d’une cité c’est-à-dire l’égale dignité en droit de chacun.

S’agissant des discriminations, ce sont les valeurs de la “ cité civique ” qui devraient être privilégiées. Elles le sont lorsque le juge conclut à la discrimination directe. Mais lorsque ces valeurs civiques sont avancées dans l’appréciation de la discrimination indirecte, elles rencontrent les valeurs industrielles ou marchandes. Comment opérer une conciliation entre les différents arguments avancés ?

La mise en œuvre de ces valeurs

Dans la jurisprudence de la CJCE, de nombreux exemples peuvent être repris pour illustrer la référence aux valeurs marchandes ou industrielles invoquées par les employeurs lorsqu’un droit fondamental est en cause, le droit d’être traité à égalité sans discrimination, qui relève de la “ cité civique ”... Comment concilier ces différentes valeurs ? Les valeurs marchandes et industrielles ne peuvent à chaque fois l’emporter sur les valeurs civiques. Lors du Forum social mondial de Porto Alegre, la discussion s’est organisée autour des droits fondamentaux à respecter.⁵⁹ Mme Mireille Delmas-Marty⁶⁰ faisait observer qu’“ il devient évident que l’Organisation mondiale du commerce (OMC) ne pourra durablement méconnaître la protection des droits fondamentaux, qu’il s’agisse de la santé, de l’environnement ou du respect des droits sociaux ”. Elle ajoutait que “ l’apparition d’un droit de la mondialisation à vocation économique est cependant beaucoup plus rapide et plus efficace que la mondialisation du droit, qui permettrait le rapprochement des droits nationaux sous l’influence des droits de l’Homme ”.

Cette problématique est déjà à l’œuvre en droit français concernant les libertés et les droits fondamentaux au travail⁶¹. Elle l’est également dans la jurisprudence de la CJCE en matière de discrimination. Encore faut-il que les principes posés le soit clairement. Ce qui ne l’est pas totalement pour la jurisprudence de la CJCE concernant le travail à temps partiel réservé le plus souvent aux femmes les moins qualifiées et souvent aussi d’origine étrangère⁶². Les nouvelles dispositions communautaires relatives aux exceptions au principe d’égalité de traitement entre hommes et femmes semblent mieux posées. Enfin, l’analyse de la jurisprudence relative au port du “ foulard ” tant dans les écoles que dans l’emploi fournit un autre exemple permettant d’illustrer les valeurs mobilisées tant religieuse, que familiale ou

⁵⁹ “ Au Forum social mondial, la régulation de l’économie passe par le respect des droits ” source Le Monde économique, du 11 février 2003.

⁶⁰ Lors du 2^{ème} Forum mondial des juges, organisé en marge du Forum mondial. De Mireille DELMAS-MARTY voir également : *Pour un droit commun*, Ed. Le Seuil, 1994 ; *Trois défis pour un droit mondial*, Ed. Le Seuil-Essais, 1998.

⁶¹ C’était le thème du Séminaire de DEA Doits de l’Homme de l’Université de Paris X Nanterre, Séminaire animé par M.T. LANQUETIN et Jean-Maurice VERDIER. Sur cette problématique Jean-Maurice VERDIER “ Libertés et travail. Problématique des droits de l’Homme et rôle du juge ” Dalloz 1988 chron.63 ; “ Le droit du travail, terre d’élection des droits de l’homme ”, Ecrits en l’honneur de Jean Savatier, PUF 1992, p.427.

⁶² Cf. « le conflit des femmes de ménage d’Arcade, filiale du groupe Accor qui a révélé les piètres conditions de travail du secteur du nettoyage. Depuis la profession tente de toiletter sa poitique sociale ». Le Monde Economie 7 janvier 2003 p. VII.

laïque. Dans chacun de ces exemples, il est possible de repérer les “valeurs” à l’œuvre dans les raisonnements.

II - RETOUR SUR L’HISTORICITÉ ET LA SPÉCIFICITÉ DE LA DOUBLE DISCRIMINATION À RAISON DU SEXE ET DE LA RACE OU DE L’ORIGINE

La question théorique qui est posée renvoie à une recherche sur des termes qui permettent d’appréhender, de penser et de rendre compte non seulement d’assignations identitaires mais aussi d’un cumul d’assignations. La loi du 17 novembre 2001 a à ce propos inscrit des motifs de discrimination tels que l’apparence physique.

Sur l’assignation identitaire

Le reproche est souvent fait au droit de conférer une réalité objective à des catégories juridiques comme celle de “race” par exemple, alors même que les races n’existent pas⁶³. “Lorsque le législateur, en effet, proscriit les discriminations fondées sur la “race”, n’entérine-t-il pas en même temps, leur existence, ne leur confère-t-il pas une objectivité ambiguë ? C’est sans doute la prise de conscience de cette ambiguïté qui explique la tendance perceptible dans les textes les plus récents à substituer aux mots *race* ou *origine raciale* les termes dont on pense, à tort ou à raison, qu’ils sentent moins le soufre, comme *ethnie* ou *origine ethnique*”⁶⁴.

Les textes les plus récents prennent la précaution d’énoncer “l’appartenance ou la non appartenance *vraie ou supposée* à une *ethnie*, une *race* ou une religion déterminée”⁶⁵. Ce faisant la formulation “marque la distance prise par le législateur par rapport aux motivations subjectives des personnes dont les actes tombent sous le coup de la loi”⁶⁶. La loi du 17 novembre 2001 reprend également les mêmes précautions. Danièle Lochak ajoute “qu’il n’est pas sûr au demeurant qu’on puisse régler (la question de fond) en substituant systématiquement au mot “race” le mot “ethnie” comme la tendance s’en fait actuellement sentir”. Et ce, d’autant plus que la personne discriminée est souvent née en France et de nationalité française. Mais cette question ne concerne pas spécialement la double discrimination.

S’agissant de l’autre terme de la double discrimination, la terminologie utilisée est double. Les travaux font référence soit au « sexe », soit au « genre » ou bien sûr aux deux. Cette distinction est largement admise. Le terme *genre* renvoie à la façon selon laquelle les femmes et les hommes sont perçus ainsi qu’à la façon dont on s’attend à ce qu’ils ou elles pensent ou agissent dans un contexte socio-économique, politique et culturel donné.

⁶³ Sur cette question voir le colloque “Le mot race est-il de trop dans la Constitution” organisé par l’Université de Paris XII 27-28 mars 1992 in Revue *MOTS, Les langages du politique*, “Sans distinction de... Race”. n° 33 décembre 1992 ed. Presses de la Fondation Nationale des Sciences politiques.

Sur cette question voir également la tentative récente de *SOS Racisme* et de la LDH, de suppression du mot « race » de la Constitution, la mention du terme « origine » permettant tout autant de condamner les auteurs de discriminations raciales, (lors de la discussion du projet de loi constitutionnelle relatif à l’organisation décentralisée de la République le 21 novembre 2002).

⁶⁴ Danièle LOCHAK “La race, une catégorie juridique” in *La société et ses races, Claudine Cohen et alii* PUF 2002, p.63-74

⁶⁵ Loi du 7 juin 1977

⁶⁶ D.LOCHAK préc.

Il s'agit d'une *attente* socialement définie ou construite concernant les rôles, attitudes et valeurs que les sociétés définissent comme appropriés pour un sexe ou pour l'autre. Le terme *sexe* renvoie en revanche aux différences biologiques entre les hommes et les femmes.

Sur la double assignation

La notion de double discrimination, à raison " du sexe et de la race ou de l'origine ethnique " a certes l'avantage de désigner clairement ce dont il est question : le fait que les femmes en raison de leur origine sont victimes non seulement de discrimination à raison de leur sexe mais aussi d'autres discriminations⁶⁷... Tout se passe comme si ces personnes cumulaient les discriminations. L'empilement supposé de ces dernières en donne une vision qui participe du sens commun et en cela elle conforte une intuition largement rappelée dans les exposés des motifs des directives ou dans le programme d'action communautaire de lutte contre les discriminations.

Par ailleurs, le caractère " universel " des outils de lutte contre les discriminations pourrait laisser penser que les discriminations se juxtaposent éventuellement et qu'elles sont équivalentes parce que de même niveau. Or certaines sont plus significatives, plus prégnantes que d'autres et la " double discrimination " à raison du sexe et de l'origine, met l'accent sur une double assignation de nature et de culture. Elle interdit de penser, selon les champs et selon les cas, leur mode spécifique d'articulation.

Une difficulté est alors apparue à cette double assignation identitaire par le droit, de sexe d'une part, d'origine ou de race d'autre part. Si le fait que le sexe/genre est universellement un sur-déterminant du statut et du rôle, il n'en reste pas moins qu'il y a trois et non deux registres⁶⁸ : 1) le sexe, 2) la culture, " l'ethnie " ou l'ethnicité, 3) la race.

Les relations entre le sexe et la race lorsqu'ils sont placés dans le registre de la nature, sont en grande partie homologues, et même parfois de l'ordre de l'identique, même si ce n'est pas systématique.

Tel n'est pas le cas de " l'ethnie " qui s'associe au gré des conjonctures historiques, des configurations idéologico-culturelles et des circonstances politiques, plutôt (comme la race et le sexe) dans le registre de la nature ou plutôt dans le registre fluctuant de l'héritage, entre " âme " ontologique et choix existentiel d'adhésion-identification.

En effet, pour le genre comme pour " l'origine ", il peut y avoir une imputation de nature et/ou de culture. Ce n'est pas l'un plus que l'autre comme addition mais, à l'intérieur même de chaque principe de division du social, l'un et l'autre.

Chaque principe s'articule à plusieurs autres, et s'inscrit à la fois dans l'un et l'autre registres, " nature " et " culture " si tant est que ces deux seules inscriptions suffisent. Il y a là " tableau " logique : culture + culture, culture+nature, nature+culture, nature+nature. La qualification de double assignation est simplificatrice puisqu'elle est en réalité démultipliée, diffractée. Elle concerne autant le sexe (nature) que le " genre "(culture) ; la " race(nature) que l'origine(nature ou culture). C'est une question non décidable hors contexte d'usage.

⁶⁷ cumul rappelé dans l'exposé des motifs des directives 2000 ainsi que dans le programme d'action communautaire

⁶⁸ observations de l'équipe de l'Urmis, Université Paris VII.

Brefs, les deux registres “ naturalisants ” (sexe-origine, ethnie-race) et “ culturalisants ” (genre, ethnicité-culture-antécédents ancestraux, voire préjugés historiquement vérifiables sinon vérifiés, concernant certaines collectivités historiques, et dont justement, l’historicité fait l’objet de contestations), offrent des compositions multiples, sans doute à ce jour innombrées sinon innombrables.

CONCLUSION :

Cette présentation n’épuise pas les questions relatives à la double discrimination. La faiblesse quantitative du matériau contentieux ne permet pas une étude systématique des valeurs de référence qui sont utilisées par le droit et les juges et ceci d’autant plus qu’il faudrait pouvoir procéder à une analyse fine de la production des différents juges, juges judiciaires, juges administratifs mais aussi juge communautaire. Car ces valeurs elles-mêmes sont sans cesse à confronter au principe d’égalité. Quel est le degré d’exigence du juge dans les conciliations qu’il opère entre les valeurs civiques qui devraient être premières et les valeurs domestiques, industrielles ou marchandes ?

Nous avons tenté une esquisse, au travers de quelques questions : le travail à temps partiel réservé aux femmes mais avec une très forte proportion de femmes d’origine étrangère, la question du foulard ou la question de la grossesse. En arrière plan du traitement de ces questions sous l’angle de la discrimination, c’est le statut matrimonial et familial⁶⁹ qui émerge. Cette question du statut matrimonial et familial a d’ailleurs été dès l’origine présente dans l’élaboration du droit communautaire, tant de la directive de 1976 que de celles en matière de régimes de sécurité sociale.

Les femmes d’origine immigrée font l’objet selon Sabah Chaib d’une « double domination » masculine et sociale qui repose sur le corps. L’auteur note une absence d’ « historicité » pour aborder la question puisque le corps des femmes et des hommes ne remplissent pas la même fonction : objet sexué chez la femme, force de travail chez l’homme. Les femmes ont souvent été instrumentalisées “ comme agent privilégié d’intégration en raison de leur “ place ” dans la famille.

L’exemple de la polygamie pourrait montrer qu’il concentre la complexité des modes d’articulation des discriminations dont les femmes étrangères ou françaises mais d’origine étrangère font l’objet. Considérées en règle générale comme membres de la famille, et malgré les progrès réalisés depuis 1984 dans la reconnaissance de leur statut juridique propre, les femmes continuent à subir les effets du “ familialisme ” qui continue d’animer les règles successives relatives au séjour des étrangers.

La question de l’accès à la nationalité française mériterait également de retenir l’attention. Le critère d’assimilation (linguistique, sociale etc...) à la société française joue souvent en défaveur de nombreuses femmes étrangères, et notamment celles qui sont originaires de pays arabo-musulmans. Ici ce sont les discriminations dont les femmes font l’objet dans leur pays d’origine du fait de leur statut juridiquement inégal, qui par un paradoxe qui mérite d’être souligné se trouvent confortées par l’application du principe d’égalité devant la loi, donc de l’égalité formelle. Dans ce domaine en effet, au familialisme se substitue l’individualisation de l’accès au Droit. La naturalisation en effet, n’est pas un droit, elle est une procédure discrétionnaire participant du pouvoir régalien de l’Etat et l’on y accède à titre individuel.

⁶⁹ Cf. s / dir. THANH –HUYEN BALLAMER-CAO, Véronique MOTTIER, et Lea SGIER, *Genre et politique, Débats et perspectives*, Ed Gallimard, coll. Folio essais

Mais comme dans le cas de la polygamie, c'est le statut de l'homme (polygame, chef de ménage, immigré) qui est pris en compte par les textes sans qu'ils aient besoin de le dire explicitement. Ce référent participe d'un impensé dont on peut croire qu'il est celui du droit français. Ce champ de recherche, là encore tellement particulier parce que relevant d'un lieu commun admis, ces femmes dont il est question sont effectivement moins "assimilées" que leurs maris qui ont une vie professionnelle et sociale, confirme s'il en était besoin, que les discriminations qui sont l'objet de notre recherche ne peuvent être pensées en dehors de celles dont sont victimes les femmes françaises d'origine européenne.

Enfin la discrimination pour les femmes d'origine étrangère est aussi alimentée en France par l'existence de droits sociaux familialisés et spécialement dans le domaine de la protection sociale⁷⁰. La conception sous jacente de notre modèle conforte une différenciation des rôles et la ségrégation sur le marché du travail.

Si l'égalité formelle est la condition nécessaire pour penser des discriminations dans une perspective qui ne débouche pas sur des formes d'égalité différentialiste, elle est insuffisante pour saisir en droit, les inégalités à raison du sexe et de l'origine. C'est vers l'égalité concrète voire substantielle que doit s'orienter la réflexion. Le droit communautaire nous a permis de progresser dans cette direction, mais cette construction doit se poursuivre. Elle est un enjeu essentiel de démocratie dans un Etat laïc qui prétend reconnaître à chacun des droits fondamentaux.

⁷⁰ MT LANQUETIN, Anissa ALLOUACHE, Nicole KERSCHEN, M.T. LETABLIER *Individualisation / Familialisation des droits en matière de protection sociale et droits fondamentaux. Rapport de Recherche juin 2002 Convention de recherche CNAF* ; Marie-Thérèse LANQUETIN, Marie-Thérèse LETABLIER, « Individualisation des droits sociaux et Droits fondamentaux » *Recherche et Prévisions*, septembre 2003.

BIBLIOGRAPHIE :

AMAR Naouel (2001) *Les jeunes femmes diplômées de l'enseignement supérieur, issues de l'immigration*, Rapport AFIJ, janvier.

AZERTY Conseil et ISCRA(2000), *Les discriminations dans le Pays de Montbéliard*, novembre

BALIBAR Etienne, WALLERSTEIN Immanuel (réed.1997) *Race, nation, classes. Les identités ambiguës* ,Ed. de la Découverte/Syros (1988).

BATAILLE, Philippe(1997), *Le racisme au travail*, Ed. La Découverte.

BLOCH, B. GALTIER,(1999) “ Emplois et salariés à temps partiel en France ”, in “ Le temps partiel en France ”

BERTHOU Katell,(2000) *Actions positives*, l'arrêt Badeck CJCE 28 mars 2000, Droit social

BLUM Alain,(1998) “Comment décrire les immigrés? A propos de quelques recherches sur l'immigration”, *Population*, 3, 1998, 569-588

BORGETTO M. et LAFORE R.(2000) *La République sociale*, PUF.

CALVES Gwénaële (1999) *Les politiques de discrimination positive*, Problèmes politiques et sociaux n°822, juin, La documentation Française.

COLLIN Françoise, PISIER Evelyne, VARIKAS Eleni,(2000) *Les femmes de Platon à Derrida. Anthologie critique*. Plon.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME(1999), *La lutte contre le racisme et la xénophobie. Discriminations et Droits de l'Homme*, La documentation Française.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL,(1997) “ Avis et rapports sur le travail à temps partiel ”, *Journal Officiel de la République française*, février , spéc. p. 125

CUCHE Denys(1996), *La notion de culture dans les sciences sociales*. La découverte,collec.Repères.

DELEUZE Gilles, GUATTARI Felix,(1980) *Mille Plateaux, Capitalisme et schizophrénie 2*. Les Editions de Minuit, collection “critique”.

DUPREZ Dominique et LECLERC-OLIVE Michèle(2001), “Femmes issues de l'immigration : entre communauté et citoyenneté”, in SCHNAPPER Dominique, *Exclusions au sein de la Cité*, Anthropos,Ed. Economica.

ELIAS Norbert(1991), *La société des individus*. Fayard.

L'égalité juridique entre hommes et femmes Ed. Bruylant et Office des publications officielles des communautés européennes volume France p.180.

FASSIN Didier,(2000) "Qualifier les inégalités",in LECCLERC Annette(dir.), Les inégalités sociales de santé. INSERM. La Découverte.

FASSIN Didier 2000 Séminaire du CREDOF du 21 juin 2000, Université Paris X Nanterre, *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique.*

FASSIN Didier 2002 " L'invention de la discrimination " Revue de science politique août .

FAVENNEC-HERY Françoise,(1997) " L'accord cadre européen sur le travail à temps partiel ", JCP, Ed. E, n°42.

FAVOREU Louis et alii (2002) *Droit des libertés fondamentales*, Ed.Dalloz, Chapitre 5 par F.MELIN-SOUCRAMANIEN, «Le droit de l'égalité »pp. 305 et s.

FRAISSE Geneviève(2000), *Les deux gouvernements : la famille et la cité* Ed. Gallimard, Folio Essais.

FRIGUL Nathalie(1999), "Femmes étrangères doublement discriminées", Plein Droit,n 41-42,Avril

GALLISSOT René, KILANI Mondher, RIVERA Annamaria,(2000) " *L'imbroglie ethnique. En quatorze mots-clés.* Ed. Payot Lausanne.

GASPARD Françoise(2001) « Lutter conjointement contre le racisme et le sexisme » Prochoix, n°18-été 2001. P.33-37.

GASPARD Françoise et KHOSROWKHAVAR Farhad, (1995) *Le foulard et la République*, Ed. de la Découverte.

GOLUB Anne, MOROKVASIC Mirjana, QUIMINAL Catherine,(1997) " Evolution de la production des connaissances sur les femmes immigrées en France et en Europe " MIGRATIONS SOCIETE, Vol.9, n° 52, juillet-août

GREEN, Nancy L.(1995) "Classe et ethnicité, des catégories caduques de l'histoire sociale?", in LEPETIT Bernard (dir.),*Les formes de l'expérience. Une autre histoire sociale.* Albin Michel,

GUILLAUMIN Colette(1992) Sexe, Race et Pratique du pouvoir. L'idée de nature. Côté-femmes,

GUILLAUMIN Colette, *L'idéologie raciste*, Ed. Gallimard, folio essais.

GUIOMAR Frédéric(2000), *La justification des mesures de gestion du personnel* Thèse Université Paris X Nanterre

HABERMAS Jurgen (1996), *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique.* Fayard.

HARDT Michael, NEGRI Antonio (2000), *Empire...* Exils Editeur.

HERAN François, (2002), Rapport pour le Commissariat <général du Plan,

HERITIER Françoise,(2002) *Masculin/Féminin II, Dissoudre la hiérarchie*, Ed.Odile Jacob.

HERVEY Tamara Hervey (1993) “Justifications for sex discrimination in employment”, Butterworths London.

HAUT CONSEIL A L’INTEGRATION,(1998) *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d’égalité...* La documentation Française.

HOCHSCHILD Jennifer,(1995) “Races, classes et rêve américain”, in AFFICHARD Joëlle, de FOUCAULD Jean-Baptiste (dir.), *Pluralisme et équité*, Ed.Esprit.

JEAMMAUD Antoine (1990) . « La règle de droit comme modèle » Dalloz, chronique 199-210.

JEAMMAUD Antoine (1993) « Les règles juridiques et l’action » Dalloz, chronique 207-212

JEFFERY M.,(1998) “Not really going to work? Of the Directive on Part-time Work, ‘Atypical Work’ and Attempts to Regulate it”, *Industrial law Journal* Volume 27.

KALTENBACH Jeanne-Hélène, TRIBALAT Michèle (2002), *La République et l’Islam* Ed. Gallimard.

KOUBI et alii (2000) *Le droit et les minorités*, Ed. Bruylant 2^{ème} ed.

KYMLICKA Will, (1999) *Les théories de la justice. Une introduction*. La Découverte.

LACLAU Ernesto,(2000) *La guerre des identités. Grammaire de l’émancipation*. La Découverte/MAUSS.

LANQUETIN et alii,(1994) *L’égalité juridique entre hommes et femmes* Ed. Bruylant et Office des publications officielles des communautés européennes volume France.

LANQUETIN Marie-Thérèse (1995), “ La preuve de la discrimination : l’apport du droit communautaire ”, *Droit social* mai n° 5, p.435-441.

LANQUETIN M.T.(1996) « De l’égalité des chances » *Droit social* n° 5 mai p. 494-501.

LANQUETIN Marie-Thérèse (1997) “ Egalité de traitement et discrimination entre les hommes et les femmes ”, *Action juridique* n° 125.

LANQUETIN M.T.(1998) “ Discriminations à raison du sexe. Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe ” *Droit social* n°7/8juillet-août.

LANQUETIN Marie-Thérèse, (2000) “ Un tournant en matière de preuve de la discrimination”, *Droit social* n°6, juin 2000,p. 589- 593.

LANQUETIN, Marie-Thérèse,(2001) “ Le principe de non-discrimination ”, Droit ouvrier.

LANQUETIN M.T., Anissa ALLOUACHE, Nicole KERSCHEN, M.T. LETABLIER (2002) *Individualisation / Familialisation des droits en matière de protection sociale et droits fondamentaux*. Rapport / Convention de recherche CNAF.

LANQUETIN, Marie-Thérèse et LETABLIER Marie-Thérèse (2003), « Individualisation des droits sociaux et Droits fondamentaux » *Recherche et Prévisions*, septembre.

LASSALLE Didier,(1998) “La généralisation progressive du recueil de statistiques ethniques au Royaume-Uni”, *Population*, 3.

LE BRAS Hervé, (1997) “L’impossible descendance étrangère”, *Population*,5,.

LE BRAS Hervé,(1997) “Dix ans de perspectives de la population étrangère: une perspective”, *Population*, 1.

LE BRAS Hervé (dir.)(2000),*L’invention des populations. Biologie, idéologie et politique*. Ed. Odile Jacob.

LERIDON Henri,(1998) “La variable ethnique” comme catégorie statistique”, *Population*, 3.

¹MINE M., Approche¹ juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France-Royaume-Uni, *Travail et Emploi* n°81

LEVI-STRAUSS,(1987) *Race et histoire*, Denoël, Folio essais, (1952) rééd.

LYON-CAEN Antoine, (1990) “ L’égalité et la loi en droit du travail ” *Droit social* janvier

LYON-CAEN,(1995) “ L’égalité et la différence dans l’ordre du droit ”, in “ La place des femmes, les enjeux de l’identité et l’égalité au regard des sciences sociales ”, Edition Ephésia 1995.

LOCHAK Danièle,(2003), « Loi du marché et discrimination » in s/dir. D.BORILLO, *Lutter contre les discriminations*, Ed. La Découverte. p.11-37.

M. MARUANI(2000), *Travail et emploi des femmes* , Paris La découverte

MARUANI Margaret (ss dir.),(1998) *Les nouvelles frontières de l’inégalité, Hommes femmes sur le marché du travail*, MAGE-La Découverte.

MOREAU Marie-Ange (2002) « La justification des discriminations » *Droit social* décembre.

¹PERELMAN Chaim et OLBRECHTS-TYTECA L.(1992) *Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique* , 5^{ème} édition , Ed. Université de Bruxelles

PROKHORIS Sabine (2002) *Le sexe prescrit, La différence sexuelle en question*, Flammarion coll. Champs

- REBZANI Mohammed,(2002) *Des jeunes dans la discrimination*, PUF.
- RUCKEBUSCH Thierry,(2001) *La justification patronale des différences de traitement*, Mémoire de DEA Université Paris X Nanterre
- SABBAGH Daniel, (2000)« L'affirmative action : effets symboliques et stratégie de présentation » in s/ dir. Geneviève KOUBI et Gilles GUGLIELMI, *L'égalité des chances*, Ed. de la Découverte.
- SAYAD abdelmalek,(1999) *La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*. Seuil, collec. Liber.
- SCHNAPPER Dominique(dir.)(2001), *Exclusions au sein de la Cité*, Anthropos, Ed. Economica.
- SCHNAPPER Dominique,(1994) *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de Nation*. Gallimard.
- SIMON Patrick, (1997)“La statistique des origines, “race” et ethnicité dans les recensements aux Etats-Unis, Canada et Grande-Bretagne”, *Sociétés contemporaines*, n°26.
- SIMON Patrick, (1998)“Nationalité et origine dans la statistique française. Les catégories ambiguës”, *Population*,3.
- F.MELIN-SOUCRAMANIEN, «Le droit de l'égalité » in FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Ed. Dalloz, pp. 305 et s.
- SOUSSE Marcel, (1999), « Le principe de non-discrimination »,AJDA,Décembre
- SPILIOTOPOULOS Sophia,(2001) *From formal to substantive gender equality*, Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Sakkoulas/Bruylant.
- SUPIOT Alain (1988)« Les inégalités entre sans emploi » in *Les sans emploi et la loi, hier et aujourd'hui*, Ed. Caligrammes.
- TAGUIEFF Pierre-André,(1987), *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*. Tel Gallimard.Ed. La Découverte.
- TENAILLEAU Marie (2001), *Les Actions positives dans l'emploi en faveur des femmes. Une comparaison des jurisprudences canadienne et communautaire*, Mémoire de DEA , Université Paris X Nanterre.
- THANH-HUYEN BALLAMER-CAO, Veronique MOTTIER et Lea SGIER.(2000), *Genre et politique, Débats et perspectives*, Ed. Gallimard coll. Folio essais
- TOBLER Christa,(2003) “ Positive action under the revised second equal treatment Directive, Colloque EWLA et Association françaises des femmes juristes (AFFJ) Paris 20,21 septembre 2002 à paraître Dalloz.

TRIBALAT Michèle,(1996) “Jeunes d’origine étrangère en France”, *Futuribles*, décembre

TRIBALAT Michèle,(1997),“Une surprenante réécriture de l’histoire”, *Population*, 1.

WALZER Michael,(1997) *Pluralisme et équité*, Ed Esprit.

WEIR Margaret, “Ségrégation géographique et création de l’exclusion sociale aux Etats -Unis et en Grande-Bretagne”, in AFFICHARD Joëlle, de FOUCAULD Jean-Baptiste, *Pluralisme et équité*, Ed. Esprit.

WIEVIORKA Michel (dir) (1997), *Une société fragmentée. Le multiculturalisme en débat*. La Découverte.

WILSON William Julius, *Les oubliés de l’Amérique*, Ed. Desclée de Brouwer.

ZAKS Stéphanie,(2002) *Le travail à temps partiel au prisme de la question de l’égalité. Une comparaison France/Royaume-Uni*, Mémoire de DEA Université Paris X Nanterre.