



HAL
open science

Liberté, égalité, ambivalence

Christopher Pollmann

► **To cite this version:**

Christopher Pollmann. Liberté, égalité, ambivalence. Les transformations du droit public, Jun 2008, Brest, France. pp.39 à 72. halshs-00744769

HAL Id: halshs-00744769

<https://shs.hal.science/halshs-00744769v1>

Submitted on 23 Oct 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Christopher Pollmann*

Liberté, égalité, ambivalence**

Si auprès du grand public, le droit est souvent perçu comme un univers austère, rigide³⁷ et peu vertueux, certains volets de l'ordonnement juridique ont au contraire une connotation fort positive. C'est vrai pour les droits fondamentaux³⁸ qui apparaissent comme des prérogatives sans débiteurs, et ça l'est peut-être encore davantage pour les principes de liberté et d'égalité qui ne contiennent même pas de traces conceptuelles du droit. Leur coloration

* Professeur agrégé de droit public à l'Université Paul Verlaine – Metz, chercheur à son Institut droit et économie des dynamiques en Europe (ID2), “Émile-Noël-Fellow” à la *Harvard Law School*. Sans autres précisions, la traduction des citations est de notre fait et les passages cités mis en italiques l'ont été par leurs auteurs respectifs.

** In M. Conan & B. Thomas-Tual (dir.), *Les transformations du droit public*, La Mémoire du droit : Paris 2010, p. 39 à 72.

37 En ce sens, cf. Eviatar ZERUBAVEL, *The Fine Line. Making Distinctions in Everyday Life*, University of Chicago Press 1993, p. 59.

38 Cf. C. POLLMANN, “Individualisme, double mesure et pathos moral. Une critique des droits de l'homme illustrée par des propos d'écrivains et de philosophes”, *Revue de la coopération transfrontalière* n° 29, mai 2001, p. 22 à 29 (22 à 24).

méliorative provient sans doute de ce qu'ils ont été brandis par les révolutionnaires de 1789 comme par de nombreux autres mouvements contre l'oppression, l'exploitation et l'injustice, alors que sont rares les mobilisations *contre* la liberté et l'égalité. Pourtant, MONTESQUIEU nous prévient, concernant le premier de ces principes, que « la liberté [...] ne consiste point à faire ce que l'on veut. [...] ce mot de liberté [...] ne signifie pas [...] ce que les orateurs et les poètes lui font signifier »³⁹. En effet, « la liberté est un mot qui chante plus qu'il ne parle » (PAUL VALÉRY). Quant au principe d'égalité, il lui arrive même d'être franchement dénoncé : « la loi dans sa majestueuse égalité interdit à tous, aux riches comme aux pauvres de dormir sous les ponts, de coucher dans la rue et de voler du pain » (Anatole FRANCE).⁴⁰

On pourrait se contenter de rappeler à l'égard de ces deux principes ce que l'on peut faire remarquer par rapport aux droits fondamentaux : Dès lors qu'il s'agit de prérogatives qui dépassent le stade de l'affirmation gratuite, innocente et fumeuse, elles tombent sous le coup de la logique juridique, celle-ci

39 MONTESQUIEU, “De la liberté politique”, in: “Mes pensées” (posthumes 1899), *Œuvres complètes*, t. 1, Bibliothèque de la Pléiade – Gallimard : Paris 1951, p. 974 ss. (1151).

40 Anatole FRANCE, *Les Lys Rouge*, 1894 ; de même Ernst TOLLER, *Une jeunesse en Allemagne* [1933], Éd. l'Age d'homme : Lausanne 1974, p. 94 : « L'épouvantable mensonge de la loi qui permet à tous d'avoir faim tout en autorisant quelques-uns à s'enrichir. »

voulant que tout droit comporte sujétion.⁴¹ Pour notre propos, cela signifie concrètement que la liberté de l'un implique une marge de manœuvre plus restreinte, voire une obligation ou un devoir d'obéissance de l'autre⁴² ; de façon souvent moins directe, l'égalité de traitement octroyée à l'un sera nécessairement payée par quelqu'un d'autre... On ne poursuivra pas cette piste d'analyse⁴³ ici, mais on cherchera à explorer les deux concepts d'un point de vue interne. L'objectif consiste à les étudier en tant que fétiches, c'est-à-dire comme porteurs d'une force mystérieuse et magique. Cette démarche ne vise pas à nourrir un nihilisme juridique, c'est-à-dire le rejet du droit. Elle a pour ambition de voir que la liberté, l'égalité et sans doute le droit dans son ensemble, loin de l'image de valeurs stables et univoques, se caractérisent par leur ambivalence. Nous allons donc successivement examiner les principes de liberté individuelle et d'égalité.

41 Cf. Wesley N. HOHFELD, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal* vol. 26, n° 8/1917, p. 710 à 770, passim (sous le même titre publié comme ouvrage chez Yale Univ. Press 1919, rééd. Dartmouth : Aldershot 2001).

42 D'un point de vue sociologique, v. en ce sens GEORG SIMMEL, *Philosophie des Geldes* (2^{ème} éd. 1920), Parkland : Köln 2001, p. 315 (*Philosophie de l'argent*, Presses univ. de France : Paris 1999).

43 V. C. POLLMANN, op. cit., p. 23 s.

I. La liberté individuelle, c'est aussi une obligation de performance⁴⁴

Notre réflexion partira d'une définition quelque peu alambiquée et énigmatique de la liberté par MONTESQUIEU (A) et se poursuivra à travers l'examen de la signification contemporaine de la liberté (B).

A. Propos variés mais révélateurs sur la liberté par MONTESQUIEU

Entamer une étude par la lecture d'un auteur du passé peut susciter une objection de principe. Dans les sciences sociales contemporaines, y compris en droit et en philosophie, courantes sont les recherches qui consistent à revisiter les grands auteurs. Comme fascinées par ceux-ci, elles semblent viser un renouvellement plus ou moins savant de la réflexion de ces penseurs. Bien souvent, il ne s'agit donc pas d'étayer par leurs propos, le cas échéant réinterprétés, un discours centré sur les problèmes et questions du monde actuel. Les bénéfices pratiques que l'on peut tirer de ce genre d'études "ici et maintenant" sont par conséquent accessoires. En d'autres termes, s'y manifeste une si grande ambition

44 Cette partie rassemble et développe des aspects avancés dans notre contribution "Accumulation, accélération et individualisme juridique. Droit, société et politique dans l'emballage du monde", *Mélanges Michel Miaille : Le droit figure du politique*, Université de Montpellier I 2008, vol. I, p. 369 à 442.

d'autonomie qu'une telle science est susceptible de ressembler à « l'art pour l'art ». Acceptable dans la pratique artistique et esthétique, ce penchant peut paraître plus problématique dans la recherche scientifique... Il fait partie, dans de nombreux travaux de nos disciplines, d'une plus large propension descriptive et non explicative, consistant à relater, sans recul critique, les phénomènes étudiés *tels qu'ils se présentent eux-mêmes*. Soutenues par l'essor du manuel et valorisées en France par l'institution du concours, ces différentes tendances ont pour effet qu'hypothèses, idées, modèles, théories et autres efforts d'explication ne jouent qu'un rôle modeste dans de fréquentes études à l'ambition pourtant scientifique. Les problèmes, questions et déficits de connaissance contemporains ne trouvent par conséquent pas de réponses dans une telle science académique et largement privée de controverses⁴⁵.

Pour justifier notre démarche partant de Montesquieu, nous pouvons dire que sa pensée quelque peu hésitante, voire contradictoire sur la liberté nous semble révélatrice de l'ambivalence fondamentale de ce concept. On pourrait donc soutenir que Montesquieu, au seuil de la modernité,

45 Pour le caractère « fondamentalement homogène » de la doctrine juridique en France, cf. Jacques CAILLOSSE, «Savoir juridique et complexité : le cas du droit administratif», in : M. Doat, J. Le Goff & Ph. Pédrot (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, préface Mireille Delmas-Marty, Presses univ. de Rennes 2007, p. 163 à 179 (171, 175).

avait un pressentiment des ravages que peut provoquer la liberté individuelle. Ce sont nos lecteurs qui diront si nous réussissons effectivement à échapper au danger et à la tentation, esquissés ci-dessus, d'examiner et de (ré)interpréter la pensée d'un auteur célèbre pour elle-même.

Revenons donc à Montesquieu qui affirmait que « la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir »⁴⁶. Pendant longtemps, nous avons lu et compris cette phrase dans un sens purement économique, voire économiste que Montesquieu avait suggéré lui-même : « Ce mot [de liberté] n'exprime proprement qu'un rapport », et ce rapport est une certaine disposition de la volonté à l'égard de sa propriété : « La liberté, ce bien qui fait jouir des autres biens »⁴⁷. Selon cette lecture-là, la liberté donne l'autorisation à faire fructifier son éventuelle propriété. Elle ne concernerait que la formation et l'expression de la seule volonté individuelle, mais ne garantirait nullement les

46 MONTESQUIEU, «De l'esprit des lois» (1748), livre XI, chapitre 3, in *Œuvres complètes*, op. cit., t. 2, p. 227 ss. (395). Cf., de façon similaire, Georg W. F. HEGEL : « La liberté est la volonté, la volonté sans liberté est un mot vide de sens, comme la liberté n'est réelle [...] qu'en tant que volonté », in «Grundlinien der Philosophie des Rechts» (1821), in *Werke*, Suhrkamp : Frankfurt/M. 1979, vol. 7, § et son supplément, p. 46 s. ; similaire § 106, p. 203 s. (*Principes de la philosophie du droit*, Flammarion : Paris 1999).

47 MONTESQUIEU, «Mes pensées», op. cit., p. 1430.

moyens matériels pour sa réalisation⁴⁸. La liberté n'aurait donc pas de sens pour les non-propriétaires.

Aujourd'hui, si cette interprétation ne nous semble toujours pas fausse – il est certain que ma liberté en matière immobilière restera sans suite si je n'ai pas de quoi à me nourrir –, elle ne reflète pas le caractère tordu et contraignant de la citation initiale. Il est vrai que sa compréhension a été rendue difficile par Montesquieu lui-même : au paragraphe suivant la phrase énigmatique, il écrit en effet que « la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent »⁴⁹. Cette nouvelle affirmation n'a plus rien de mystérieux et rejoint des propos similaires déjà prononcés à l'époque ; Jean-Jacques ROUSSEAU estimait par exemple que « [l]'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté »⁵⁰. Sur cette base, l'interprétation courante, hier comme aujourd'hui, de la phrase initiale affirme que la liberté serait l'obéissance librement consentie aux lois qui gouvernent la collectivité⁵¹. Ainsi, toute trace de

48 Ainsi Albert KRÖLLS, *Grundgesetz und kapitalistische Marktwirtschaft. Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik* [Deutschland], Haag + Herchen : Frankfurt/M. 1994, p. 263 à 271. En ce sens également G. SIMMEL, op. cit., p. 445.

49 MONTESQUIEU, “De l'esprit des lois”, op. cit., p. 395.

50 Jean-Jacques ROUSSEAU, “Du contrat social”, in *Œuvres complètes*, t. III, Bibliothèque de la Pléiade – Gallimard : Paris 1964, p. 356, cité par Stéphan CORBIN, “Moi et les autres : les bornes de la liberté et du pouvoir souverain”, *Mana. Revue de sociologie et d'anthropologie* n° 14-15, 2007, p. 321 à 357 (321).

51 Cf. Josiane BOULAD-AYOUB, “L'homme est né libre et partout il est dans les fers”, in : id. & F. Blanchard, *Les grandes figures du monde moderne*, publication en ligne sans date, p. 285 à 308 (292), http://classiques.uqac.ca/contemporains/boulad_ajoub_josiane/grandes_figures_monde_moderne/grandes_figures_PDF_originaux/Ch15.pdf.

contrainte, pourtant bien visible dans l'original, se trouve évacuée ou en tout cas fortement édulcorée.

C'est pourquoi il nous semble utile de disséquer la fameuse phrase mot par mot. Nous y localisons deux manifestations de la contrainte. D'un côté, s'y affiche un devoir ou une obligation d'avoir ou de former une volonté (« on doit vouloir »). De l'autre, et ce deuxième volet est peut-être encore plus significatif, Montesquieu utilise une négation pour dire que le « pouvoir faire », c'est-à-dire la possibilité d'agir donnée à l'individu doit correspondre à cette volonté (« ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir »). Autrement dit, ce que l'individu fait doit nécessairement découler de sa volonté ; aucune action n'est en revanche possible qui ne relèverait pas de cette volonté obligatoire⁵².

Il est possible que cette interprétation de la phrase de Montesquieu puisse être réfutée par certaines circonstances de sa vie, de son œuvre ou de son époque. Mais c'est finalement secondaire, car elle n'est pas une simple (re)lecture du passé sans incidences sur le présent, mais reflète au contraire la

52 Ainsi, mais dans un sens plus restreint à plusieurs titres, A. KRÖLLS, op. cit., p. 263.

portée ambivalente de la liberté dans la société contemporaine.

B. Aujourd'hui, l'individu libre comme entrepreneur de soi

Loin de pouvoir se contenter d'être là et de vivre "au jour le jour", l'individu y apparaît comme porteur d'une ambition, d'un projet mental apte à conduire son action, animé d'une approche supposée rationnelle et d'un calcul instrumental⁵³. Ainsi, la définition de la liberté par Montesquieu anticipe déjà l'actuelle acception occidentale de l'individu en tant qu'*entrepreneur* de soi ; on l'a d'ailleurs également qualifié de « "boîte" psychologique »⁵⁴.

En effet, au cours de l'individualisation des sociétés, chaque humain devient de plus en plus responsable de sa *propre* vie qu'il est censé s'approprier comme la *sienne*. Alors, la liberté dont il jouit devient « à risque »⁵⁵, car elle signifie pour lui une exigence à

53 Sur ce qui suit, cf. Ulrich BECK et Elisabeth BECK-GERNSHEIM, "Individualisierung in modernen Gesellschaften – Perspektiven und Kontroversen einer subjektorientierten Soziologie", in : id. (dir.), *Riskante Freiheiten. Individualisierung in modernen Gesellschaften*, Suhrkamp : Frankfurt/M. 1994, p. 10 à 39 (11 ss.).

54 « Psychologischer Kleinbetrieb » pour Theodor W. ADORNO & Max HORKHEIMER, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente* (1944), S. Fischer : Frankfurt/M. 1969, p. 212 (*La dialectique de la raison. Fragments philosophiques*, Gallimard : Paris 1994).

55 Cf. le titre *Riskante Freiheiten*, op. cit.

produire et à gérer son existence. *D'une part*, il doit assurer, *seul*, sa survie, son épanouissement et la mise en œuvre des projets donnant sens à sa destinée. Du fait de l'affaiblissement des communautés traditionnelles, on peut de moins en moins se fier à autrui pour assurer sa subsistance, pour réussir ses études, pour exercer un métier, pour fonder un foyer ou une famille. Les individus ne peuvent plus vivre que par de nombreux mais brefs échanges contractuels⁵⁶ qui se substituent aux solidarités intra- et intergénérationnelles, "quasi-organiques", marquées par l'évidence, la durée et la confiance⁵⁷. Le refus courant du long terme érode d'ailleurs les traits de caractère qui relient les êtres humains entre eux⁵⁸.

D'autre part, l'individu doit soigner ses représentations dans le – et face au – public en veillant à ce qu'elles soient conformes au cadre juridique et aux attentes d'autrui. Le contrôle social de personne à personne jouant de moins en moins, les nécessités, les catégories et les moyens

56 Cf. Crawford B. MACPHERSON, *The political theory of possessive individualism. Hobbes to Locke*, Oxford Univ. Press 1962, p. 55, 59, 264 (*La théorie politique de l'individualisme possessif : de Hobbes à Locke*, Gallimard : Paris 2004).

57 Cf. Erhard BLANKENBURG, "Mobilisierung von Recht. Über die Wahrscheinlichkeit des Ganges zum Gericht, die Chance des Erfolgs und die daraus folgenden Funktionen der Justiz", *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1980, p. 33 à 64 (42 s.).

58 Cf. Richard SENNETT, *The Corrosion of Character*, Norton: New York/London 1998, p. 24, 27 (*Le travail sans qualités : les conséquences humaines de la flexibilité*, A. Michel : Paris 2000).

d'identification deviennent de plus en plus décisifs⁵⁹. D'où l'importance croissante de « l'identité [qui] implique nécessairement, pour se forger, deux éléments fondamentaux : continuité avec soi-même dans le temps et une place vis-à-vis des autres dans l'espace »⁶⁰. Cela demande une compétence technique pour gérer son identité administrative (papiers d'identité, mots de passe, etc.)⁶¹, mais aussi plus fondamentalement un investissement de longue haleine pour construire sa relation au monde.

Cette conception politique de la liberté en tant que devoir de performance se trouve concrétisée à la fois par le droit moderne et le temps de l'horloge. La temporalité horlogère ne prescrit pas d'activités ou de comportement particuliers, mais fournit simplement un cadre d'action. De son côté, le droit circonscrit la sphère privée des individus mais, pas

59 Cf. Jane CAPLAN & John TORPEY (dir.), *Documenting Individual Identity. The Development of State Practices in the Modern World*, Princeton Univ. Press 2001, passim, et notre note de lecture "Ambivalent and abstract : State-Organised Identification", *Journal of Information, Law & Technology* (en ligne), n° 2/2003, www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2003_2/pollman.

60 Yves DELAHAYE, *La frontière et le texte. Pour une sémiotique des relations internationales*, Payot : Paris 1977, p. 207.

61 Cf., notamment sur le devoir de soin à l'égard du passeport, l'étude ethnographique de Thomas SCHEFFER, "Der administrative Blick. Über den Gebrauch des Passes in der Ausländerbehörde", in : S. Hirschauer & K. Amann (dir.), *Die Befremdung der eigenen Kultur. Zur ethnographischen Herausforderung soziologischer Empirie*, Suhrkamp : Frankfurt/M. 1997, p. 168 à 197 (191 s.).

plus que le temps, ne prescrit son contenu⁶². Autrement dit, le droit procure à tout un chacun des frontières abstraites délimitant une marge de manœuvre qui sera remplie par les décisions et les activités variées des individus agissant isolément. Le droit comme le temps délègue donc le pouvoir de décision et d'action aux individus, tout en leur imposant des paramètres déjà établis sur lesquels ils n'ont guère de prise. Dans le contexte d'une économie de marché généralisée mettant en rapport des existences individuelles gérées par voie contractuelle, ce cadre d'action n'ouvre pas seulement des possibilités, mais exige surtout une posture active de la part des individus⁶³. Comme Montesquieu l'a laissé entendre, ils doivent vouloir, et toute action, donc toute leur vie est nécessairement dirigée par cet esprit d'initiative obligatoire.

Alors qu'autrefois, l'existence des hommes semblait tracée et organisée d'avance, aujourd'hui, chaque étape de la vie individuelle nécessite attention, effort, choix et souffrance, mais signifie aussi, bien entendu, options multiples et espoirs d'épanouissement. Sommé de se gérer comme une

62 Cf. Friedrich-August HAYEK, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. 1 : *Règles et ordre* (1973), Presses univ. de France : 2^{ème} éd. Paris 1985, p. 130. Il ne partagerait cependant pas les conclusions contraignantes que nous tirons de sa conception de la liberté.

63 Cf. U. BECK et E. BECK-GERNSHEIM, op. cit. (supra note 53), p. 12, 14 s.

entreprise mais n'arrivant pas toujours à satisfaire les injonctions de succès, l'individu peut tomber en faillite, succomber à une maladie mentale et notamment à la dépression qui constitue « une pathologie de la liberté » et « une maladie de la responsabilité dans laquelle domine le sentiment d'insuffisance »⁶⁴.

Ces considérations dépeignent la liberté individuelle comme un régime de contraintes invisibles dont l'efficacité repose sur une conscience faiblement développée. Comme l'explique SPINOZA, nous nous sentons libres parce que nous ignorons nos déterminations⁶⁵. Plus précisément, nous préférons « penser que l'on prend des décisions librement, qu'on choisit son camp », pour ignorer qu'« [e]n réalité le choix de son camp est déterminé par les sentiments » et que « le désir sous-tend tout acte »⁶⁶. Parce qu'elle ne fait pas apparaître les ressorts inconscients de l'action, la croyance d'être libre contraint en fait davantage que ne le ferait une prescription explicite⁶⁷. Cet effet est bien mis

64 Alain EHRENBURG, *La fatigue d'être soi. Dépression et société*, Odile Jacob : Paris 1998, p. 35, 11.

65 Cf. SPINOZA, *Éthique*, évoqué sans plus de précisions par Miguel BENASAYAG, *Le mythe de l'individu*, La Découverte : Paris 2004, p. 62.

66 Le neurobiologiste Jean-Didier VINCENT, cité in *Sciences et avenir* nov. 2007, p. 84 s. : « Avons-nous notre libre arbitre ? » ; contre : Luc FERRY, *ibid.*

67 Cf. Marie-Madeleine DE LA FAYETTE, *La princesse de Clèves* (1678) : « en vous laissant votre liberté, je vous donne des bornes plus étroites que je ne pourrais vous en prescrire », citée par Norbert ELIAS, *La civilisation des mœurs* (1936), France loisirs : Paris 1997, p. 268.

(suite p. 52)

en relief par des études montrant que l'affirmation d'une liberté, par exemple dans certains discours prononcés par les autorités politiques ou des chefs d'entreprise, peut produire un sentiment de liberté *indépendant* de la réalité ; paradoxalement, cette impression est susceptible de co-exister avec l'absence de liberté et de la rendre supportable⁶⁸.

Le juriste américain Peter GABEL cherche à étayer ce paradoxe. Il estime que « c'est le fantasme d'une vraie liberté ancré dans le principe de la "liberté de contracter" qui rend compte de notre attachement à cette dernière ». Il poursuit : « Les droits individuels signifient la simple possibilité de certaines expériences sociales plutôt que ces expériences elles-mêmes », signification fondée sur « l'illusion que le

Dans le même sens MONTESQUIEU, "Mes pensées", op. cit. (supra note 39), p. 1431 : « Dans une monarchie bien réglée, les sujets sont comme des poissons dans un grand filet, ils se croient libres et pourtant ils sont pris ». Pour tout ce paragraphe, cf. Olivier LE COUR GRANDMAISON, *Haine(s). Philosophie et politique*, avant-propos Etienne Balibar, Presses univ. de France : Paris 2002, p. 103 à 124.

68 Cf. Jean-Léon BEAUVOIS, *Les illusions libérales, individualisme et pouvoir social. Petit traité des grandes illusions*, Presses univ. de Grenoble 2005, p. 75 à 160 (99 ss.) ; id. & Robert-Vincent JOULE, *La soumission librement consentie ; comment amener les gens à faire librement ce qu'ils doivent faire ?*, Presses univ. de France : Paris 1998 ; Alexandre PASCUAL et Nicolas GUÉGUEN, "La technique du « vous êtes libre de... » : induction d'un sentiment de liberté et soumission à une requête ou le paradoxe d'une liberté manipulatrice", *Revue internationale de psychologie sociale* vol. 15, n° 1/2002, p. 51 à 80.

droit à une expérience peut créer cette expérience elle-même »⁶⁹. Cette portée imaginaire et idéologique de la liberté individuelle est bien révélée par des enquêtes sociologiques explorant les manières dont les individus utilisent leur temps. En dépit des discours sur la liberté de chacun et malgré la faiblesse actuelle des injonctions et restrictions morales et éthiques, l'individu contemporain évoque en effet la plupart de ses activités même préférées comme étant *obligées*⁷⁰.

On peut en conclure que la liberté individuelle se caractérise par ce qu'aux rapports de dépendance personnels d'autrefois se sont substitués des rapports de dépendance impersonnels et abstraits d'aujourd'hui qui prescrivent à l'individu une posture active⁷¹. Si la liberté peut ainsi se muer en son (apparent) contraire, l'égalité n'est pas exempte non plus d'une ambivalence paradoxale.

69 Peter GABEL, "The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves", *Texas Law Review* vol. 62, 1984, p. 1563 à 1598 (1584, 1576, 1598).

70 Cf. Hartmut ROSA, *Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne*, Suhrkamp : Frankfurt/M. 2005, p. 220. V. déjà Alexis DE TOCQUEVILLE : « La vie privée est si active dans les temps démocratiques, si agitée, si remplie de désirs, de travaux, qu'il ne reste presque plus d'énergie ni de loisir à chaque homme pour la vie politique », cité in *Sciences humaines* n° 168, fév. 2006, p. 56.

71 Cf. Alain BIHR, "L'individu assujetti", *Interrogations ? Revue pluridisciplinaire en sciences de l'homme et de la société* n° 5 : « L'individualité, objet problématique des sciences humaines et sociales », déc. 2007, www.revue-interrogations.org/article.php?article=108.

II. Le principe d'égalité, c'est aussi un cache-sexe des inégalités⁷²

De son côté, l'égalité a été et est toujours revendiquée pour s'opposer à des mesures, pratiques et situations ressenties comme discriminatoires ou plus largement comme injustes. Le principe d'égalité apparaît donc comme un outil d'émancipation des populations défavorisées et possède une connotation fort positive, et cela à la fois dans la vie courante, en droit et en philosophie⁷³. Il est même couramment associé, voire assimilé à la justice et au droit⁷⁴. Or, en y regardant de plus près, l'égalité entraîne également des effets pervers. D'un côté, l'égalité de droit peut elle-même être critiquée comme injuste, notamment en tant que facteur de reproduction d'inégalités de fait (A). De l'autre, l'idée d'égalité peut agir comme force idéologique et nous leurrer

72 Cette partie résume et poursuit notre article "Le principe d'égalité : tremplin ou impasse pour l'émancipation humaine ?", *Aspects. Revue d'études francophones sur l'État de droit et la démocratie* n°3, 2009, p. 25 à 44.

73 Cf. par exemple Benjamin CONSTANT : « La perfectibilité de l'espèce humaine n'est autre chose que la tendance vers l'égalité », "De la perfectibilité de l'espèce humaine" (1805, 1^{ère} publication 1829), in : id., *De la liberté chez les modernes. Écrits politiques* choisis, présentés et annotés par Marcel GAUCHET, Librairie générale française : Paris 1980, p. 580 à 595 (591 ; aussi chez Hachette en 1989).

74 Cf. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp : Frankfurt/M. 1995, p. 111, 214 ss.

sur l'étendue de son champ d'application, contribuant ainsi à dissimuler la persistance d'inégalités de droit comme de fait. Ce mécanisme trompeur sera d'abord illustré à travers l'évolution du suffrage universel (B), puis examiné plus largement en tant que créateur de bonne conscience, facilitant une augmentation de l'écart entre principe et réalité (C).

A. L'égalité comme source d'inégalités

La naissance et le développement progressifs du principe d'égalité en philosophie politique et en droit peuvent être lus comme l'affirmation croissante de l'égalité des chances. Celle-ci apparaît comme une concurrence parfaite entre les individus⁷⁵. Or, la concurrence, qui est plus un processus qu'un état, tend sans cesse à miner sa propre existence⁷⁶ et ainsi favoriser les concurrents les plus puissants. Le principe d'égalité comme la concurrence créent donc des inégalités⁷⁷. Toutes les deux signifient en effet une neutralité formelle à l'égard des individus ou des entreprises, c'est-à-dire l'application de paramètres

75 Cf. Patrick SAVIDAN, *Repenser l'égalité des chances*, Grasset : Paris 2007, p. 24 s.

76 Plus précisément, ce sont les acteurs en concurrence entre eux qui la sapent ; la « concurrence produit le monopole » qui génère à son tour la concurrence, selon Karl MARX, *Misère de la philosophie* (1847), Payot & Rivages : Paris 1996, p. 208, dans le chapitre sur « La concurrence et le monopole ».

77 Cf. P. SAVIDAN, op. cit. (supra note 75), p. 24 s., passim.

communs et donc abstraits à des acteurs différents dans leurs spécificités : « Le droit par sa nature ne peut consister que dans l'emploi d'une même unité de mesure ; mais les individus distincts (et ce ne seraient pas des individus distincts s'ils n'étaient inégaux) ne sont mesurables d'après une unité commune qu'autant qu'on les considère d'un même point de vue, qu'on ne les saisit que sous un aspect *déterminé* »⁷⁸. Deux individus concrets ne peuvent donc être égaux qu'en tant que phénomènes purement abstraits, purgés de tout ce qui leur est propre⁷⁹, le degré d'abstraction pouvant varier. Cette égalité abstraite implique donc « l'indifférence à l'égard de [toute] particularité individuelle » et elle constitue l'apogée de « l'écart entre la forme et son contenu réel »⁸⁰.

On peut en tirer l'hypothèse que l'injonction juridique d'égalité se dirige contre des différenciations spécifiques perçues comme injustes, mais pas contre la différence en tant que telle⁸¹. Elle ne peut donc viser qu'une égalité abstraite, formelle.

78 K. MARX, *Critique des programmes de Gotha et d'Erfurt* (1875), Éd. sociales : Paris 1950, p. 23, publié sous le titre *Gloses marginales au programme du Parti Ouvrier allemand* sur www.marxists.org/francais/marx/works/1875/05/18750500a.htm.

79 Cf. Friedrich ENGELS, "Moral und Recht. Gleichheit", in : id., *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft, Marx-Engels-Werke*, Dietz : Berlin-Est 1962 ss., vol. 20, p. 88 à 100 (91).

80 G. SIMMEL, op. cit. (surpa note 42), p. 495.

81 Cf. Magdalena PÖSCHL, *Gleichheit vor dem Gesetz*, Springer : Wien/New York 2008 (956 p.), p. 149 avec références.

Appliquée à des individus différents et donc inégaux, elle implique à la fois la mise à l'écart des caractéristiques individuelles et le maintien ou la reproduction de ces inégalités sociales⁸². Il n'est en effet pas sûr que la puissance publique puisse pratiquer une neutralité et une égalité *matérielles* face à la diversité des groupes et des individus. Cela impliquerait probablement une égalité de résultats⁸³ et donc une inégalité de traitements difficile à concilier avec l'égalité devant la loi⁸⁴. (C'est d'ailleurs pourquoi l'égalité ne semble pas être l'opposé, mais le cadre de reproduction de la liberté. Au-delà d'une possible opposition circonstancielle entre égalité et liberté – la carte scolaire par exemple peut contribuer à l'égalité des élèves tout en limitant

82 Cf., notamment pour la situation en Autriche et en Allemagne, M. PÖSCHL, op. cit., p. 664 à 666. Dans le même sens, concernant les effets inégaux de l'égalité de droit des cocontractants en raison de leur inégalité de fait, MARCEL A. NIGGLI, *Menschliche Ordnung, Zu den metaphysischen Grundlagen der modernen Gesellschafts-, Norm- und Strafrechte*, Helbing & Lichtenhahn : Genève et al. 2000, p. 89.

83 Cf. Marc FLEURBAEY, *Capitalisme ou démocratie ? L'alternative du XXI^e siècle*, Grasset : Paris 2006, p. 34, cité et développé par P. SAVIDAN, op. cit. (supra note 75), p. 25 ss.

84 V. sur le terrain religieux Martha MINOW, *Making all the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, Cornell Univ. Press : Ithaca & London 1990 : « To be truly neutral, the government must walk a perhaps nonexistent path between promoting or endorsing religion and failing to make room for religious exercise. Accommodation of religious practices may look nonneutral, but failure to accommodate may also seem nonneutral by burdening the religious minority whose needs were not built into the structure of mainstream institutions » (p. 43).

le libre choix de leur école –, l'égalité constitue la forme juridique à travers laquelle peuvent se renouveler la liberté comme d'ailleurs la propriété. On peut en inférer la conclusion d'une concordance socio-économique entre propriété, liberté et égalité.⁸⁵)

Ces analyses peuvent se compléter par le regard du juriste et théoricien des systèmes Niklas LUHMANN. Celui-ci estime que le principe d'égalité vise à neutraliser les inégalités héritées, et cela pour développer entre les individus des *inégalités* systémiques et fonctionnelles, autrefois en matière de propriété, de nos jours surtout en matière de positions de pouvoir, notamment dans les organisations⁸⁶. Autrement dit, ce principe permet de bouleverser les autorités, les entreprises et les hiérarchies traditionnelles et de favoriser l'essor de nouvelles puissances. Le principe d'égalité apparaît ainsi comme un moteur de l'évolution sociale, c'est-à-dire comme facteur de mouvement et de changement⁸⁷.

85 Pour tout ce paragraphe, cf. A. KRÖLLS, op. cit. (supra note 48), p. 253 à 285. Sur les différentes conceptions des rapports entre égalité et liberté, cf. M. PÖSCHL, op. cit. (supra note 81), p. 547 à 658.

86 Cf. N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp : 2^{ème} éd. Frankfurt/M. 1999, t. 2, p. 1026 s.

87 Cf. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit. (supra note 74), p. 112 avec en note 140 cette citation de Guido CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge/Mass. 1982, p. 13 : « The most powerful engine of change in the common law was, strangely enough, the great principle that like cases should be treated alike ».

Par ailleurs, l'égalité de droit n'est pas seulement source d'inégalités sociales, elle produit également des inégalités proprement juridiques. En effet, pour considérer, dans la multiplicité et la diversité de la réalité qui ne connaît pas d'identité "numérique", certaines entités comme égales, il faut accentuer leurs caractéristiques communes et tenir pour négligeables leurs différences, ce qui implique de grossir les écarts par rapport à d'autres phénomènes. C'est pourquoi on a pu estimer que « le droit consiste en distinctions, donc en inégalité de traitement »⁸⁸ et que « la norme est la frontière [...] »⁸⁹. L'égalité de traitement généralisée est une idée paradoxale parce qu'elle s'invalide elle-même⁹⁰, elle signifierait en fait l'abandon de l'ordre juridique⁹¹. Le principe d'égalité n'aurait effectivement plus d'utilité, si tous les individus du monde étaient partout égaux. Même à l'intérieur d'un ordre juridique particulier, l'égalité par exemple de tous les diplômés, du brevet du

88 Marcel A. NIGGLI, *Menschliche Ordnung. Zu den metaphysischen Grundlagen der modernen Gesellschafts-, Norm- und Strafrechtstheorie*, Helbing & Lichtenhahn : Genève et al. 2000, p. 33.

89 Anthony P. COHEN, *The Symbolic Construction of Community*, Routledge : London/New York 1989, p. 69. V. plus largement C. POLLMANN, "Le droit comme système de frontières. De l'étude des délimitations vers une théorie de la « construction juridique de la réalité »", *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* n° 1/2007, p. 99 à 110.

90 Cf. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit. (supra note 74), p. 234.

91 Cf. Friedhelm HASE, recension de Wolfgang Däubler, *Das Grundrecht auf Mitbestimmung*, in : *Kritische Justiz* n° 1/1975, p. 67 ss. (68).

collège jusqu'au doctorat, ne servirait à rien et dévaloriserait la plupart d'entre eux. Bref, « l'égalité est un concept formel qui existe du fait qu'il y a un autre côté : l'inégalité. Égalité sans inégalité n'a pas de sens – et vice versa »⁹². Par conséquent, en accordant une égalité de traitement à certains cas, nécessairement limités et sélectionnés, le droit les distingue d'autres cas ainsi discriminés.

À côté de sa portée matérielle, voire économique, l'idée d'égalité possède une force idéologique.

B. L'égalité de suffrage, sans cesse démentie

Comme un fétiche, l'idée d'égalité comporte une propension à nous séduire, à nous duper sur ses propres signification et étendue. Il est instructif d'illustrer cette tendance en étudiant à la fois l'essor progressif du suffrage universel, synonyme d'égalité de suffrage, et les qualifications rétrospectives portées sur ses étapes. Dans une **première approche**, on a cru pouvoir dater l'institution française du suffrage universel en 1792 pour l'élection de la Convention, puis en 1848 pour l'élection d'une assemblée constituante, et cette appréciation est encore formulée par certains juristes

92 N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit. (supra note 74), p. 111. Ce raisonnement par opposition rappelle l'idée similaire comme quoi la liberté de l'un implique l'absence de liberté pour l'autre, émise supra sur note 42.

et politistes contemporains parmi lesquels se trouvent aussi des analystes progressistes⁹³. Compte tenu de l'exclusion politique des femmes, la qualification d'universel peut surprendre aujourd'hui. L'universalité s'apprécie-t-elle selon les critères de l'époque ou avec nos paramètres actuels ? Ces interrogations valent également par rapport aux esclaves, eux aussi, par définition, exclus de la citoyenneté et donc du suffrage, car la compatibilité du principe d'égalité avec l'esclavage relevait de l'évidence, notamment en Amérique⁹⁴.

Est alors apparue une **deuxième approche** qui tient conceptuellement compte de l'exclusion électorale des femmes et des esclaves. D'après elle, le suffrage universel n'a été achevé, aux États-Unis, qu'au milieu des années 1960, avec l'abolition des dernières discriminations restreignant le vote des Noirs⁹⁵. En France, il n'aurait été introduit que par

93 Cf. André BELLON, "Changer de président ou changer de Constitution ?", *Le Monde diplomatique* mars 2007, p. 24 à 25 (24) ; Michel MIALLE, *Constitutions et luttes de classe (de 1789 à nos jours)*, Éd. du Faubourg : Montpellier 1978, p. 96 ; Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, A. Colin : 23^{ème} éd. Paris 2006, p. 181 (livre 1^{er}, titre 2nd, chap. I) : « La France fut le premier pays à instituer le suffrage universel. »

94 Cf. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit. (supra note 74), p. 233, n. 51 avec référence.

95 Cf. la *Voting Rights Act* de 1965 dans le *United States Code*, titre 42, chapitre 20, sous-chapitre I-A et I-B (§ 1973 à § 1973aa-6, www.law.cornell.edu/uscode/42/uscode_sup_01_42_10_20.html). On peut cependant se demander si ces discriminations n'ont pas

(suite p. 62)

l'ordonnance du 21 avril 1944 donnant le droit de vote aux femmes et mis en application, pour la première fois, lors des élections d'une assemblée constituante et du référendum constitutionnel simultané du 21 octobre 1945, puis confirmé par l'article 3 IV de la Constitution de 1946. Or, ce serait oublier que pendant quelques années encore, certaines catégories de sujets français n'étaient pas citoyens et n'avaient, par conséquent, que des droits limités. Plus précisément, les algériennes musulmanes n'avaient aucun droit de vote jusqu'en 1958⁹⁶ ; même les "indigènes" masculins n'avaient le plus souvent qu'un droit de vote triplement restreint, par des conditions particulières pour l'inscription sur les listes électorales, sur le plan de la "valeur de

été réintroduites par la petite porte, sous la forme de la déchéance de leurs droits civiques frappant surtout, parfois à vie, les anciens détenus dans de nombreux États. En effet, la population carcérale, stable de 1926 à 1970, a cru de 200.000 à 2,4 millions aujourd'hui. Comme l'incarcération n'est pas neutre en terme "racial", 5% de tous les adultes Noirs des États-Unis sont en prison et 13% ne peuvent pas voter, souvent plus jamais ; en Alabama et en Floride, 31% de tous les adultes Noirs sont privés de leur droit de vote pour toujours (cf. Clifford GINN, "The drug war", *Harvard Law Record*, 25 oct. 2001, p. 5 ainsi que THE SENTENCING PROJECT & HUMAN RIGHTS WATCH, "Losing the Vote : The Impact of Felony Disenfranchisement Laws in the United States", www.hrw.org/legacy/reports98/vote/ et DRUG POLICY ALLIANCE, "Drugs, Police & the Law", www.drugpolicy.org/law/felon/).

96 Pour les détails, cf. Daniel LEFEUVRE, "1945-1958 : un million et demi de citoyennes interdites de vote !", *Clio. Histoire, femmes et société* n° 1/1995 : « Résistances et Libérations France 1940-1945 », <http://clio.revues.org/document524.html>.

calcul” du suffrage ou en ce qui concerne sa “valeur d’impact” politique⁹⁷. En Algérie par exemple, l’impact du suffrage des “indigènes” fut amoindri, jusqu’en 1958, par la division de l’ensemble des habitants électeurs en deux collèges⁹⁸. On doit en conclure avec une **troisième approche** que le suffrage universel n’a été achevé en France qu’en 1958, voire avec l’indépendance de ses colonies (en supposant que le droit de vote dans les territoires demeurés français ne soit pas resté plus limité qu’en métropole).

Même pour les citoyens français, on peut dans une **quatrième approche** émettre des doutes quant à l’égalité du suffrage, en dépit de l’article 3 III de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose que « le suffrage [...] est toujours universel, égal et secret ».

97 Cf. Pierre LAMPUÉ & Louis ROLLAND, *Précis de droit des pays d’outre-mer*, Dalloz : Paris 1949, n^{os} 247 s., p. 267 s. ; n^o 359, p. 378 ss. ; n^o 457, p. 469 s. ; Florence BERNAULT, *Démocraties ambiguës en Afrique centrale. Congo-Brazzaville, Gabon : 1940-1965*, Karthala : Paris 1996, p. 94 ss.

98 Cf. Patrick WEIL, “Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée”, in L’association française pour l’histoire de la justice (dir.), *La Justice en Algérie 1830-1962*, La Documentation française : Paris 2005, p. 95 à 109 (108) [www.patrick-weil.com/Fichiers du site/2005 – Le statut des musulmans en Algérie coloniale\(Doc.française\).pdf](http://www.patrick-weil.com/Fichiers%20du%20site/2005%20-%20Le%20statut%20des%20musulmans%20en%20Alg%C3%A9rie%20coloniale(Doc.fran%C3%A7aise).pdf) ; le collège unique a été institué par la loi n^o58-95 du 5 fév. 1958 sur les institutions de l’Algérie, *J.O.* fév. 1958, p.1379 s., loi qui ne semble cependant pas avoir été appliquée. Pour l’ensemble, cf. Hervé ANDRÈS, *Le droit de vote des étrangers. Etat des lieux et fondements théoriques*, thèse sous la direction de M. CHEMILLIER-GENDREAU, Univ. Paris VII Denis Diderot 2006, <http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00130445>, p. 180 à 193.

Pour les élections législatives des 23 et 30 novembre 1958 en tout cas, Bernard CHANTEBOUT précise : Le « découpage des circonscriptions [...] fut fort habilement opéré ; [...] les communistes [...] avaient droit à un député pour 388 000 électeurs alors que, de leur côté, les gaullistes obtenaient un député pour 18 400 électeurs »⁹⁹. Du fait de cette pratique de *gerrymandering*, une voix gaulliste pesait donc 21 fois plus qu’une voix communiste.

La multiplicité des approches signalées ci-dessus suggère qu’il pourrait y en avoir encore d’autres¹⁰⁰, revendiquant par exemple la participation électorale de ceux que l’on appelle aujourd’hui étrangers¹⁰¹,

99 B. CHANTEBOUT, op. cit. (supra note 93), 10^{ème} éd. 1991, p. 399 (livre 2nd, titre 1^{er}, chap. II, sect. III, § 2 A) ; l’éd. 2006 de l’ouvrage précise que le parti gaulliste U.N.R. obtenait 207 sièges avec 17,6% des suffrages, le P.C.F. 10 sièges avec 18,9% (p. 386).

100 Michel BALINSKI montre que dans la France actuelle, l’égalité du suffrage n’est (toujours) pas atteinte : “Le suffrage n’est plus [sic] universel”, *Libération*, 27 juillet 2005.

101 Qualification traditionnelle, ce terme devient abusif quand il s’agit des nombreux individus qui, notamment du fait de la durée de leur séjour dans un pays, n’y sont plus étrangers. En France, le principe de l’art. 4 de la Constitution du 24 juin 1793, jamais appliquée, et la revendication américaine « No taxation without representation » n’ont commencé à trouver une application à l’égard de ces “étrangers” que depuis 2001, au bénéfice des seuls ressortissants communautaires et uniquement pour les élections municipales et européennes. V. H. ANDRÈS, “Droit de vote : de l’exclusion des indigènes colonisés à celle des immigrés”, publié en mars 2008 sur le réseau scientifique Terra : <http://terra.rezo.net/article733.html>.

mineurs¹⁰² ou incapables¹⁰³ – ou encore la représentation politique des animaux... Où s'arrête l'extension de l'égalité, où commence la démagogie ou l'absurde ? Toujours est-il que, liées à une époque particulière, l'égalité et l'universalité s'avèrent facilement moins complètes dans la réalité qu'elles ne le prétendent.

C. Le principe d'égalité, facteur de bonne conscience

Après l'étude de l'égalité en matière électorale, il est utile d'examiner plus largement cette puissance de camouflage. Dans le passé colonial, celle-ci se manifestait à l'égard des colonisés et des "indigènes" qui étaient assujettis à la puissance publique des pays colonisateurs mais auxquels le statut de citoyen et donc l'égalité de droit étaient refusés. On peut estimer que leur inégalité juridique devenait quelque peu invisible du fait de l'affirmation abstraite du principe d'égalité.

De nos jours, ce phénomène de dissimulation peut s'observer notamment auprès des femmes et des

102 Cf. Kees AARTS & Charlotte VAN HEES, "Abaisser l'âge de voter : le débat et les expériences européennes", *Perspectives électorales* juillet 2003, www.elections.ca/eca/eim/article_search/article.asp?id=54&lang=f&frmPageSize=&textonly=false.

103 V. à cet égard, par rapport aux majeurs sous tutelle, l'art. L. 5 du code électoral, dans la version de l'art. 12 de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

populations immigrées chez lesquelles le principe d'égalité va couramment de pair avec diverses discriminations. Il est possible qu'il s'agisse là d'un parallélisme fortuit, mais on peut également suggérer un lien de cause à effet. L'égalité juridique et abstraite faciliterait, voire provoquerait des inégalités de fait : « l'universalisme à la française est, historiquement, la source de discriminations »¹⁰⁴. On a pu relever « la définition de la France comme une nation égalitariste en droit, et qui au nom de cet égalitarisme en droit se désintéresse complètement des discriminations de fait »¹⁰⁵. Le principe d'égalité justifierait donc ce désintérêt, au point de (se) tranquilliser par rapport à certaines discriminations, par exemple celle des femmes : « l'universel est en fait un cache-sexe qui ne recouvre le plus souvent que du masculin et a servi à exclure les femmes du gouvernement de la cité »¹⁰⁶. Un constat similaire concerne les populations d'origine étrangère : « En se voilant la face, on a laissé se creuser le fossé séparant [... les] principes [républicains] du traitement subi quotidiennement par les jeunes issus des flux migratoires "postcoloniaux", qui sont les

104 L'historienne Michelle PERROT, *Le Monde*, 25 fév. 1999, citée par Joan SCOTT, "Les femmes sont des hommes politiques comme les autres", *Sciences humaines* n° 167 S, janv. 2006, p. 18 à 20 (20, suivi d'exemples).

105 Éric MACÉ, "Ce que la télévision dit de la France" (entretien), *Sciences humaines*, hors-série n° 50, sept. 2005, p. 82 à 83 (83).

106 M. PERROT, op. cit., citée par J. SCOTT, op. cit. (supra note 104), p. 19.

principales victimes des discriminations touchant les habitants des cités »¹⁰⁷.

Au-delà de ces catégories particulières de personnes, le principe d'égalité semble légitimer les inégalités de fait dans la concurrence des individus entre eux, y compris aux yeux de ceux susceptibles d'y perdre : « en posant le principe de l'égalité entre les individus, en particulier sous la forme de l'égalité des chances, les sociétés démocratiques individualisent l'inégalité ; si le jeu est ouvert et que tout le monde peut concourir et être classé selon son mérite, l'échec est imputable à l'individu lui-même »¹⁰⁸. Ainsi, le *concours*, concrétisation du principe d'égalité en matière de formations et d'attribution d'emplois publics, a pour effet notable que tout le monde accepte que les candidats issus de milieux favorisés aient infiniment plus de chances que les autres de remporter les positions les plus prestigieuses¹⁰⁹.

En parlant de l'application des droits de l'homme dans le passé, on peut résumer avec Jürgen HABERMAS que « leur prétention égalitaire à une

107 Alex G. HARGREAVES, "Quel bilan ? La révolte des banlieues à travers les livres", *Le Monde diplomatique* nov. 2006, p. 28.

108 Robert CASTEL, in : id. & Claudine HAROCHE, *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi. Entretiens sur la construction de l'individu moderne*, Fayard : Paris 2001, p. 93 ; dans le même sens P. SAVIDAN, op. cit. (supra note 75), passim.

109 Cf. Vincent TROGER, "L'école en débat", *Sciences humaines* n° 100, déc. 1999, p. 12 à 17 (14).

validité universelle servait *aussi* à voiler le traitement inégal qui frappait de fait ceux qui en étaient silencieusement exclus »¹¹⁰.

Dans ces conditions, peut-on encore considérer que « la mauvaise application des principes ne les disqualifie en rien »¹¹¹ ? Il n'est pas utile de se placer sur le terrain moral de cette question, mais il est possible d'avancer l'idée que face à des situations concrètes contraires, un principe tel que l'égalité, formulé de façon suffisamment abstraite, est susceptible de changer de fonction. Il ne viserait alors plus la modification de la réalité pour qu'elle se conforme au principe, mais acquerrait le rôle de la maintenir inchangée. Qu'il soit juridique, politique, religieux ou autre, un discours d'apparence généreuse qui fait abstraction de problèmes matériels concrets, en l'occurrence de diverses disparités socio-économiques, peut confirmer le statu quo en inspirant bonne conscience. Cela fonctionne d'autant plus efficacement que le point de référence dont on a besoin pour comparer et appliquer le principe d'égalité n'est pas général mais particulier, surtout si cet ancrage dans le particulier reste inconscient¹¹².

110 JÜRGEN HABERMAS, « Zur Legitimation durch Menschenrechte », in : H. Brunkhorst & P. Niesen (dir.), *Das Recht der Republik*, Suhrkamp : Frankfurt/M. 1999, p. 386 à 403 (393).

111 Samuel TOMEI, compte-rendu de André Bellon et al., Mémento du républicain, Mille et une nuits 2006, in *Le Monde diplomatique* mai 2006, p. 39.

112 Cf. M. MINOW, op. cit. (supra note 84), p. 50 s. En matière d'égalité "raciale" par exemple, le point de référence n'est pas l'être humain en général, mais – inconsciemment – les Blancs, ce qui fait que les Noirs n'apparaissent pas différents des Blancs (et vice versa), mais *déviant*s de la

C'est comme si l'affirmation d'une égalité même phantasmée avait un effet anesthésiant ou euphorisant sur le locuteur et les destinataires de son propos. On pourrait donc répondre à la question posée au début de ce paragraphe que la mauvaise application des principes ne les disqualifie nullement, parce que ces principes n'ont pas ou n'ont plus vocation à être appliqués. Au contraire, plus l'écart entre les principes et la réalité est grand, plus le rôle de camouflage des principes devient essentiel. Ce mécanisme a été illustré par l'affirmation, dans le débat français sur l'universalisme et l'application inégale de la laïcité, que « notre spécificité la plus forte est [...] dans la capacité à maximaliser l'écart entre principe et réalité »¹¹³.

Si les considérations qui précèdent ont pu paraître incisives, il est utile de préciser deux aspects. D'une part, la prétention à l'égalité et à l'universalité n'est sans doute jamais achevée ; nous sommes tous et en permanence prisonniers d'un édifice de pensées et de concepts limitant, voire minant cette ambition. D'autre part, l'égalité de droit a été présentée comme source d'un leurre en tant qu'elle contribue au

norme : « Whites tend to cite the race of an individual only if that person is not white, since the unstated race is understood to be white » (ibid., note 6).

113 Jean BAUBÉROT, « Laïcité, le grand écart », *Le Monde*, 4 janv. 2004.

maintien de l'inégalité de fait. L'égalité juridique apparaît ainsi critiquable, mais paradoxalement, la critique s'appuie sur l'idée d'égalité ! En effet, la préservation des inégalités sociales ayant une connotation péjorative, l'invocation de cet état de fait valorise le principe d'égalité. Par conséquent, l'égalité conserve une allure finalement positive, même là où elle est critiquée...

* * *

À ce stade de notre réflexion, il ne nous est guère possible de conclure. On peut simplement proposer quelques pistes pour approfondir l'exploration. Pour cela, il est judicieux de reprendre l'idée de N. LUHMANN¹¹⁴ comme quoi le principe d'égalité, en substituant des inégalités systémiques et fonctionnelles aux inégalités héritées et traditionnelles, pousse au *changement* social. Cette hypothèse peut être étayée et complétée par l'observation que l'idée d'égalité est la condition et la base de tout *échange*¹¹⁵. Plus précisément, « la catégorie d'égalité [...] est la traduction, dans le domaine des idées, d'un processus social fondamental : le processus d'égalisation de l'inégal [c'est-à-dire de la diversité humaine et sociale], à partir duquel est rendue possible une commensurabilité des hommes et des produits »¹¹⁶.

114 Évoquée supra sur notes 86 s.

115 Cf. G. SIMMEL, op. cit. (supra note 42), p. 30 à 61 (48).

116 Jean-François CORALLO & Georges LABICA, « Égalité », in : Gérard BENSUSSAN & G. LABICA (dir.), *Dictionnaire critique du marxisme*, Quadrige/Presses univ. de France : 3^{ème} éd. Paris 1999, p. 380. De façon comparable, à propos d'un

En permettant la mesure, le calcul et la comparaison, l'égalité est à la fois le fondement et le résultat des échanges. Or, c'est aussi le droit dans son ensemble qui peut être considéré comme facteur de commensurabilité¹¹⁷.

Le mouvement d'égalisation et la juridicisation du monde et de la société apparaissent ainsi liés entre eux, mais liés aussi à l'extension du marché et donc à la mise en valeur marchande de toujours plus de produits et d'activités, voire d'hommes. Bien entendu, ce processus, c'est-à-dire la "marchandisation" sans limites du monde découle aussi de la liberté individuelle : « Lorsqu'on dit [...] que la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, on postule qu'il y a quelque chose d'*infini* en elle, puisqu'elle n'est bornée que par la liberté de l'autre. Il suffirait donc que l'autre ne soit plus libre pour qu'elle aille à l'infini », jusqu'à la « conquête totale du monde »¹¹⁸.

La liberté et l'égalité sont et restent des outils à la fois de l'émancipation et de l'épanouissement

nivellement monétaire de la vie culturelle, G. SIMMEL, op. cit. (supra note 42), p. 555.

117 Cf. Antoine JEAMMAUD, "La règle de droit comme modèle", *Recueil Dalloz* 1990, chronique, p. 199 à 210.

118 Bernard EDELMAN, "Sujet de droit et techno-science", *Archives de philosophie du droit* vol. 34, 1989 : « Le sujet de droit », p. 165 à 179 (169 et 171).

individuels et collectifs¹¹⁹. Simultanément, elles poussent êtres humains et sociétés dans une concurrence destructrice accrue. Avec la propriété, elles s'affirment comme ressorts essentiels de l'expansion capitaliste sous les impératifs de croissance et de performance, processus qui ne prévoit pas de limites et qui ne peut, par conséquent, que déboucher sur un effondrement dont les détails sont encore imprévisibles¹²⁰. Elles partagent cette ambivalence avec le troisième volet de la triade révolutionnaire, à savoir la fraternité. Même si celle-ci ne bénéficie guère d'une quelconque reconnaissance juridique¹²¹, elle peut, sur le plan politique, tantôt fonder des orientations et des démarches de soutien aux faibles, tantôt inspirer ou justifier des pratiques et des mesures oppressives, voire totalitaires¹²².

119 C'est pourquoi le titre *Liberté, égalité, discrimination* de l'ouvrage de P. WEIL (Grasset : Paris 2008) nous semble pécher par excès d'élan dénonciateur. En définitive, le contenu du livre relève cependant d'une ambition plus analytique et mesurée.

120 Pour une analyse de l'individualisme juridique comme moteur de ce processus, cf. C. POLLMANN, "Identité personnelle et droit. L'individu contemporain érigé en dieu et sommé de réussir", *Revue de droit suisse* n° 1/2006, p. 63 à 83, poursuivi in "Accumulation, accélération et individualisme juridique", op. cit. (supra note 44).

121 Cf. Antoine DELBLOND, "Introduction", in : id. (dir.), *Éloge de la Fraternité : pratique des solidarités*, L'Harmattan : Paris 2000, p. 9 à 11 (11).

122 Cf. Jacques LE GOFF, "Le « frère ennemi » ou le tragique de la Fraternité", *ibid.* p. 61 à 88.