

Le droit à l'égalité des sexes contre l'égalité des droits.

Des modifications nécessaires au Traité de l'Union européenne

Par Eliane Vogel-Polsky

Professeur de l'Université Libre de Bruxelles

Directrice du groupe d'études et de recherche

Femmes et Société (GERFeS)

de l'Institut de Sociologie de l'ULB

Expert- Consultant au Conseil de l'Europe

et à la Communauté européenne

Mon propos est d'argumenter le débat sur l'égalité des sexes à partir des travaux de critique juridique de l'égalité que j'ai menés depuis un certain nombre d'années. Je suis arrivée à la conclusion que la construction contemporaine de l'égalité qui prévaut en droit international, en droit communautaire, dans les droits constitutionnels des États européens et dans leur droit positif, est frappée d'une tare originelle qui programme son propre inaboutissement.

Je précise d'emblée que la démarche conceptuelle que je propose est de construire le droit à l'égalité de la femme et de l'homme et non pas l'égalité des droits ou des droits égaux pour tous.

Il faut abandonner un système qui prétend assurer théoriquement l'égalité des droits (civils, politiques, économiques, sociaux) des personnes entre elles sans jamais autoriser une égalité substantielle de la femme et de l'homme. Au contraire, il faut résolument consacrer un droit fondamental, nouveau, inconnu dans l'ordre juridique communautaire, qui a pour objet principal l'égalité de la femme et de l'homme.

Dans le premier système, l'égalité est accessoire et instrumentale elle est un des moyens d'assurer la jouissance de droits spécifiques considérés comme de véritables droits - tels que les droits politiques, le droit à la protection de la vie, le droit à un salaire équitable, etc. L'instrumentalisation de l'égalité s'opère par la comparaison entre un homme et une femme et l'interdiction d'opérer les discriminations entre eux au motif du sexe.

Dans le second système, l'égalité est centrale, elle est une fin en soi et constitue le noyau dur du droit fondamental. Elle impose l'obligation de garantir l'égalité de statut aux deux composantes sexuées de l'humanité et devient le principe moteur de toute règle d'organisation politique et sociale dans une démocratie véritable.

1ère Partie: De la théorie de l'égalité juridique.

1. Valeur et signification de l'égalité juridique

Mon exposé est nécessairement sommaire et a pour objet de recentrer le débat dans la théorie et l'idéologie juridiques.

En premier lieu, je propose de dégager les valeurs et représentations qui, dans le système du droit, légitiment un principe général d'égalité. Un tel principe existe-t-il ? La réponse est négative, évidemment. L'égalité ne constitue pas une valeur substantielle du droit et sans doute pas plus de la justice. L'égalité des personnes humaines constitue une valeur substantielle de la démocratie, en telle manière que l'égalité juridique des personnes ne se conçoit que dans un système juridique destiné à organiser une société démocratique.

Dans l'histoire de l'humanité, les systèmes juridiques inégalitaires ont été les plus nombreux. Le droit n'en a pas moins bien servi le pouvoir reconnu comme souverain : ses techniques sont les mêmes (d'élaboration, de normativité, de coercition), même si les "valeurs substantielles" sont différentes. Le droit est au service d'un système de valeurs, d'une idéologie, d'une institution imaginaire de la société. Par nature, le droit est une création politique et sociale.

Dans un système politique démocratique - et seulement dans un tel système - l'égalité des personnes humaines est reconnue comme telle et s'énonce sous la forme de principes et de droits fondamentaux. A leur tour, ils s'incarneront dans des normes de droit positif dont la fonction est d'organiser concrètement et procéduralement les rapports de coopération sociale au sein des sphères publiques et privées. L'égalité juridique sera rarement énoncée de manière globale mais par référence aux domaines visés par la loi (égal accès à la justice, égalité des contribuables, égalité des électeurs, égalité des salaires, etc.).

En d'autres termes, il n'existe pas de droit à l'égalité reconnu aux personnes humaines, mais l'égalité constitue une dimension à instaurer dans l'agencement et la garantie de droits définis et situés par rapport à un aspect donné de la vie sociale.

Certes, la doctrine juridique se réfère abondamment aux principes généraux du droit, rappelant qu'ils reposent sur une vue globale des valeurs d'une société et s'imposent comme tels aux différentes branches du droit dont l'objet est par nature spécialisé (droit civil, droit commercial, droit fiscal, droit du travail, etc.).

La soumission des droits spécialisés aux principes généraux garantirait le respect des valeurs fondatrices du système. La hiérarchie entre les principes généraux et les règles spécialisées constitue dans le discours juridique un élément constitutif de l'unité et de la cohérence d'un ordre juridique (quel qu'il soit).

• *Le passage du principe au droit fondamental*

Les droits fondamentaux constituent une institution juridique d'un autre ordre. La genèse et le développement des droits fondamentaux dans les systèmes juridiques contemporains coïncident historiquement avec le développement de l'État libéral et l'individualisme. La notion même de droit fondamental n'a pas de sens dans le système juridique issu d'un État théocratique ou totalitaire. C'est l'apparition du sujet de droit, en tant que personne humaine autonome, dotée de droits subjectifs fondamentaux, inaliénables, indivisibles et indérogables, qui va opérer une révolution dans les systèmes juridiques occidentaux et provoquer leur nouvel agencement. Une caractéristique importante reconnue aux droits fondamentaux par la doctrine contemporaine, c'est leur indivisibilité.

L'indivisibilité repose sur une cohérence juridique et intrinsèque par rapport à l'ensemble des droits fondamentaux de la personne humaine (droit à la vie, droit à l'intégrité physique, droit à la création d'une famille, etc.). Aucun de ces droits reconnus ne peut se réaliser effectivement sans qu'en même temps les autres droits fondamentaux soient garantis. Cette prémisses de l'indivisibilité vise à affirmer une obligation générale de l'État, du pouvoir politique, qui est de garantir une jouissance effective de tous ces droits parce qu'ils sont considérés comme essentiels.

Une seconde caractéristique importante des droits fondamentaux est celle de leur interdépendance.

L'interdépendance correspond à un autre type de cohérence juridique, celle qui vise la personne humaine comme sujet de droit, titulaire d'un ensemble de droits et garanties fondamentales.

Dans cette seconde approche, la question pertinente est de déterminer quelles sont les garanties que le sujet de droit, la personne humaine peut revendiquer.

L'interdépendance place la centralité de l'analyse des droits fondamentaux sur les destinataires des droits, sur la personne humaine conformément au texte fondateur, celui de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 qui définit les droits indispensables à la dignité et au libre développement de la personnalité et place l'ensemble de ces droits dans l'objectif du respect de la dignité humaine de chaque personne, et affirme que les personnes en sont titulaires en tant que membres de la société.

Il me paraît déterminant de souligner cette articulation tout à fait neuve dans le discours juridique qui fonde la source et la légitimation des droits fondamentaux de la personne humaine à son appartenance à la société. L'importance des droits fondamentaux tient à la nature du discours juridique, lequel est un discours de justification en ce qu'il impose à tous des règles de comportement et d'organisation des liens sociaux.

La question du respect des droits fondamentaux touche à la fondation même d'un régime politique, aux sources du pouvoir et de son exercice. Jusqu'à une époque récente, le cadrage des droits fondamentaux (droits de l'Homme) prétendait avoir pour objet d'émanciper l'individu de l'oppression des systèmes politiques non démocratiques. L'analyse féministe du discours émancipateur des droits de l'Homme montre que ce sont des conceptions spécifiquement situées de la Justice, de l'Égalité et de la Dignité humaine, qui ont motivé les choix politiques et juridiques de leur mise en oeuvre, permettant de légitimer l'exclusion des femmes.

2. Signification de l'égalité juridique des sexes

L'approche de ce type particulier d'égalité, celle qui devrait être établie entre les femmes et les hommes, est très récente. L'égalité des personnes dans une société donnée n'est apparue, comme une valeur fondamentale, exigeant une articulation égalitaire de la répartition des rôles, des responsabilités et du travail dans les sphères publique et privée, qu'à de très brefs instants de l'histoire de l'humanité.

Durant les brèves périodes historiques au cours desquelles une vision égalitaire de la personne humaine a prévalu, les femmes en tant que femmes, c'est-à-dire en raison de leur "nature" biologique, n'ont pas été admises au statut de personne humaine à part entière, titulaire des mêmes droits, des mêmes prérogatives, des mêmes obligations que les hommes.

. Cette exclusion "naturelle" ou d'origine biologique reflétait les rapports sociaux de sexe établis à l'époque considérée. Le droit, les institutions politiques et sociales ont donc été construits sur la différenciation sexuelle. Le droit est sexué soit explicitement en énonçant des lois et des normes séparées pour les femmes et les hommes, soit implicitement en excluant irrévocablement, au motif de leur "nature", les femmes de la Société des égaux.

Quand au 18^e siècle, les droits de l'Homme seront proclamés comme des droits inaliénables et universels, les femmes ne peuvent en être les sujets par "nature", et feront l'objet de règles et de lois les confinant dans leur rôle "biologique" de reproductrices, de services sexuels et ménagers, etc.

La construction des systèmes juridico-politiques issus des « révolutions du droit naturel » du 18^e siècle se caractérise par conséquent par une profonde duplicité à l'égard de la reconnaissance du statut de "sujets de droit" des hommes et des femmes. Le socle des droits fondamentaux sur lequel ces systèmes reposent est en effet considéré comme un ensemble d'attributs inhérents à la personne humaine en tant que telle, à la fiction ou à l'abstraction d'un être de raison doté d'une essence humaine générique, antérieurement à et indépendamment de toute appartenance à une forme de société déterminée et de toute

inscription dans les rapports sociaux institués par celle-ci. Dès lors, l'entière du droit positif existant, dont l'objet est d'établir les normes et procédures réglementant le fonctionnement de ces rapports sociaux et les droits et obligations des individus en leur sein pouvait garantir et sanctionner la conservation et la reproduction des asymétries et des inégalités entre les hommes et les femmes dans les différentes sphères de la vie sociale, sans contradiction apparente avec la reconnaissance générique de leur égalité "par nature".

La conception contemporaine des droits fondamentaux, telle qu'elle est exprimée par exemple dans la Déclaration Universelle de 1948, fait reposer, comme nous l'avons dit, la reconnaissance de l'attribution de ces droits aux personnes en tant que membres d'une société. Or qui dit société, dit aussi institution de rapports sociaux de sexes déterminés et inscription des personnes dans ces rapports. On peut concevoir, et on a connu dans l'histoire, des sociétés sans distinction entre gouvernants et gouvernés, entre riches et pauvres ou entre groupes professionnels différenciés; on peut concevoir une société où les différences entre les individus d'après leur "race" n'auraient pas plus de pertinence d'ordre social que n'en a aujourd'hui la différence de la couleur des yeux, mais on ne peut concevoir de sociétés sans rapports sociaux de sexes, et par conséquent sans l'établissement d'une certaine forme de différenciation entre les genres, quel qu'en soit le contenu (la symétrie et l'égalité n'excluent pas la différence).

En écrivant cela, nous ne voulons aucunement affirmer que les rapports sociaux de sexe soient dotés de caractère naturel ou transhistorique. De même que tous les autres, ils sont construits - et donc sujets à la variabilité historique, susceptibles d'être déconstruits et reconstruits.

Mais le grand paradoxe des systèmes juridico-politiques contemporains est d'avoir superposé (à des moments différents selon les domaines concernés) la sanction normative des inégalités sociales effectives et la fiction d'une neutralité générique. Précisément dans la sphère des rapports sociaux des sexes, là où l'annulation de tout type de différenciation, la neutralisation de tout caractère genré sont inconcevables et où les mécanismes de reproduction des inégalités ont les racines les plus profondément enracinées, les plus archaïques et parfois les plus difficilement perceptibles.

II ème Partie: l'instrumentalisation: analyse critique

La construction de l'égalité entre les sexes s'est développée à travers quatre formes successives d'instrumentalisation

1. l'égalité devant la loi
2. l'égalité de traitement dans la loi sans discrimination
3. l'égalité des chances

4. l'égalité des résultats.

Nous allons les passer en revue en soulignant les confusions et les impasses auxquelles elles ont donné lieu.

1. L'égalité devant la loi

Le développement du droit à l'égalité trouve son origine dans la reconnaissance d'une égalité formelle entre les citoyens ou les personnes : l'égalité devant la loi. Il s'agit là d'une première étape dans la reconnaissance de l'égalité. Pour ce faire, le législateur opère par classifications, propriétés et relations. C'est lui qui décide des caractéristiques individuelles et collectives des bénéficiaires de la loi. Il s'agit d'une approche segmentaire et de type logique. Elle s'accommode des inégalités substantielles les plus flagrantes, qu'elle justifie légalement par l'exclusion de certaines personnes (par exemple les femmes, les étrangers, les juifs, les noirs, etc.) qui seront réputées ne pas détenir les caractéristiques retenues par la classification. Celles-ci ne pourront donc pas prétendre à l'égale protection d'une loi qui ne les vise pas. C'est ainsi qu'une loi qui vise les travailleurs salariés, uniquement, exclut les travailleurs indépendants ou les fonctionnaires.

La théorisation juridique de l'égalité, à ce premier stade, revient à dire que quelque chose d'égal revient à des gens égaux, et quelque chose de différent à des gens différents. Fréquemment, la loi fixait des normes différenciées selon le sexe, créant ainsi deux catégories socio-légales dont chacune, respectivement, pouvait prétendre au bénéfice de l'égalité devant la loi, mais une loi aux normes différentes (ex. statut différencié des époux dans le mariage, le divorce, etc.).

Mais le sexe ne constitue pas une catégorie socio-légale comme les autres. Parfois le fait d'être de sexe féminin suffit à écarter la femme du statut visé : en témoigne l'exclusion des femmes des droits politiques du seul fait de leur sexe; parfois le fait d'être de sexe féminin justifie un traitement différencié au sein d'une même catégorie socio-légale et d'un droit spécialisé: droit civil, droit du travail, etc. le sexe n'est pas assimilable.

La contextualité juridique jouera différemment selon le sexe et ne fonctionne que sur une règle de similitude ou d'identité avec des sujets de droit du même sexe.

La construction juridique de l'égalité des personnes devant la loi prétend ignorer des différences sociales mais l'assujettissement de fait des femmes au pouvoir masculin et les rapports sociaux de sexe permettent de maintenir une égalité formelle en considérant les femmes par nature, en dehors du champ juridique en leur refusant la qualité de sujet de droit autonome.

La différence sexuelle apparaît donc comme la *divisio maxima* qui porte directement sur l'identité de la personne humaine, qui explique et justifie la mise à l'écart des femmes du discours universaliste juridique des droits de l'homme. Du point de vue de la technique juridique, les femmes ne sont pas, en raison du sexe, des sujets de droit. Elles font

l'objet du droit, de normes et de règles juridiques et métajuridiques sans atteindre jamais - à aucun moment de leur vie - une autonomie de sujet. Les droits qui leur seront reconnus en tant qu'épouse, fille, mère ne sont pas des droits subjectifs, des droits propres, mais des droits exercés sous tutelle ou des droits dérivés de leur condition de dépendance à tel ou tel statut civil ou social. Elles sont des membres passifs d'une société hiérarchisée, organisée par les hommes qui gèrent leurs corps, leur reproduction et le fruit de leurs entrailles, leurs biens, leur éducation, etc. Elles sont d'éternelles mineures sous tutelle, des "incapables" au sens légal du terme. Elles ne siègent dans aucun des trois pouvoirs et ne participent pas à l'élaboration des lois et des règles de la coopération sociale.

2. L'égalité de traitement dans la loi sans discrimination

La problématique de l'égalité politique, sociale ou économique entre différents groupes humains a conduit les juristes à tenter de rééquilibrer la condition des membres d'un groupe discriminé ou désavantagé (les noirs, les migrants, les esclaves, etc.) avec celle des membres du groupe 'normal' (les blancs, les nationaux, les hommes libres) en recourant à l'instrumentalisation de l'égalité de traitement dans la loi sans distinction, exclusion ou préférence fondées sur le motif de la race, de l'origine nationale, de la condition sociale, etc.

Historiquement, la condition subalterne des femmes dans la société a fait reposer la construction de l'égalité « entre » les sexes sur le pré-supposé de leur appartenance à un groupe défavorisé ou minorisé, auquel il fallait appliquer l'approche anti-discriminatoire d'une égalité de traitement formelle. Cette approche anti-discriminatoire en tant qu'outil juridique de réalisation de l'égalité juridique, a prévalu dans tous les grands instruments internationaux des Droits de l'Homme des Nations Unies et des Organisations internationales régionales, dans les Constitutions nationales. Et cette insistance sur l'interdiction de discriminer sur un tel motif, déclaré illicite, a camouflé une dimension de l'égalité des personnes humaines, qui est pourtant présente dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, lorsque celle-ci couple deux éléments essentiels : le respect de la dignité et l'égale valeur de la personne humaine. Le respect de la dignité humaine consisterait pourtant à s'interroger sur la signification juridique du respect de cette autonomie. Respecter l'homme et la femme en tant que personne humaine, titulaire de droits fondamentaux inaliénables consisterait avant tout à reconnaître qu'il existe des hommes et des femmes, également membres de la famille humaine, et à construire un droit fondamental à l'égalité imposant aux règles procédurales d'organiser la société et la coopération sociale sur l'égalité de statut des femmes et des hommes en tenant compte des rapports sociaux de sexe.

En fait, la logique juridique apparaît gravement en défaut dès lors que le sexe n'est considéré qu'en tant que critère éventuel de discrimination. Au lieu de tenir compte d'une donnée universelle, la

dualité sexuelle du genre humain, le système juridique s'inspire d'une logique d'élimination d'un critère parmi d'autres. Ce qui se traduit, dans ses résultats, par la négation ou la méconnaissance des rapports sociaux de sexe. Les attentes et les exigences de la société sont différentes et se traduisent par des pratiques, des attitudes, des coutumes différenciées. Il ne suffit donc pas d'interdire la discrimination fondée sur le sexe. Les procédures et mécanismes anti-discriminatoires ne jouent pas de la même manière lorsqu'il s'agit d'autres motifs (qui d'ailleurs se rapportent toujours à une personne sexuée) et lorsqu'il s'agit du motif du sexe.

Faire figurer le sexe parmi d'autres classifications (race, couleur, religion, opinion politique, etc.) réduit les femmes au rang d'une catégorie classifiée, supplémentaire aux autres groupes visés.

La dualité des sexes est oubliée et refoulée, avec pour conséquence que l'on ignore complètement que l'accès aux droits et les conditions d'exercice sont différenciées pour les hommes et pour les femmes en raison des conditions de socialisation et des rapports sociaux de sexe qui traversent toutes les sphères de la vie en société. Pareille approche camoufle totalement une erreur de logique : le sexe ne peut pas constituer une catégorie séparée puisqu'il figure dans toutes les autres catégories de motifs qui s'appliquent à des personnes sexuées.

Outre cette critique foncière, il convient aussi de rappeler les limites étroites de l'approche anti-discriminatoire.

Interdire la discrimination ne revient pas à reconnaître et garantir un droit à l'égalité. L'interdiction de discriminer constitue le mode opératoire de la garantie de l'exercice d'un droit. Par exemple, je suis titulaire du droit de vote ou du droit d'association, la jouissance de ce droit doit m'être assurée sans discrimination liée à tel ou tel motif interdit. L'approche anti-discriminatoire ne poursuit l'objectif d'égalité que de façon indirecte et dérivée. Elle est réductrice et accessoire.

3. L'égalité des chances

Cette notion est apparue dans les pays anglo-saxons et scandinaves après les échecs successifs de l'égalité concrète face à l'égalité formelle ainsi qu'aux résultats très partiels et insatisfaisants de la méthode anti-discriminatoire. La notion même d'égalité des chances procède d'une stratégie de changement social qui, de fait, abandonne complètement l'égalité pour privilégier une logique différente : celle de l'égalisation des conditions de départ faites aux individus par rapport à la garantie de certains droits (droit à l'éducation, au travail, etc.). Il s'agit de conférer à chaque individu la chance de prétendre pour lui-même à la garantie des droits visés par la loi. Cette démarche suppose implicitement que les aléas de la stratification sociale et des rapports sociaux de sexe ne seront plus susceptibles d'altérer le jeu de la concurrence entre les individus puisqu'elle met l'accent sur l'égalisation des facteurs sociaux et culturels des situations de départ.

Cette approche, strictement individuelle, s'inspire d'une vision libérale de la société dans laquelle on parlera autant d'assurer l'égalité devant la loi que la liberté de choix des individus. Faussement collective dans sa référence à la stratification sociale, elle axe le chemin de l'égalité sur la libre concurrence entre les individus. A supposer qu'une réelle égalisation des points de départ soit possible, on peut poser la question : comment y parvenir sans "maltraiter" d'autres personnes (cf. raisonnement arrêt Kalanke, cf. 1^{ère} partie, infra).

Les difficultés sont, d'une part, d'ordre juridique et théorique :

- elles naissent de la contestation de la licéité de mesures préférentielles destinées à un sexe en particulier et qui porteraient atteinte à l'égalité formelle des sujets de droit, des individus abstraits ou asexués, devant la loi;*
- elles portent également sur l'énorme difficulté d'imposer ces mesures par des dispositions légales ou réglementaires contraignantes et sur le caractère limité et sans cesse remis en cause des programmes d'actions positives entrepris sur une base volontaire, purement velléitaire.*

D'autre part, les difficultés sont d'ordre pratique : on ne peut, par un programme d'actions positives, changer les rapports sociaux de sexe qui déterminent transversalement l'ensemble des conditions de travail des femmes concurremment avec leur situation et leurs conditions de vie dans la sphère privée de la famille et leur statut dans la sphère publique. De nombreuses mesures envisagées en milieu professionnel vont se heurter à des difficultés nées de contraintes extérieures au travail. La ségrégation professionnelle - tant verticale qu'horizontale - des femmes dans l'économie et le monde du travail trouve ses origines dans la totalité des rapports sociaux de sexe, dans l'imprégnation des stéréotypes véhiculés par la culture, l'éducation, le système scolaire, la famille, les médias et dans la quasi exclusion des femmes des lieux de la décision économique et politique.

4. L'égalité des résultats

En aucun cas, l'égalité de résultat jusqu'ici n'est comprise et interprétée comme le principe d'un équilibre strict entre les femmes et les hommes, également répartis dans toutes les fonctions politiques, économiques et sociales.

Le consensus politique et social sur l'objectif de l'égalité entre les sexes, comme droit fondamental, paraît unanimement établi, mais la machine se grippe dès lors qu'il s'agira d'adopter des mesures spécifiques visant l'efficacité et l'effectivité en termes de résultats.

L'égalité entre les sexes sera paralysée tant qu'elle ne sera pas reconnue comme un droit fondamental autonome, et tant que l'examen de la licéité ou de la constitutionnalité de mesures spécifiques visant l'égalité de résultats sera englobé dans une analyse postulant que de telles

mesures ne peuvent violer l'égle protection des lois de l'ensemble des citoyens sans distinction de sexe.

III ème Partie: Examen critique du droit communautaire de l'égalité des personnes

Pour illustrer les impasses et la faiblesse conceptuelle de la construction du droit contemporain de l'égalité des sexes, il est intéressant d'examiner le statut à géométrie variable de l'égalité des personnes, tel que le structure et l'organise le droit communautaire.

(...)

IV ème Partie : Commentaire critique de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes, du 17 Octobre 1995 : en cause Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen (aff.C.450/93)

(...)

V ème Partie: Construire la citoyenneté européenne sur le droit à l'égalité de l'homme et de la femme et sur la démocratie paritaire

Si réellement l'égalité de la femme et de l'homme constitue une base essentielle de la démocratie, il convient d'en assumer les exigences en prenant les mesures juridiques et institutionnelles conformes à cet objectif fondamental. Ou bien, l'exclusion politique des femmes, leur absence des lieux de la prise de décision, leur faible représentation dans le gouvernement et les instances de pouvoir économique ne sont jamais analysées et perçues pour ce qu'elles sont : une tare inadmissible de la démocratie. Et l'Union européenne conforte, dans son acception de l'égalité des sexes et son fonctionnement institutionnel, l'hypocrisie collective des régimes démocratiques des États Membres. Or, le Traité de Maastricht a introduit une réalité institutionnelle nouvelle la citoyenneté européenne. Sur cette base, des développements institutionnels dans l'Union européenne pourraient révolutionner les démocraties occidentales en introduisant, au coeur de la citoyenneté et des procédures de la démocratie, la question du genre.

La reconnaissance d'un droit - autonome - de l'égalité de la femme et de l'homme, dans le Traité de l'Union européenne, permettrait de dépasser la contradiction jusqu'ici insurmontable entre égalité formelle et égalité réelle. Elle construit l'égalité sexuelle sur des bases nouvelles, en imposant une obligation de résultat effective, débarrassée des contraintes et des faiblesses qu'imposait l'approche anti-discriminatoire. Le respect de la dignité humaine de la femme et de l'homme ne se limitera plus à un

voeu pieux, réduit à une dimension purement abstraite. Il s'ancrera sur l'égalité de statut des deux composantes sexuées de l'humanité et sur la parité, comme concept organisateur des rapports politiques de pouvoir entre les sexes. Si, à l'issue de la CIG de 1996, notre proposition est adoptée, l'Europe aura joué un rôle pionnier et fondateur d'une citoyenneté complète pour les femmes ⁽¹⁾.

A partir de la notion de la citoyenneté européenne, inscrite dans le Traité de l'Union, il faut reconstruire l'approche de la citoyenneté dans sa dimension duelle: un système de valeurs (1) et une organisation de règles juridiques et de procédures sur le terrain du système politique (2).

Les valeurs substantives de la démocratie : l'égalité des citoyens

Comme valeur centrale de la démocratie, je propose une conception revisitée de l'égalité de la femme et de l'homme. Il s'agit avant tout d'assurer et de garantir, par la parité, "la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables"⁽²⁾. L'égalité des sexes doit donner sens à la vie des personnes et des groupes humains, à leurs activités, à la société dans laquelle ils vivent. L'égalité de la femme et de l'homme comme personnes humaines est une institution sociale, historiquement située, elle est évolutive. Elle est loin d'avoir toujours existé, pas plus que l'égalité entre les êtres humains. Du point de vue juridique, cette égalité des sexes doit recevoir, sous la forme de principes et de droits fondamentaux, une énonciation, un contenu, une interprétation et une pratique. Ces caractéristiques n'ont rien d'absolu mais constituent, aujourd'hui l'actualisation sociétale des valeurs fondatrices de la démocratie.

La parité ne se limite pas à un problème de représentation des femmes dans les sphères du pouvoir. Elle répond à une question préalable, fondamentale: qui est la personne humaine de la Déclaration universelle de 1948 ? Sur le plan juridique, cette question devient : "qui est le sujet de droits fondamentaux inaliénables" ? Tous les juristes savent que le droit en soi n'a pas un caractère immuable⁽³⁾. Le droit est nécessairement une création contextualisée qui vise à créer et faire appliquer les normes appropriées aux valeurs et aux rapports humains de la société qu'il régit. Le droit n'a rien d'ontologique. Lorsque nous disons, aujourd'hui, que l'égalité des sexes nécessite le recours à la parité pour être effectivement garantie, cela n'a rien de choquant ou d'impossible. Lorsque nous affirmons que la personne humaine est "genrée", que le sujet de droit, le citoyen sont "genres", nous nous

¹ Pour l'analyse exhaustive de cette proposition, consulter Eliane Vogel-Polsky, Jean Vogel, Véronique Degraef, *Les Femmes et la citoyenneté européenne*, CEE, 1994, V/233/94-Fr.

² Premier paragraphe du Préambule de la déclaration universelle des droits de l'Homme, adoptée le 10 décembre 1948 par les Nations unies.

³ Cf. N. Rouland, "Penser le Droit", *Droits*, n°10, 1989, p.77. Le droit est moins un objet aux contours immuables, qu'une façon de penser les rapports sociaux.

bornons à qualifier sur le plan juridique le caractère universel de la dualité sexuelle et des rapports sociaux de sexe qu'elle engendre.

Pareille définition permet d'introduire le genre dans la structuration du droit et de l'espace juridique. Car, il ne peut y avoir de personne juridique abstraite. Le sujet de droit, toujours se définit par rapport à son appartenance au domaine concerné par la loi : il est contribuable, il est travailleur salarié ou indépendant, retraité, marié (mais les deux époux n'auront pas le même statut); parent (mais autorité parentale et subordination de la mère) ; etc. La loi définit les catégories auxquelles elle s'applique. Cependant le sexe, lui, ne constitue pas une catégorie socio-légale. Le genre joue autrement dans l'espace juridique : ou bien le fait d'être de sexe féminin suffit à écarter la femme du statut visé (en témoigne la longue exclusion des femmes des droits politiques du seul fait du sexe), ou bien, le fait d'être de sexe féminin justifie un traitement différencié au sein d'une même catégorie socio-légale régie par un droit spécialisé: droit civil, droit du travail, etc. La contextualité juridique jouera différemment selon le sexe, et ne fonctionne que sur une règle de similitude ou d'identité avec des sujets de droit du même sexe et reflète toujours les rapports sociaux de sexe.

Le sexe est une caractéristique permanente de la personne humaine que l'on pourrait qualifier de structurelle. Puisque l'égalité constitue une valeur primordiale de la démocratie, on ne peut se contenter d'interdire, de discriminer sur le motif du sexe. La démarche anti-discriminatoire ne met jamais fin aux rapports sociaux de sexe. C'est méconnaître l'importance de la division sexuelle des tâches, des rôles, des ressources et des pouvoirs entre les femmes et les hommes, édifiée et maintenue par la société que se borner à instaurer une égalité abstraite entre les sujets de droit asexués. Au contraire, parce qu'à partir de la différence biologique du sexe, s'est construite une identité sociale de la personne humaine et son inscription particulière dans les rapports économiques, sociaux, politiques et civils, il faut techniquement inscrire le genre dans la définition du sujet de droit.

Il faut tenir compte de cette donnée, universelle et objective, pour garantir matériellement l'égalité des femmes et des hommes. Chaque personne s'est vue reconnaître le droit au respect et à la dignité. Pour recevoir une certaine effectivité, dans la contextualisation des institutions juridiques, ce respect implique que soit établie une égalité de statut entre les deux composantes (hommes et femmes) de l'humanité, titulaires des droits humains fondamentaux.

La parité s'exprime juridiquement par l'égalité de statut des femmes et des hommes. L'égalité de statut est contextuelle comme tout ce qui est régi par le droit. Le statut, c'est plus qu'un ensemble de dispositions juridiques formelles. L'égalité de statut impose une obligation de résultat dans l'ensemble des institutions politiques et sociales, c'est-à-dire qu'elle consiste en une "obligation de faire" dont sont responsables les autorités publiques (exécutif, administratif, législatif et judiciaire) qui devront prendre des mesures contraignantes pour la réaliser.

Conclusions

L'actualisation du Traité de l'Union au regard des droits fondamentaux des femmes doit se faire par la reconnaissance d'un droit fondamental, indépendant, de l'égalité de la femme et de l'homme. Cette reconnaissance constitue le principe directeur dans la relation mutuelle entre tous les autres droits fondamentaux pour la sauvegarde et le développement des droits de la personne humaine et de la démocratie véritable.

Ce nouvel article sera libellé comme suit:

« L'Union reconnaît et garantit le droit fondamental à l'égalité de statut de la femme et de l'homme dans toutes les sphères de la vie en société. Les autorités publiques de l'Union ont l'obligation d'adopter des mesures spéciales visant à accélérer de facto l'égalité en faveur des femmes et en particulier de prendre les mesures nécessaires pour réaliser la participation paritaire des femmes et des hommes dans les institutions et organes politiques, administratifs et judiciaires de l'Union.»

L'inclusion du droit fondamental à l'égalité dans le Traité aurait les conséquences suivantes

a) *le droit à l'égalité, reconnu comme droit fondamental et autonome de la personne humaine présentera les caractéristiques spécifiques que le droit international reconnaît à un droit fondamental, à savoir:*

- l'objectivité : la jouissance du droit à l'égalité devrait être garantie par les institutions de l'Union et par les États membres sans exigence de réciprocité;

- l'intangibilité : des limitations seront uniquement autorisées si les raisons ou les conséquences d'un traitement différentiel sont non discriminatoires;

- le caractère minimal : les limitations autorisées devront être formulées et interprétées restrictivement

b) *La jouissance effective de ce droit sera garantie par un mécanisme juridique: la participation paritaire des femmes dans toutes les institutions et organes politiques, administratifs et judiciaires de l'Union.*

c) *L'inclusion de ce droit fondamental dans le Traité de l'Union imposera aux États membres une obligation de résultat: réaliser l'égalité de statut des femmes et des hommes.*

d) *Le contrôle de la mise en oeuvre par les institutions et par les États membres de l'Union sera une des garanties de l'effectivité du droit fondamental de l'égalité de la femme et de l'homme.*

e) *Le droit pour des individus, des groupes de personnes et d'organisations non gouvernementales de se plaindre d'une violation du droit à l'égalité Ce droit de recours ne sera pas limité aux citoyens*

européens mais reviendra à quiconque relevant, quelle que soit la façon, de la juridiction de l'Union.

f) La centralisation et l'uniformité de la jurisprudence de la Cour de Justice européenne servira de guide aux juridictions et aux législateurs nationaux dans la promotion des droits des femmes.

La reconnaissance d'un droit - autonome - de l'égalité de la femme et de l'homme, dans le Traité de l'Union européenne permettra de dépasser la contradiction jusqu'ici insurmontable entre égalité formelle et égalité réelle. Elle construit l'égalité sexuelle sur des bases nouvelles, en imposant une obligation de résultat effective. Le droit de l'égalité des sexes sera débarrassé des tares génétiques qui programmaient son inaboutissement.

Le respect de la dignité humaine de la femme et de l'homme ne se limitera plus à un vœu pieux, réduit à une dimension purement formelle et abstraite. Débarrassé des contraintes et des faiblesses qu'imposait l'approche anti-discriminatoire, il s'ancrera sur l'égalité de statut des deux composantes sexuées de l'humanité et sur la parité, comme concept organisateur des rapports sociaux entre les sexes.

Si à l'occasion de la Conférence intergouvernementale de 1996 et de 1997, notre proposition est adoptée, l'Europe aura joué un rôle pionnier et fondateur d'une citoyenneté complète pour les femmes.