



HAL
open science

Réflexion sur la notion de discrimination

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Réflexion sur la notion de discrimination. *Droit Social*, 1987, pp. 778-790. hal-01918395

HAL Id: hal-01918395

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01918395v1>

Submitted on 10 Nov 2018

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.

Réflexions sur la notion de discrimination

par Danièle LOCHAK

Professeur à l'université d'Amiens

Étymologiquement, discriminer, c'est faire une distinction entre des objets, établir entre eux une séparation, une différenciation à partir de leurs traits distinctifs. Il s'agit essentiellement d'une opération de l'esprit, d'un aspect de la démarche logique analytique. Aujourd'hui, toutefois, le mot discrimination se charge d'une connotation négative : discriminer, dans le langage courant, ce n'est plus simplement séparer, mais séparer en hiérarchisant, en traitant plus mal ceux qui, précisément, seront dits victimes d'une discrimination. L'adjectif « discriminatoire » désigne ainsi exclusivement un comportement ou un acte qui tend à distinguer un groupe humain ou une personne des autres, à son détriment.

On retrouve cette même connotation négative dans le langage juridique : en dépit d'un certain flottement terminologique qui conduit parfois à qualifier de « discrimination » toute différence de traitement, toute distinction opérée entre des catégories de personnes indépendamment de son caractère légitime ou non, la volonté de plus en plus nette, tant au niveau international que dans les législations internes, de traquer et de mettre hors la loi toutes les formes de discrimination ne laisse aucun doute sur ce point : la discrimination apparaît bien comme ce qui est fondamentalement à proscrire (1).

La discrimination, c'est la distinction ou la différence de traitement illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, et interdite puisqu'illégitime. Mais cette affirmation, si elle rend compte des conceptions unanimement admises aujourd'hui en doctrine, ne fait que reculer la solution du problème : à quoi reconnaîtra-t-on qu'une différence de traitement est illégitime, qu'est-ce qui permettra de

dire qu'une distinction est arbitraire ? Telle est la question centrale à laquelle il faut s'efforcer de répondre si l'on veut cerner la notion de discrimination, sans se dissimuler la part de flou qui s'attache à chacun de ses éléments constitutifs.

Mais il convient au préalable de souligner certaines difficultés supplémentaires qui ne sont pas seulement d'ordre conceptuel mais résultent de la complexité même des valeurs sur lesquelles reposent les sociétés contemporaines. Car si la discrimination peut, en première approximation, se définir comme le contraire de l'égalité, la volonté de prendre en compte non plus seulement l'égalité de droit mais de rechercher l'égalité de fait contribue à obscurcir les contours d'une notion qui devient de plus en plus délicate à saisir.

Si la discrimination nous apparaît aujourd'hui comme une entorse au principe d'égalité, elle n'est pas pour autant la négation pure et simple. Tout au contraire, la discrimination présuppose l'égalité, le concept de discrimination ne peut se penser que dans une société qui a aboli la hiérarchie comme principe constitutif de l'ordre social, dans une société individualiste fondée sur le postulat de l'égalité entre tous les hommes — mais qui ne peut empêcher l'inégalité et la hiérarchie de ressurgir en son sein (2).

Du principe d'égalité au principe de non-discrimination

La réalisation de l'égalité suppose donc la suppression, la mise hors la loi de toutes les discriminations.

(1) Si l'on veut éviter les confusions, il serait donc préférable d'utiliser les termes neutres de « distinction » de « différenciation » pour pointer la différence de traitement en amont de toute appréciation sur son caractère légitime ou non, et de réserver le terme « discrimination » aux distinctions illégitimes. Quant aux termes de « discrimination positive » ou « à rebours », ils paraissent particulièrement mal choisis, et source de confusion terminologique et idéologique plus que de clarification.

(2) Le passage de la société de castes à la société égalitaire, note Louis DUMONT, s'est traduit plus par une modification du rapport entre égalité et inégalité que par la substitution de l'une à l'autre. La distinction des statuts et la hiérarchisation des groupes supposait l'égalité à l'intérieur de chaque statut ; désormais, l'égalité va contenir des inégalités au lieu d'être contenue dans la hiérarchie. Rendez la distinction (de caste) illégitime, écrit encore Louis DUMONT, et vous aurez la discrimination. Voir « Caste, racisme et stratification », in *Homo Hierarchicus* (1966), rééd. Gallimard, coll. Tel, 1979, pp. 320-323.

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit... La loi doit être la même pour tous », proclame la déclaration des droits de l'Homme, véritable charte fondatrice de la société individualiste et égalitaire. Seulement voilà : si l'égalité devant la loi reste un principe incontesté, sinon toujours parfaitement respecté (on y reviendra), l'idée que la loi est la même pour tous se vérifie de moins en moins. La législation des pays développés a en effet tendance, pour mieux épouser le réel et tenir compte de sa diversité, à multiplier les catégories et à diversifier les règles applicables pour saisir non plus des sujets de droit abstraits et identiques mais les membres de groupes concrets et différents les uns des autres. Dès lors qu'on s'écarte « de l'égalité juridique symbolisée et réalisée par la généralité de la règle » (3) pour lui substituer une égalité par la différenciation, la discrimination devient infiniment plus difficile à repérer. Car dans cet océan de distinctions, dans cet enchevêtrement de régimes juridiques, comment déterminer où finit la différence normale et légitime, où commence la discrimination injustifiée, donc à proscrire ? « Une fois qu'on a cessé de légiférer pour tous, selon l'idéal révolutionnaire, où marquer, sans arbitraire, la limite entre le groupe qui justifie une mesure spéciale et le sous-groupe qui ne la justifie pas ? » (3). Et les difficultés ne s'arrêtent pas là. Car à mesure qu'il prend conscience de l'impossibilité d'obtenir l'égalité de fait à travers l'égalité de droit, le législateur est incité à prévoir des traitements non seulement différents mais inégaux — ces fameuses discriminations positives si mal nommées — pour compenser les inégalités de fait. De façon plus générale, enfin, on peut se demander si le principe d'égalité, tel qu'on l'entendait traditionnellement, est encore compatible avec les prémisses de l'État providence, et s'il n'a pas depuis longtemps cédé devant cette vérité d'évidence que l'intervention étatique, destinée à rétablir les équilibres menacés par l'action libre et incontrôlée des agents économiques et sociaux, est par nature et par nécessité sélective, donc discriminatoire.

A mesure que l'on cherche à passer de l'égalité formelle à l'égalité concrète, de l'égalité par la généralité à l'égalité par la différence, de l'égalité en droit à l'égalité de fait, la discrimination comme concept juridique ne peut plus se définir simplement comme la violation d'un principe d'égalité dont la portée est de plus en plus floue. Toute différence de traitement, et même toute inégalité de traitement n'est pas constitutive de discrimination : elle ne le devient que si elle apparaît illégitime : c'est donc sur ce point qu'il faut faire porter l'analyse.

I. — LA STRUCTURE ÉLÉMENTAIRE DE LA DISCRIMINATION

Pour qu'une différence de traitement puisse être qualifiée de discrimination au regard du droit, pour qu'elle soit par conséquent juridiquement prohibée, il ne suffit pas qu'elle apparaisse comme discriminatoire pour le sens commun. *Discriminer, ce n'est pas traiter moins bien, c'est établir des distinctions qui tombent sous le coup d'une disposition du droit positif.* Mais cette disposition peut être précise, ou au contraire aussi vague que l'affirmation générale d'un principe d'égalité. De sorte que

traquer la discrimination illégale suppose souvent un travail d'interprétation et d'élaboration conceptuelle délicat. Si l'on essaie de reconstituer la démarche intellectuelle idéal-typique qui permet, dans chaque cas, de dire qu'il y a ou non discrimination, on s'aperçoit que trois éléments sont pris en compte — trois éléments dont la réunion représente, en quelque sorte, la structure invariante de la notion de discrimination :

- le premier élément, ce sont les personnes ou les groupes qui font l'objet d'une différence de traitement, ou encore le critère de la distinction opérée ;
- le second, c'est le domaine dans lequel cette différence de traitement intervient ;
- le troisième, c'est la justification de cette différence, son adéquation ou sa non-adéquation au but poursuivi.

Mais si ces trois éléments sont solidaires, ils ne se situent pas exactement sur le même plan, et n'interviennent pas simultanément. Cerner la discrimination illégitime suppose un raisonnement en trois étapes, mais qui peut trouver son aboutissement au bout de la première ou de la seconde étape.

1) Le premier élément apparaît en effet comme un préalable. Le point de savoir si les personnes ou les groupes concernés se trouvent effectivement dans des situations différentes, si l'on peut établir entre eux des distinctions, est primordial et conditionne toute la suite du raisonnement. Il faut ici distinguer selon que la discrimination potentielle se situe au niveau de la réglementation elle-même ou de son application : dans ce dernier cas seulement on peut concevoir que deux personnes qui se trouvent exactement dans la même situation se voient traiter de façon différente — et l'inégalité de traitement sera alors sanctionnée comme telle, au moins dans l'hypothèse (qui n'est pas toujours vérifiée) où le principe d'égalité doit être respecté. Dans le premier cas, en revanche, il existe par hypothèse une différence de situation ou un élément distinctif entre les groupes ou les personnes que la législation entend traiter différemment, puisqu'il faut bien que les textes, formulés à partir de catégories abstraites, puissent s'accrocher à une distinction conceptualisable. Le problème, en réalité, n'est donc pas tant de savoir si une différence existe que si on a le droit de la prendre en compte dans l'édiction de la réglementation. Or certaines distinctions opérées entre des groupes seront toujours considérées comme arbitraires, non pas parce que ces groupes ne peuvent être en pratique distingués les uns des autres, mais parce qu'elles sont frappées d'une illégitimité de principe en fonction d'un jugement de valeur, d'un *a priori* d'ordre éthique : ainsi en va-t-il des distinctions fondées sur la race ou la couleur de la peau. Dans ces hypothèses où la discrimination est mise totalement hors la loi parce qu'elle représente une violation directe des valeurs démocratiques fondamentales, il n'est pas nécessaire de pousser plus loin l'investigation, puisque par définition aucune différence de traitement n'est acceptable dans aucun domaine, et qu'aucun motif ne saurait la justifier (sous réserve des discriminations « positives »). Mais à vrai dire le nombre de ces hypothèses est très limité, et l'on chercherait vainement des exemples de mises hors la loi aussi radicales en dehors de ce qui se rapporte, au sens large, à la discrimination raciale.

(3) Jean RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimina-*

tion en droit interne et en droit international, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1965.

2) Si la distinction opérée entre les personnes ou les groupes n'est pas frappée d'une illégitimité absolue, on prendra alors en considération les deux autres éléments, et en premier lieu le domaine dans lequel interviennent les différences de traitement. Il est d'abord certains domaines où toute différence de traitement est par essence proscrite : tel celui des droits fondamentaux inhérents à la personne humaine. Moins, d'ailleurs, en vertu du principe d'égalité que parce que nul ne peut être privé de ses droits « naturels, inaliénables et sacrés ». Mais dans les autres domaines, seules certaines distinctions sont interdites. La plupart des textes, en effet, sont construits selon le même modèle : ils prévoient l'interdiction, dans un ou des domaines déterminés, d'établir des distinctions fondées sur les critères qu'ils énoncent pour les écarter (exemple : interdiction de prendre en considération le sexe dans le domaine de l'emploi). Le caractère illégitime de la différence de traitement ressort dans ce cas de la confrontation entre le critère de la distinction opérée et de l'objet sur lequel elle porte. Théoriquement, l'investigation peut alors s'arrêter à ce second stade. En pratique, toutefois, il en est rarement ainsi, dans la mesure où l'interdiction n'est jamais aussi absolue qu'elle paraît à la lecture des textes.

3) Reste donc l'hypothèse où des différences de traitement sont envisageables entre des groupes ou des personnes se trouvant dans des situations différentes, soit parce qu'elles ne tombent sous le coup d'aucune prohibition de principe, soit parce que cette prohibition de principe supporte des exceptions. Entre alors en jeu le troisième élément : la justification ou l'absence de justification de la distinction opérée, son adéquation ou sa non-adéquation au but poursuivi. Pour qu'une différence de traitement soit acceptable, il ne suffit pas qu'il y ait différence de situation ; il faut encore que la distinction puisse se justifier rationnellement, qu'elle soit pertinente par rapport au but de la réglementation, qu'elle ne soit pas « arbitraire ». Mais on aborde ici une zone de très grand flou, et l'on comprend que l'appréciation portée par ceux qui ont pour mission de traquer et de censurer les discriminations illégitimes — en pratique, le plus souvent, les juges — ne puisse être que bien subjective, aléatoire et approximative. Rétroagiront d'ailleurs sur cette appréciation les éléments examinés précédemment : d'une part parce que la pertinence de la distinction opérée ressortira souvent de la confrontation entre le critère de cette distinction et son objet ; d'autre part parce que le juge sera d'autant plus enclin à estimer déraisonnable une différence de traitement qu'elle établira des distinctions et portera sur des domaines plus « sensibles » que d'autres.

La discrimination est une différence de traitement arbitraire. Mais rien n'est plus difficile à définir que l'arbitraire, serait-on tenté de dire, lorsqu'on examine la démarche tâtonnante des instances chargées de cette tâche délicate.

*
* *

Pour cerner la notion de discrimination, il paraît logique, mais il est surtout commode de raisonner d'abord à partir de la norme discriminatoire. Cela paraît logique, puisque la norme est première, et qu'un comportement conforme à une norme jugée discriminatoire sera nécessairement lui-même discriminatoire — et inversement. Mais en réalité, la primauté de la norme laisse entier le problème de la qualification d'un comportement qui

n'est pas la simple application d'une norme préexistante. Partir de la norme discriminatoire est surtout commode : l'auteur de la norme est en effet contraint d'explicitement les critères sur lesquels il fonde les distinctions qu'il opère, l'édictation de règles supposant toujours la définition concomitante de catégories juridiques. Lorsque, par conséquent, le juge compétent — c'est-à-dire le plus souvent le juge international, le juge constitutionnel ou le juge administratif — a à s'interroger sur le caractère discriminatoire d'une norme, la question est posée en des termes suffisamment explicites et « théoriques » pour appeler une réponse qui prenne valeur de principe. Il existe, de fait, en la matière, une jurisprudence relativement diverse et éclatée mais néanmoins cohérente, qui laisse apparaître un même fil conducteur dans le raisonnement adopté par le juge quel qu'il soit.

Lorsqu'on passe, en revanche, de la norme au comportement ponctuel, la difficulté s'accroît considérablement. Dès lors, en effet, que le comportement litigieux ne tombe pas immédiatement sous le coup d'une prohibition explicite, dès lors qu'il n'est pas à l'inverse commandé par une norme directement applicable, on se trouve par définition dans une hypothèse où l'auteur de ce comportement — l'administration, un particulier... — dispose d'une certaine marge de liberté pour agir. A partir de quel moment les choix qu'il fait, et qui le conduiront nécessairement à exclure l'un pour privilégier l'autre, deviennent-ils discriminatoires ? La volonté de faire respecter jusqu'au bout le principe d'égalité vient buter ici sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, sur la liberté contractuelle de l'employeur ou du vendeur. La liberté contre l'égalité, en somme. Et si tel est le dilemme, on ne saurait s'étonner que la discrimination devienne parfois insaisissable.

II. — À LA RECHERCHE DE LA NORME DISCRIMINATOIRE

Une analyse exhaustive de la jurisprudence est bien entendu exclue ; elle serait d'ailleurs d'un intérêt limité si l'on veut simplement saisir l'essence de la discrimination et non en traquer les innombrables modes d'existence. La démarche adoptée vise donc plutôt à dégager, à partir de la jurisprudence internationale, puis de la jurisprudence de la Cour suprême américaine et du Conseil constitutionnel, enfin de la jurisprudence administrative française, le raisonnement « idéal-typique » utilisé par le juge pour décider si une norme est ou non discriminatoire.

A — LE DROIT INTERNATIONAL ET LA NOTION DE DISCRIMINATION ARBITRAIRE

Il existe aujourd'hui un nombre considérable de conventions internationales qui prohibent la discrimination, au point que le principe de non-discrimination apparaît incontestablement comme un principe fondamental du droit international dans le domaine des droits de l'homme (4). On y retrouve toujours une structure analogue : elles énoncent d'une part les distinctions prohibées, d'autre part les domaines dans lesquels la prohibition joue ; et toute différence de traitement fondée sur l'un des critères prohibés et intervenant dans un des

(4) L'ouvrage fondamental en la matière est celui de M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

domaines énumérés est donc *a priori* constitutive d'une discrimination illégitime (5).

On voit donc bien apparaître ici deux des éléments constitutifs de la discrimination que l'on a dégagés : le fondement de la distinction opérée et le domaine sur lequel elle porte, l'existence de la discrimination ressortant de la confrontation entre ces deux éléments. Mais dans quelques rares hypothèses une telle confrontation n'est même pas nécessaire, alors que dans d'autres, à l'inverse, elle est insuffisante : on retrouve ainsi les trois étapes de la démarche idéal-typique décrite plus haut.

— Certaines distinctions sont, en vertu du droit conventionnel, toujours illégitimes, quelle que soit la matière sur laquelle elles portent : ainsi, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, d'un côté, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, de l'autre, proscrirent de façon absolue toute différence de traitement fondée sur « la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique », pour l'une, sur « le sexe », pour l'autre. Dans ce cas, par conséquent, on peut s'arrêter au constat que la différence de traitement repose sur un fondement qui est en soi illégitime pour conclure qu'on est en face d'une discrimination prohibée.

— A l'opposé, il est des hypothèses où l'existence de la discrimination, son caractère illégitime, ne ressortent pas immédiatement de la confrontation entre le fondement de la distinction et son domaine. Une différence de traitement peut en effet constituer une discrimination illégitime non pas parce qu'elle se fonde sur un critère

ou intervient dans un domaine expressément interdits par une convention, mais parce qu'elle est *arbitraire*. L'introduction de la notion d'arbitraire entraîne sur un terrain beaucoup plus mouvant, comme le montre la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme, la plus élaborée en la matière.

L'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde stipule que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur... [suit une longue énumération]... ou toute autre situation ». Pour la Cour, néanmoins, l'article 14 n'interdit pas toute différence de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus : mais il y a discrimination à partir du moment où la distinction manque de *justification objective et raisonnable*. L'existence d'une pareille justification s'apprécie « par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques » (6) : le but doit être un but légitime, c'est-à-dire étranger à toute volonté de discrimination (7) ; et il faut qu'il existe un *rapport raisonnable de proportionnalité* entre les moyens employés et le but visé. La tâche du juge s'avère très délicate, tant les critères dégagés sont flous ; et l'appréciation du caractère « objectif » de la justification risque d'être bien subjective ! A ce régime-là, « la notion de discrimination perd son homogénéité pour devenir un cas d'espèce sur lequel le juge du fond doit statuer » (8). Et ce qui déterminera le sens de sa décision, c'est moins une analyse juridique minutieuse qu'une sorte de jugement global et synthétique, au *feeling*, sur le caractère « choquant » ou non de la mesure litigieuse (9).

(5) A partir de cette trame commune plusieurs cas de figure peuvent se présenter. Certaines conventions ont un très grand caractère de généralité, tant en ce qui concerne les distinctions interdites que les domaines concernés par cette interdiction : ainsi, la Déclaration universelle de 1948, le Pacte sur les droits civils et politiques, la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme proclament un principe général de non-discrimination, en énumérant de façon à la fois très détaillée et non limitative les distinctions illégitimes, et en prévoyant que ce principe doit trouver application pour l'ensemble des droits et libertés que ces conventions reconnaissent et qui font eux-mêmes l'objet d'une longue énumération. D'autres conventions ont un champ d'application moins étendu, soit qu'elles énoncent un principe de non-discrimination général pour les catégories visées mais spécifique quant au domaine couvert (la convention n° 111 de l'OIT concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession), soit à l'inverse qu'elles visent à protéger spécialement une catégorie de personnes mais dans tous les domaines (convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale). Enfin, certains textes ont une portée plus réduite encore, excluant la discrimination dans un domaine précis et à l'encontre d'un groupe spécifique : tel l'article 119 du traité de Rome posant le principe de l'égalité salariale entre hommes et femmes.

(6) *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968. Sur la jurisprudence de la Cour, voir par exemple Vincent BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, Sirey, 1984, où sont analysés les arrêts que nous citons plus bas.

(7) Cette référence au but légitime se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. S'agissant de l'égalité entre hommes et femmes, la Cour a par exemple estimé que le fait pour une société d'exclure les employés à temps partiel du régime de pensions d'entreprise violait le principe de non-discrimination dès lors que cette mesure frappait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes (il s'agissait en somme d'une discrimination déguisée), à moins qu'une telle mesure ne fût motivée par des facteurs *objectivement justifiés* et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe, telle la volonté d'employer le moins possible de travailleurs à temps partiel, et que les moyens choisis pour atteindre

ce but fussent adaptés et nécessaires à cet effet (13 mai 1986, *Bilka Kaufhaus*). Voir Jean BOULOUIS, « La jurisprudence professionnelle et sociale de la CJCE en 1986 », *Dr. soc.*, avril 1987.

(8) M. BOSSUYT, *op. cit.*, p. 231.

(9) Appliquant les principes dégagés dans son arrêt du 23 juillet 1968, la Cour a ainsi estimé :

1. que le système scolaire belge prévoyant que l'enseignement dans les écoles publiques et les écoles privées subventionnées est donné exclusivement en français dans les provinces wallonnes et exclusivement en néerlandais dans les provinces flamandes ne viole pas l'article 14 de la Convention, bien qu'il ne garantisse pas le droit de tous les enfants à recevoir l'enseignement dans leur propre langue. En effet, le système instauré, même s'il entraîne une différence de traitement pour les familles francophones (requérantes) en territoire flamand, n'est pas arbitraire : il repose sur un élément objectif, qui est la région, et se justifie par le but poursuivi, qui est d'intérêt public : assurer l'unité linguistique des régions ;

2. que l'exclusion d'un syndicat de la consultation syndicale parce qu'il n'est pas reconnu comme l'une des organisations les plus représentatives n'est pas discriminatoire, dans la mesure où le but poursuivi est légitime (éviter l'anarchie syndicale, et non conférer un privilège politique à certains syndicats) et où le désavantage que subissent les membres du syndicat par rapport aux adhérents des syndicats consultés n'est pas disproportionné (arrêt du 27 octobre 1975, *Affaire Syndicat national de la police belge*) ;

3. qu'en revanche le droit belge établit entre les mères célibataires et les mères mariées d'une part, les enfants naturels et les enfants légitimes de l'autre, tant en ce qui concerne le mode d'établissement de la filiation que les droits patrimoniaux, des distinctions qui n'ont pas de « justification objective et raisonnable », et qui sont donc discriminatoires à l'encontre des mères célibataires et des enfants naturels (arrêt du 13 juin 1979, *Affaire Marcks*). L'arrêt est notamment intéressant en ce qu'il tient expressément compte, pour parvenir à cette conclusion, de l'évolution récente de l'opinion publique et des réformes intervenues dans ce domaine dans les États membres du conseil de l'Europe tendant à assurer plus d'égalité entre famille naturelle et famille légitime.

B — LA COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS ET LA NOTION DE « DISTINCTION SUSPECTE »

« Nul ne pourra... être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans une procédure légale ». « Aucun État ne pourra... priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans une procédure légale, ni refuser à quiconque relève de sa juridiction une égale protection des lois ». C'est en se fondant sur ces deux dispositions — les v^e et xiv^e amendements à la Constitution —, que la Cour suprême a imposé aux autorités fédérales d'une part, aux États de l'autre, le respect d'un principe de non-discrimination.

Ce que nous retiendrons essentiellement de sa jurisprudence, c'est la façon dont, en l'absence de dispositions constitutionnelles plus précises comme il en existe aujourd'hui dans les conventions internationales ou les constitutions contemporaines, mettant explicitement hors la loi certains types de discriminations considérées comme particulièrement graves, la Cour suprême a reconstitué une sorte de hiérarchie, entre les distinctions opérées en violation des valeurs fondamentales de la démocratie, qui sont presque toujours considérées comme injustifiables, donc inconstitutionnelles, et celles qui, quoique restreignant la portée du principe d'égalité, peuvent plus facilement trouver une justification et échapper au grief d'inconstitutionnalité. Sur le plan du contrôle, cela signifie que la Cour se montre particulièrement vigilante et exerce un contrôle beaucoup plus strict (*strict scrutiny*) lorsqu'elle se trouve face à une distinction considérée (*a priori*) comme « suspecte » que dans les autres cas où elle pratique un contrôle plus souple et se borne à vérifier qu'il existe une relation rationnelle (*rational relationship*) entre le but visé et la distinction opérée.

Pour justifier cette différence de degré dans le contrôle exercé, la Cour suprême s'appuie sur un raisonnement qui mêle étroitement les considérations pragmatiques et éthiques. Dans l'accomplissement de sa tâche, estime-t-elle, le législateur est nécessairement amené à établir des distinctions (*classifications*), et il est inévitable que les règles posées profitent ou au contraire nuisent à certains groupes plus qu'à d'autres. Malgré les inégalités qui peuvent en résulter, les mesures en question bénéficient d'une présomption de constitutionnalité — présomption qui découle du postulat démocratique selon lequel tous les groupes susceptibles d'être affectés par la législation ont l'occasion de s'exprimer, d'exposer leurs vues et de défendre leurs intérêts au cours du processus législatif. Aussi longtemps qu'un groupe a la possibilité de faire entendre sa voix, il n'y a pas de raison de mettre en doute le caractère équitable et honnête de la procédure qui a abouti à la décision critiquée. Par con-

séquent, les différences de traitement instituées par le législateur seront considérées comme acceptables si elles trouvent une justification dans les circonstances de fait, si elles peuvent être *rationnellement reliées à un intérêt gouvernemental légitime*, si elles apparaissent comme pertinentes par rapport au but poursuivi. Les tribunaux appliqueront ici un *mild rational basis test* ou *rational relationship test* relativement facile à satisfaire, et qui aboutira le plus souvent à valider la mesure contestée.

Mais il n'en va plus de même lorsque la différence de traitement joue au détriment d'un groupe défavorisé et cause un tort particulier à ses membres. Une distinction de cette nature n'est pas interdite de façon absolue, mais elle est à tout le moins « suspecte » car elle peut porter atteinte à la dignité humaine. Elle comporte en effet le risque d'étiqueter certaines personnes à partir de caractéristiques sur lesquelles elles n'ont aucune prise, de les stigmatiser aux yeux du reste de la société en suggérant qu'elles sont intrinsèquement inférieures aux autres membres de la communauté. Sera ainsi considérée comme suspecte toute distinction visant un groupe qui a été traditionnellement victime d'hostilité et de préjugés, qui a été mis à l'écart du reste de la société, qui fait l'objet de tels stéréotypes que l'on peut fortement douter que ses intérêts aient été suffisamment pris en considération au cours de la procédure législative — un groupe, enfin, qui se trouve écarté du processus politique, ou à tout le moins rencontre des obstacles importants pour nouer des alliances et obtenir des concessions sur le terrain politique. Lorsque sont en cause les membres d'un tel groupe, le juge doit se montrer particulièrement vigilant et abandonner l'habituelle présomption de constitutionnalité, car il y a plus de chances que la mesure litigieuse ait été inspirée par une longue habitude ou une intention volontaire de discrimination (*habit or malice*) que par un motif légitime. De fait, une distinction « suspecte » est presque invariablement condamnée d'avance, car, soumise à une investigation très poussée (*strict scrutiny*), elle n'échappera à l'invalidation que si son auteur parvient à démontrer que la différence de traitement a été instituée en vue d'atteindre un objectif essentiel ou pour sauvegarder un *intérêt étatique vital* et qu'elle était *indispensable* pour atteindre cet objectif ou sauvegarder cet intérêt.

Toutefois, la sévérité même d'une telle censure interdisait à la Cour suprême d'en étendre largement le champ d'application. Seules étaient considérées comme suspectes les distinctions fondées sur *la race* et sur *l'origine nationale*, à l'exclusion de toute autre, avant qu'elle n'ajoute à cette liste, en 1971, les distinctions fondées sur la qualité d'étranger (*aliénage*) (10). En revanche, elle a refusé d'étendre le concept à d'autres catégories désa-

(10) Alors que la Cour avait, pendant plus d'un siècle, validé la plupart des lois des États instituant de discriminations à l'encontre des non-citoyens, par application du *rational relationship test*, elle décide, dans un arrêt *Graham v. Richardson*, en 1971, que les distinctions fondées sur la qualité d'étranger doivent être considérées comme suspectes, parce que les étrangers répondent à tous les critères d'une *suspect class*, et représentent l'exemple parfait d'une minorité isolée privée de la possibilité de faire entendre sa voix et de se protéger contre les entreprises de la majorité. Appliquant alors un contrôle strict, les tribunaux ont, à partir de cette date, invalidé la plupart des mesures discriminatoires prises par les États à l'encontre des résidents étrangers.

La portée pratique de la reconnaissance du caractère suspect des distinctions fondées sur *l'aliénage* ne doit toutefois pas

être surestimée : - d'abord parce qu'elle ne concerne que les étrangers admis à résider de façon permanente sur le territoire des États-Unis, qui ont vocation à acquérir, à terme, la citoyenneté américaine ; - ensuite, parce que la Cour suprême, comme si elle avait été effrayée des conséquences de sa propre jurisprudence, lui a très vite apporté une exception en formulant la doctrine dite de la « communauté politique » qui permet aux États d'exclure les étrangers de toutes les fonctions qui mettent en jeu, de près ou de loin, cette communauté, et notamment de la plupart des emplois publics ; - enfin, parce que le caractère *a priori* suspect des distinctions entre étrangers et citoyens disparaît lorsque les mesures émanant des autorités fédérales et non plus des États, la Cour répugnant à limiter les pouvoirs du gouvernement fédéral dans un domaine où des intérêts nationaux sont en jeu — la politique d'immigration —

vantagées, telles que les handicapés, les indigents, les vieux, et même, de façon plus surprenante, aux femmes, malgré la pression exercée en ce sens par les mouvements féministes (11).

L'intérêt de la démarche adoptée par la Cour suprême — dont les « distinctions » ne sont pas non plus totalement dépourvues d'arbitraire... — est qu'on y retrouve, par delà un mode de raisonnement très différent de celui auquel nous sommes habitués, la prise en compte des mêmes données élémentaires servant à faire le départ entre les différences de traitement acceptables et les discriminations prohibées. On y trouve l'idée que certaines distinctions, fondées sur des caractéristiques involontaires telles que la race ou l'origine nationale, sont par principe illégitimes ; l'idée, également, que les différences de traitement doivent dans tous les cas pouvoir se justifier rationnellement, être adéquates au but poursuivi ; l'idée, enfin, que l'appréciation portée sur la pertinence et la nécessité des distinctions opérées doit être d'autant plus rigoureuse que les distinctions concernent des groupes « sensibles », traditionnellement défavorisés, et qu'elles interviennent dans un domaine touchant de près aux garanties de la liberté individuelle (12).

C — ÉGALITÉ ET DISCRIMINATION DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le principe d'égalité en est venu à occuper peu à peu une place centrale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (13). Ce principe se trouve énoncé dans différents textes qui ont, on le sait, à ses yeux, valeur de droit positif, et sur lesquels il prétend s'appuyer pour juger de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité d'une loi : la déclaration des Droits de l'homme de 1789, le préambule de la Constitution de 1946, et bien sûr

la Constitution de 1958, notamment son article 2. Mais les dispositions en question, bien que parfois redondantes, n'ont pas toutes la même portée : les unes excluent radicalement, c'est-à-dire quel que soit le domaine concerné, toute différence de traitement fondée par exemple sur la race, la religion, les croyances — ou sur le sexe (14) ; d'autres, à l'inverse, proclament un principe d'égalité spécifique à un domaine déterminé, mais dont le champ d'application est plus large quant aux catégories visées (15) ; d'autres encore ont une portée doublement limitée puisque excluant uniquement certains types de distinctions dans un domaine particulier, telle la disposition du préambule de 1946 qui interdit de léser quelqu'un dans son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

Mais l'évolution de sa jurisprudence montre que le Conseil constitutionnel ne s'est pas laissé arrêter par ces différences de formulation. Il a interprété le principe d'égalité comme un principe d'application générale : ceci signifie qu'une différence de traitement, alors même qu'elle ne tombe pas sous le coup d'une disposition constitutionnelle précise la prohibant expressément, peut néanmoins constituer une discrimination interdite si elle repose sur des distinctions arbitraires. Mais à l'inverse, lorsque la distinction établie par le législateur touche à un domaine ou concerne des catégories de personnes qui sont expressément visés par les textes de valeur constitutionnelle, le Conseil se refuse à la qualifier d'inconstitutionnelle sans avoir là aussi préalablement constaté son caractère arbitraire. Et cette démarche, malgré toute l'incertitude qu'elle comporte, est difficilement évitable : car rien n'est plus vague que le principe d'égalité, rien n'est plus difficile à cerner que la violation de ce principe, dès lors qu'on a renoncé à assimiler l'égalité à l'uniformité (16).

et estimant que celui-ci peut avoir plus souvent que les États des motifs légitimes d'établir des discriminations au profit des citoyens américains. Cette attitude de la Cour a été critiquée comme peu logique par une partie des commentateurs, qui ont fait remarquer que les arguments tendant à faire considérer les étrangers comme une catégorie suspecte (et notamment leur absence d'influence politique) restaient valables au niveau fédéral. Voir par exemple Elizabeth HULL, *Without Justice for All. The Constitutional Rights of Aliens*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1985.

L'incidence du type de contrôle exercé ressort très nettement de la confrontation des deux décisions *Graham v. Richardson* et *Mathews v. Diaz* rendues respectivement en 1971 et 1976 dans des domaines très voisins, mais concernant des mesures prises dans le premier cas par un État, dans le second par le gouvernement fédéral. Dans le premier arrêt, la Cour invalide une mesure subordonnant le versement de prestations sociales à une condition de citoyenneté, estimant qu'un État ne peut avoir un intérêt public suffisant à réserver aux citoyens le bénéfice de prestations au financement desquelles les étrangers contribuent par leurs impôts. Dans la seconde espèce, en revanche, la Cour valide une disposition fédérale excluant d'un programme d'assurance médicale les étrangers n'ayant pas résidé dans le pays depuis au moins cinq ans : une telle exclusion, qui n'aurait jamais franchi l'obstacle du *strict scrutiny*, est jugée ici acceptable parce qu'elle n'est pas « totalement irrationnelle », qu'elle peut encourager les étrangers à demander la naturalisation, et que la clause de résidence peut-être raisonnablement reliée à l'affinité des étrangers avec les États-Unis, l'attachement au pays se renforçant avec la durée de résidence.

(11) Pour ces catégories « sensibles » (mais non « suspectes »), elle a inauguré dans les années 70 un type de contrôle intermédiaire (*intermediate standard of review*), exigeant, dans ces hypothèses, que le principe de la distinction opérée soit « substantiellement relié » à un « objectif gouvernemental important ».

(12) L'application de la clause du *due process of law* fait ainsi l'objet d'une vigilance toute particulière de la part de la Cour suprême, qui est plus disposée à accepter des discriminations touchant au fond du droit qu'aux garanties de procédure, conformément aux conceptions dominantes dans le droit anglo-saxon.

(13) Selon L. FAVOREU et L. PHILIP, c'est le motif d'inconstitutionnalité qui est, de loin, le plus souvent invoqué, et il a fait l'objet, entre 1973, date de la première décision où il apparaît, et 1986, de 51 applications. Voir *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 3^e éd., 1986, pp. 276-284, où l'on trouve la liste de toutes ces applications. Le sujet a donné lieu à de très nombreuses études doctrinales. On peut se reporter, notamment, à F. MICLO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA* 1982, p. 114 ; Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 295 ; F. LUCHAIRE, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP* 1986, p. 1229.

(14) « Le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés... La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » (préambule de 1946). « (La France) assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion » (article 2 de la Constitution de 1958).

(15) L'égalité devant l'instruction, que tous peuvent revendiquer sans restriction (préambule de 1946), l'égalité d'accès aux emplois publics, l'égalité devant le suffrage, dont ne sont exclus que les non-citoyens.

(16) L'égalité devant l'impôt, pour ne prendre que cet exemple, est-elle compatible avec la proportionnalité des contributions ? impose-t-elle la progressivité de l'impôt sur le revenu ? interdit-elle les exonérations fiscales ? La lecture de la Constitution, on le voit, n'est d'aucun secours pour répondre à ces questions, et au pouvoir d'appréciation du législateur fera forcément écho le pouvoir d'appréciation du juge constitutionnel.

Pour respecter l'égalité, le législateur peut, doit même parfois prendre en considération les différences de situation, et l'on s'aperçoit très vite, alors, qu'aucune distinction, même la plus suspecte, pour reprendre la terminologie de la Cour suprême, ne peut être déclarée *a priori* inconstitutionnelle, sans examen préalable. C'est évident pour les discriminations fondées sur le sexe, variable dont on voit mal comment une législation pourrait totalement éviter de la prendre en considération (17) ; mais cela est également vrai des distinctions fondées sur la religion, voire sur l'appartenance ethnique, le législateur pouvant être amené, exceptionnellement sans doute, à prendre en compte ces données dans un but parfaitement légitime et sans qu'il en résulte une atteinte aux valeurs de base de la démocratie (18).

Après quelques tâtonnements, le Conseil constitutionnel a donc adopté une démarche à peu près uniforme, valant pour l'ensemble des hypothèses où le principe d'égalité est invoqué, mais qu'il poursuit plus ou moins loin selon les cas. Partant de l'idée que la loi ne peut à l'évidence être la même pour tous, il admet que le législateur établisse des règles non indentiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes — à condition toutefois que la non-identité de ces règles ne soit pas incompatible avec la finalité de la loi. Pour décider qu'une différence de traitement est ou non arbitraire, donc discriminatoire, il examine successivement mais solidairement les trois éléments que nous avons définis plus haut comme représentant la structure élémentaire de la discrimination : le fondement de la distinction opérée, qui doit résider dans une différence de situation, le domaine sur lequel portent les règles différentes, la justification, enfin, de cette différence de traitement au regard du but poursuivi par le législateur. Mais on s'aperçoit qu'aucun des éléments pris en compte n'est susceptible d'une appréciation vé-

tablement objective et que la démarche du juge constitutionnel se révèle finalement moins analytique que synthétique et subjective.

Des situations différentes peuvent justifier des règles différentes (19). Cette affirmation soulève déjà toute une série de questions. Elle signifie, bien sûr, *a contrario*, que si les situations sont semblables aucune différence de traitement n'est envisageable. Mais l'opposition semblable/différente est une fausse dichotomie : comme on l'a souligné plus haut, si le législateur a pu édicter des règles distinctes, c'est qu'il existait entre les situations une différence conceptualisable. Autrement dit, les situations sont toujours différentes, ou plus exactement il est toujours possible de déceler une différence entre deux situations. La question n'est donc pas tant de savoir si deux situations sont différentes que de savoir :

1) si cette différence peut légitimement être prise en compte dans l'absolu (et on retrouve ici le problème des distinctions « suspectes », au premier rang desquelles figure la race) ;

2) si, dans le domaine où elle intervient, elle justifie l'édition de règles différentes. Or la « similitude » de deux situations ne se laisse pas appréhender de façon purement objective : on ne peut pas dire dans l'absolu que deux situations sont semblables ou différentes ; on ne peut le décider qu'en fonction d'une appréciation à la fois relative et inévitablement subjective — une appréciation qui portera en fait non pas tant sur le caractère *intrinsèquement* différent ou semblable des situations que sur la *pertinence* de la distinction opérée au regard du contenu des règles litigieuses. Il faut bien sûr que le législateur ait dégagé des critères « objectifs » permettant de distinguer les catégories visées, car sinon il laisserait libre cours à l'arbitraire de ceux qui sont chargés d'appliquer la loi (20) ; mais il faut surtout qu'il existe une relation logique, rationnelle (bien que ces termes

(17) Concernant les distinctions fondées sur le sexe, on ne trouve guère que deux décisions qui s'y rapportent, et encore de façon très indirecte. A propos de la répression du viol (19 décembre 1980), le Conseil a estimé que le fait d'avoir prévu des sanctions différentes selon que l'attentat à la pudeur sur un mineur était commis sur une personne du même sexe ou de sexe différent ne portait pas atteinte au principe d'égalité. Mais le problème véritable, ici, n'était pas tant celui d'une discrimination entre hommes et femmes que d'une discrimination à l'encontre des homosexuels — problème que le Conseil a prudemment escamoté en portant le débat sur un autre terrain. De même, dans la décision du 18 décembre 1982 invalidant la disposition législative qui instaurait pour les élections municipales ce que l'on a improprement parlé un « quota » en faveur des femmes, c'était moins l'égalité entre les sexes qui était en jeu — au moins sur le plan strictement juridique — que la possibilité, refusée par le Conseil, d'instaurer des catégories parmi les éligibles (voir D. LOSCHAK, « Les hommes politiques, les « sages » (?)... et les femmes », *Dr. soc.*, 1983, p. 131).

(18) La décision du 8 août 1985, rendue à propos de la Nouvelle-Calédonie, témoigne toutefois de l'embaras — compréhensible, après tout — du Conseil constitutionnel face à des distinctions prenant en compte l'origine ethnique. Contestant le découpage électoral de ce territoire, les auteurs de la saisine faisaient valoir, non sans quelque raison, que celui-ci obéissait « à des considérations qui s'inspirent directement de critères ethniques », et qu'il contredisait donc l'article 2 de la Constitution. Dans sa réponse, le Conseil évite soigneusement le mot « ethnique », et dit simplement que le législateur peut, dans la délimitation des régions dans un TOM, tenir compte « de tous les éléments d'appréciation, notamment de la répartition géographique des populations ». Ce pluriel est éloquent... mais le mot tabou n'est pas prononcé.

(19) La question de savoir si le législateur peut appliquer des règles identiques à des situations différentes est tranchée positivement par la plupart des commentateurs : en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il apparaît en effet que rien n'oblige le législateur à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. En cela, le Conseil se distinguerait de son homologue ouest-allemand, pour qui le principe d'égalité oblige « à traiter de façon identique des situations identiques et de façon différente, conformément à leur caractère propre, des situations différentes, en se référant constamment à l'idée de justice ». Toutefois, l'écart entre les deux jurisprudences n'est peut-être pas aussi tranché qu'il paraît : d'une part la règle posée par le tribunal de Karlsruhe n'a pas un caractère absolu (cf. Hans RUPP, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Tribunal constitutionnel fédéral allemand », in L. FAVOREU, dir., *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Economica*, 1982, p. 256) ; d'autre part et inversement, la position adoptée par le Conseil constitutionnel pourrait céder devant le caractère choquant et manifestement discriminatoire de l'application d'une règle uniforme à des situations différentes. Pour prendre une hypothèse d'école, on voit mal par exemple comment il pourrait ne pas invalider une loi qui, sous prétexte d'égalité, supprimerait le régime spécial des congés de maternité...

Sur l'attitude des tribunaux britanniques, voir la contribution de A. LESTER dans ce même numéro : il y a discrimination indirecte lorsqu'un traitement égal produit des effets inéquitables et discriminatoires envers un groupe déterminé ; ainsi, la fixation d'une limite d'âge uniforme à 28 ans pour entrer dans la fonction publique frappe de façon disproportionnée les femmes ayant de jeunes enfants et est donc illégale.

(20) Le Conseil constitutionnel a ainsi invalidé un texte qui laissait au seul président du TGI le choix de décider si pour une même infraction un prévenu serait jugé par un tribunal collégial ou par un juge unique.

n'apparaissent que rarement dans les décisions du Conseil constitutionnel (21) entre la spécificité de la règle et la spécificité de la situation. Et comme il n'existe « aucun critère *objectif et rationnel* permettant de dire que tel choix est arbitraire, qu'une discrimination est injustifiée, qu'un critère est irrationnel » (F. Luchaire), on ne peut s'étonner du caractère finalement très aléatoire des décisions du Conseil constitutionnel, dont les appréciations paraissent parfois tout aussi arbitraires que celles du législateur (22).

La plupart du temps, le Conseil arrête ici son investigation. Dans certains cas, toutefois, il intègre à l'analyse un élément supplémentaire, en recherchant si la règle spécifique édictée est compatible avec la finalité de la loi, avec le but poursuivi par le législateur. En réalité, on peut penser que cet élément est toujours présent, au moins de façon latente, dans l'appréciation portée par le juge : comment peut-on, en effet, si l'on admet que toute différence de situation ne justifie pas une différence de traitement, juger de la pertinence de la distinction opérée par le législateur sans avoir à l'esprit les raisons qui l'ont conduit à opérer cette distinction ? Parfois, du reste, la finalité est tout entière contenue dans la spécificité de la règle : établir un régime fiscal progressif, c'est vouloir taxer plus lourdement les gros revenus ; consentir des tarifs préférentiels aux habitants d'une île reliée au continent par un pont à péage, c'est vouloir compenser le handicap de l'insularité, etc. Dans de tels cas, la formule utilisée par le Conseil constitutionnel, selon laquelle la règle spécifique ne doit pas être incompatible avec la finalité de la loi n'aurait pas de sens, la finalité n'étant pas dissociable de la règle et ne pouvant servir de point de référence extérieur. Lorsque le Conseil fait expressément référence à la finalité de la loi, c'est qu'elle ne ressort pas immédiatement des règles qu'il a à examiner, mais c'est toujours dans le but de vérifier qu'il existe bien un rapport logique et non arbitraire entre la spécificité de la règle et la spécificité de la situation.

La formule utilisée par le Conseil constitutionnel pose toutefois autant de problèmes qu'elle en résout, en raison du caractère flou et peu opératoire de la notion de « compatibilité ». On se rappelle qu'elle est apparue pour la première fois dans la décision du 17 janvier 1979 sur les conseils des prud'hommes, où le Conseil constitutionnel invalida la disposition qui accordait un vote plural aux employeurs en fonction du nombre de salariés qu'ils employaient. Qu'il existât une différence de situation entre petits et gros employeurs n'était pas contestable, et les seuils que prévoit le Code du travail, en matière de représentation du personnel notamment,

reposent précisément sur l'idée que l'on ne peut traiter de la même façon les petites et les grandes entreprises. Mais en l'occurrence, dit le Conseil, la différenciation prévue par le législateur *n'est pas compatible avec la finalité* d'une opération électorale qui a pour seul objet la désignation des membres d'une juridiction et est *dépourvue de tout lien* avec les considérations qui doivent présider à cette désignation. Cette seconde formule paraît de beaucoup préférable à la première, qui seule pourtant apparaît dans le considérant de principe. Dire que le vote plural était incompatible avec la finalité de la loi n'est, en toute rigueur, pas exact ; si incompatibilité il y avait, elle était d'ordre éthique, non d'ordre technique : la disposition, introduite au cours de la discussion parlementaire sous la pression du CNPF, était tout simplement choquante. En réalité, il serait plus exact de poser en principe qu'une différence de traitement n'est acceptable que si elle est *conforme* à la finalité de la loi. C'est au fond le raisonnement que fait la Cour suprême lorsqu'elle vérifie que la distinction opérée a un rapport rationnel avec le but visé par le législateur.

La notion de compatibilité est de surcroît trompeuse, car il est arrivé au Conseil constitutionnel, sous couvert de compatibilité, d'exiger en fait non pas même un rapport de conformité, mais un rapport de *nécessité* entre la spécificité de la règle et l'objectif poursuivi, comme en témoigne la décision sur les nationalisations. Après avoir dégagé des travaux préparatoires ce qu'il estime être le but de la loi — faire face à la crise, promouvoir la croissance et combattre le chômage —, il décide que l'exclusion des banques à caractère mutualiste ou coopératif du champ de la nationalisation méconnaît le principe d'égalité. Or ces banques présentaient à l'évidence des caractères spécifiques ; et on voit mal en quoi la dérogation édictée en leur faveur était incompatible avec la finalité des nationalisations. Ce qui sous-tend la décision du Conseil, c'est bien, en réalité, l'idée que la dérogation n'était pas nécessaire, et que n'étant pas nécessaire elle n'était pas justifiée. Le Conseil constitutionnel oscille ainsi entre une exigence faible de compatibilité et une exigence forte de nécessité, qui lui permet finalement de conserver intact son pouvoir d'appréciation pour trancher au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce (23). Et il n'est pas faux de dire, comme le fait François Luchaire (*op. cit.*, p. 1261), que la jurisprudence du Conseil constitutionnel « conduit à remplacer l'arbitraire du Parlement par celui du juge constitutionnel » (24). Mais peut-il en être autrement à partir du moment où l'on a quitté le terrain sûr, mais impraticable, de l'égalité juridique abstraite, assimilée à la règle uniforme pour tous ?

(21) On trouve une référence à des critères « objectifs et rationnels » dans la décision du 14 janvier 1983 rendu à propos de l'impôt sur les grandes fortunes : « Pour poser les règles d'établissement de l'assiette de l'IGF, le législateur a fondé son appréciation sur des critères objectifs et rationnels... ».

(22) Ses décisions paraîtraient sans doute moins contestables s'il prenait la peine de les motiver réellement. L'exemple de sa décision récente du 23 janvier 1987 paraît particulièrement significatif. Le Conseil se borne ici à affirmer que la fixation d'une condition de résidence pour l'octroi de prestations sociales n'est pas contraire au principe d'égalité (il s'agissait concrètement de permettre de subordonner le bénéfice de certaines prestations à une durée minimale de résidence sur le territoire français, et plus concrètement encore, quoique de façon indirecte et déguisée, d'en exclure une partie de la population immigrée). Le caractère lapidaire de cette motivation (si on peut l'appeler ainsi) tranche avec le soin qu'a pris la Cour suprême américaine, dans des affaires très proches, d'explicitier les tenants et aboutissants de ses décisions (voir *supra*, note 11).

(23) On peut se demander si, dans cette même décision, le Conseil constitutionnel n'a pas ouvert une brèche dans l'application du principe d'égalité en estimant que le législateur avait pu exclure de la nationalisation les banques étrangères pour la seule raison que leur nationalisation aurait été susceptible d'entraîner des difficultés sur le plan international — autrement dit pour des motifs tirés de l'intérêt général.

(24) Le recours à la notion d'erreur manifeste, qui a fait son apparition dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis quelques années ne pourra qu'accentuer cette impression d'arbitraire. Le juriste attaché à l'opérationnalité des concepts ne peut qu'éprouver un certain malaise en lisant, dans la décision sur le découpage électoral en Nouvelle-Calédonie, que si le législateur peut s'écarter d'une représentation strictement proportionnelle à la population en tenant compte d'autres impératifs d'intérêt général, ces considérations ne peuvent intervenir que « dans une mesure limitée qui, en l'espèce, a été *manifestement dépassée* ».

D — LE CONSEIL D'ÉTAT ET LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ

Le Conseil d'État a toujours considéré le principe d'égalité comme un principe général du droit applicable même sans texte (ce qui l'a dispensé, au contraire du Conseil constitutionnel, de reconnaître à la déclaration de 1789 et au préambule de 1946 valeur de droit positif) — un principe dont le respect s'impose à l'administration tant dans l'exercice de son pouvoir normatif que dans les décisions individuelles qu'elle prend. La jurisprudence du juge administratif dans ce domaine n'a d'ailleurs pas manqué d'influencer celle du Conseil constitutionnel, sur lequel il disposait d'un privilège d'antériorité. On ne s'étonnera pas de retrouver ici un mode de raisonnement assez proche de celui que l'on vient d'analyser.

Ce qu'exige le principe d'égalité, pour le Conseil d'État, c'est seulement que toutes les personnes placées dans des situations identiques soient soumises au même régime et traitées de la même façon, sans discrimination. Si l'on se réfère au considérant de principe que l'on retrouve désormais de façon à peu près constante dans la jurisprudence relative à l'égalité devant le service public, mais qui est aisément transposable aux autres aspects du principe d'égalité, la position du juge peut s'énoncer ainsi : la différence de traitement implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence d'une loi, qu'il existe entre les usagers des différences de situations appréciables ou que cette mesure soit justifiée par une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation ou l'objet du service. Si on laisse de côté l'hypothèse où c'est la loi elle-même qui a établi les distinctions contestées (25), on retrouve bien ici les trois éléments constitutifs de la discrimination : le critère de la distinction opérée, le contenu des mesures adoptées et la finalité poursuivie par l'administration. Il faut donc examiner comment ils s'articulent dans le raisonnement du juge.

En ce qui concerne le premier point, on peut d'abord noter qu'il y a des « différences » dont la prise en compte est dans tous les cas prohibée : ainsi, toute mesure fondée sur les opinions politiques ou les convictions religieuses sera considérée comme une discrimination illégale et censurée par le juge administratif. La jurisprudence dans ce domaine est à la fois abondante et constante ; elle n'est toutefois pas d'un grand secours pour l'analyse de la notion de discrimination dans la mesure où la violation du principe d'égalité ne fait ici que redoubler la violation de la liberté d'opinion ou de conscience que le juge sanctionne en tant que telle. Quant aux discriminations fondées sur le sexe, le Conseil d'État ne les a jamais considérées comme illégitimes par principe : légè-

rement en avance sur l'état de la législation avant la guerre, en proclamant l'aptitude légale des femmes à accéder à la fonction publique dès 1936 (non sans reconnaître la possibilité pour le gouvernement d'édicter des restrictions pour des raisons tirées de l'intérêt du service), il a continué après la guerre à juger acceptables des dérogations à la règle de l'égal accès, et d'une façon générale au principe de l'égalité des sexes, dès lors qu'elles étaient justifiées par la nature des fonctions ou leurs conditions d'exercice (26). Et s'il s'est montré de plus en plus strict dans l'appréciation de cette justification, l'évolution de la jurisprudence a été parallèle à l'évolution des textes eux-mêmes, qui ont progressivement restreint le champ des distinctions légitimes (27). Le juge administratif, à l'instar du législateur, admet donc que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe puisse, dans des cas exceptionnels, constituer une différence de situation justifiant l'application de règles distinctes — constat difficilement réfutable...

On rejoint donc ici le principe général selon lequel l'administration a le droit de traiter différemment des catégories de personnes — usagers des services publics, administrés, agents publics... — qui se trouvent dans des situations différentes, ou encore, selon la formule aujourd'hui consacrée, entre lesquelles existent des *différences de situation appréciables*. Ce dernier terme n'est guère éclairant : ou bien il signifie que la différence de situation doit être perceptible, et dans ce cas il s'agit d'une lapalissade car on voit mal comment l'administration pourrait prendre en considération des différences imperceptibles... ; ou bien il signifie que la différence doit être suffisamment importante, et dans ce cas on ne fait que reculer la solution du problème puisqu'il n'existe pas de critère objectif permettant de fixer le seuil à partir duquel une différence de situation justifie une différence de traitement. En réalité, le problème n'est pas d'ordre quantitatif, mais qualitatif : il faut que la différence de traitement soit pertinente au regard de la différence de situation, qu'il y ait un rapport logique, rationnel, entre la spécificité de la règle et la spécificité de la situation.

Et c'est ici qu'intervient la référence à l'intérêt général, qui réintroduit dans le raisonnement du juge administratif la notion de finalité. La formulation stéréotypée désormais utilisée dans les arrêts laisse penser que dans l'esprit du Conseil d'État la différence de traitement peut être justifiée soit par l'existence de différences de situations appréciables, soit par une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation ou l'objet du service. Mais l'idée qu'il s'agit là d'une alternative est difficilement soutenable. D'abord, parce que si l'on

(25) Et dans ce cas, le Conseil d'État s'interdit de censurer l'acte administratif pris sur son fondement, alors même qu'il serait manifestement discriminatoire, voire contredirait les principes démocratiques. On trouve l'exemple le plus frappant d'une telle attitude dans la jurisprudence relative à l'application de la législation antisémite de Vichy, par laquelle le juge s'est estimé lié. On peut d'ailleurs regretter le manque d'audace dont le Conseil d'État — épuré de ses éléments non-aryens et mal-pensants — a fait preuve en l'occurrence. Voir sur ce point la démonstration impitoyable, mais difficilement réfutable, d'Olivier DUPEYROUX, dans son étude sur « L'indépendance du Conseil d'État statuant au contentieux », *RDP* 1983, p. 565, ainsi que l'analyse approfondie de J. MARCOU dans sa thèse sur *Le Conseil d'État sous Vichy* (thèse d'État, Grenoble, 1984), qui aboutit aux mêmes conclusions.

(26) Ainsi, dans un arrêt *Mlle Baudet* du 6 février 1981, rendu à propos du règlement d'Air France qui obligeait les hôtesses

de l'air, contrairement aux stewards, à partir de la retraite à 50 ans, le Conseil d'État annule cette disposition en estimant qu'elle n'est pas justifiée par une différence dans la nature des fonctions exercées par les hommes et les femmes (*AJDA* 1981, p. 489, concl. DONDOUX).

(27) Dans sa rédaction la plus récente, mise en conformité avec la directive communautaire de 1976, le statut des fonctionnaires prévoit que les seules distinctions autorisées portent sur la possibilité d'organiser des recrutements distincts pour l'accès à certains corps, lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante pour l'exercice des fonctions assurées par les membres de ces corps. Le Conseil d'État a toutefois donné une portée contestable à ce texte et sollicité quelque peu le sens des mots, en acceptant le principe de recrutements distincts d'instituteurs et d'institutrices en vue de permettre le maintien de la mixité dans ce corps, dans l'intérêt des enfants. Voir C.E. 16 avril 1986, *CFDT* (*ADJA* 1986, p. 458).

peut admettre que l'intérêt général puisse justifier des distinctions entre des catégories de personnes alors que les différences de situations ne seraient pas à elles seules suffisantes (appréciables) pour justifier l'application de traitements différents (28), il est impensable que l'intérêt général permette d'établir des distinctions entre des personnes se trouvant dans des situations strictement identiques ! Ensuite, parce que la finalité des mesures prises ou l'objet du service doivent être nécessairement — et sont effectivement — prises en compte, au moins de façon implicite, pour juger de la pertinence des différences de traitement décidées par l'administration. L'examen des décisions du juge administratif atteste l'unité logique, la solidarité des deux critères, par-delà une formulation qui les laisse apparaître à tort comme alternatifs (29). Ainsi, pour juger que la fixation de tarifs différents en fonction des revenus des familles pour la fréquentation d'un conservatoire de musique municipal est contraire au principe d'égalité, le Conseil d'État se fonde sur deux arguments : le fait que les différences de revenus n'étaient pas constitutives de différences de situation justifiant des exceptions au principe d'égalité ; et le fait qu'il n'existait, compte tenu de l'objet du service (qui n'était pas un service social), aucune nécessité d'intérêt général justifiant une discrimination fondée sur les seules différences de ressources. Mais à l'évidence la première affirmation n'a de sens qu'éclairée par la seconde et appuyée sur elle (30). De même, lorsque le tribunal administratif de Paris décide que subordonner à une condition de nationalité l'octroi d'une prestation d'aide sociale est discriminatoire parce que la nationalité étrangère n'est pas constitutive d'une différence de situation justifiant une atteinte au principe d'égalité devant le service public de l'aide sociale et qu'en égard aux buts d'un bureau d'aide sociale il n'existait aucune nécessité d'intérêt communal exigeant une telle discrimination, il est clair que la considération de la finalité de l'aide sociale est déjà présente dans le premier considérant (31). C'est bien, à chaque fois, l'objet du service, ou la finalité d'une prestation, qui permet d'attester ou de contredire la pertinence du critère de distinction choisi par l'administration pour instituer une différence de traitement.

III. — DE LA NORME DISCRIMINATOIRE AU COMPORTEMENT DISCRIMINATOIRE

La notion de discrimination, en apparence, est une : un traitement discriminatoire peut consister aussi bien

dans l'édition de normes générales et impersonnelles établissant des distinctions arbitraires que dans le comportement ponctuel d'une autorité publique ou d'une personne privée qui traite de façon inégale des individus ayant vocation à bénéficier des mêmes droits ou à obtenir les mêmes avantages. Cette dualité, peut-on penser, ne fait que refléter la double dimension du principe de non-discrimination, qui implique d'une part que la loi — ou plutôt la règle de droit — soit appliquée à tous de la même façon, et d'autre part que la règle de droit elle-même n'établisse pas de discriminations arbitraires (32).

Pourtant, malgré cette unité, force est de constater qu'il est un seuil au-delà duquel les outils conceptuels utilisés pour cerner la norme discriminatoire s'avèrent inopérants pour saisir la discrimination ponctuelle, et que le cheminement intellectuel emprunté dans le premier cas ne peut se poursuivre jusqu'à son terme dans le second. Plus précisément, il convient de distinguer ici deux hypothèses. Il se peut, tout d'abord, que le comportement litigieux tombe sous le coup d'une disposition explicite d'un texte ou d'un principe suffisamment affirmé : le raisonnement qui conduira le juge à le qualifier ou non de discriminatoire sera alors très proche de celui qu'on l'a vu mettre en œuvre plus haut, tenant compte à la fois du fondement de l'exclusion ou de la préférence critiquée, du domaine où elle intervient, mais aussi, le cas échéant, du motif invoqué pour la justifier, la légitimité du motif pouvant ôter son caractère discriminatoire à la différence de traitement.

En revanche, lorsqu'on quitte le terrain relativement bien balisé des discriminations prohibées par les textes, les choses deviennent infiniment plus complexes. Peut-on transposer ici l'idée selon laquelle une distinction non explicitement interdite peut néanmoins être déclarée discriminatoire en vertu d'un principe général d'égalité qui interdit de traiter différemment des catégories de personnes qui se trouvent dans des situations semblables ? S'agissant de l'administration, une réponse positive s'impose puisqu'elle est tenue de respecter le principe d'égalité ; on s'aperçoit toutefois que le principe est vidé d'une partie de sa substance par le pouvoir discrétionnaire dont elle dispose pour traiter des cas d'espèce. S'agissant des particuliers, *a fortiori*, le principe d'égalité cède devant le principe de liberté : la faculté de traiter différemment, en vertu de critères qu'ils déterminent librement, les individus avec lesquels ils s'engagent dans

(28) Voir J. CARBAJO, « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public », *AJDA* 1981, p. 176.

(29) C'est la conclusion à laquelle parvient également Xavier PRÉTOT dans son commentaire de la décision du TA de Paris du 19 mars 1986 : « Les prestations sociales peuvent-elles être assorties de discriminations à l'encontre des étrangers ? », *Dr. soc.* 1986, p. 488.

(30) C.E. 28 avril 1985, *Ville de Tarbes*, *AJDA* 1985, p. 446.

(31) TA Paris, 2 janvier 1986, *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/BAS de Chatillon*, *RTDSS* 1987/1, p. 139, chr. X. PRÉTOT. On peut faire la même remarque à propos d'un autre jugement annulant comme discriminatoire l'exclusion des familles étrangères du bénéfice d'une allocation de congé parental d'éducation : il n'existe pas, au regard des charges occasionnées par l'éducation des enfants, dit le tribunal, qui tient donc compte de la finalité de la mesure adoptée, de différence de situation appréciable tenant à la nationalité entre les familles de trois enfants, et si une telle distinction pouvait

se concevoir du point de vue d'une politique démographique, il s'agit là d'un objectif qui n'entraîne pas dans les compétences d'une commune. TA Paris, 19 mars 1986, *M. LÉVY c/Maire de Paris*, *Dr. soc.* 1986, p. 488, commentaire X. PRÉTOT précité.

(32) On utilise parfois les termes d'égalité devant la loi et d'égalité dans la loi pour distinguer ces deux aspects du principe de non-discrimination. Formulée ainsi, la distinction n'est toutefois qu'à moitié éclairante, compte tenu de ce qu'aujourd'hui l'essentiel de la réglementation étatique émane de l'Exécutif et non plus du législateur. De sorte que dans le cas de l'administration les deux principes se superposent jusqu'à se confondre : lorsqu'elle prend des décisions individuelles c'est bien le principe d'égalité devant la loi qui est en jeu ; mais lorsqu'elle édicte elle-même des règles générales et est amenée à établir des distinctions entre des catégories de personnes, les deux principes sont indistinctement en jeu (simple illustration de l'impossibilité, relevée par Kelsen, d'opposer strictement création et application du droit...). En tout état de cause il apparaîtrait préférable de parler d'égalité devant la règle de droit et d'égalité dans la règle de droit, plutôt que d'égalité devant — et dans la loi.

des relations contractuelles rend inopérante la notion même de discrimination.

A — LE MOTIF OU LE BUT LÉGITIME : LA DISCRIMINATION EFFACÉE

Si un principe général de non-discrimination s'impose aujourd'hui aux autorités publiques, à la fois comme principe fondamental du droit international et comme principe de valeur constitutionnelle en droit interne, l'interdiction pour les personnes privées d'adopter un comportement discriminatoire ne peut résulter que d'un texte exprès. Les dispositions prohibant telle ou telle forme de discrimination ont cependant tendance à se multiplier dans les législations nationales, et plusieurs conventions internationales obligent les États signataires à adopter des mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée par des personnes ou entreprises privées.

En ce qui concerne la France, à laquelle on se limitera ici, l'essentiel de ces dispositions figure dans le Code pénal et dans le Code du travail. Les articles 416 et 416-1 du Code pénal, dans leur rédaction actuelle, répriment de façon très large la discrimination dans l'accès au logement, aux lieux publics et aux services, dans l'emploi, et dans l'exercice des activités économiques. Quant au Code du travail, il interdit — avec toutefois une vigueur et une portée inégales — et le cas échéant réprime pénalement des formes de discrimination très variées : les discriminations fondées sur le sexe, mais aussi sur la situation de famille ou les mœurs, sur l'origine ou l'appartenance à une ethnie, nation ou race, ou encore sur les activités syndicales, les convictions religieuses, l'exercice du droit de grève, voire le handicap (33). On peut noter aussi que l'on retrouve une prohibition des comportements discriminatoires dans le droit de la concurrence, qui interdit notamment le refus de vente ou l'application de conditions de vente discriminatoires.

Lorsqu'un comportement estimé discriminatoire donne lieu à une action en justice devant le juge pénal ou le juge civil, l'essentiel du débat tourne autour de deux questions : la preuve, et le motif légitime. Apporter la preuve qu'une exclusion a eu effectivement pour fondement le sexe, la race, les opinions politiques, etc. de l'intéressé, et non d'autres considérations sans rapport avec eux, s'avère en pratique très délicat et représente la principale pierre d'achoppement des actions engagées en matière de discrimination. Mais la question la plus

intéressante, du point de vue qui nous préoccupe, est celle du motif légitime, puisque l'existence d'un motif légitime efface la discrimination. Bien que l'exception tirée du motif légitime ait été progressivement effacée des textes par les réformes successives visant à réprimer plus efficacement la discrimination, et qu'elle n'occupe plus aujourd'hui qu'une place résiduelle dans la législation (34), l'idée qui la sous-tendait n'a pas disparu : non seulement la notion de motif légitime reste bien sous-jacente au raisonnement du juge, mais la loi elle-même absout par avance certains actes discriminatoires en considération du but que poursuivent leurs auteurs.

Et ceci s'explique parfaitement : de la même façon que le législateur peut être amené à prendre exceptionnellement en considération certaines données « sensibles » telles que le sexe, l'appartenance ethnique ou la religion, à établir des distinctions *a priori* « suspectes » mais qui échapperont au grief d'inconstitutionnalité parce que le but poursuivi est légitime, de même on conçoit que dans certains cas — des cas limites, sans doute — la prise en considération de ces mêmes données à l'appui d'une décision individuelle puisse paraître inévitable (35). Avoir effacé des textes la référence au motif légitime risque donc de n'être qu'un coup d'épée dans l'eau, puisque le juge, lui, continuera après comme avant à raisonner comme si l'exception du motif légitime était toujours sous-entendue, et se réservera de vérifier, au cas par cas, la pertinence des justifications invoquées par l'auteur du comportement critiqué. Le pouvoir d'appréciation que s'attribue ainsi le juge est sans doute inévitable, sous peine d'aboutir à des solutions absurdes. Mais cette volonté de faire prévaloir l'esprit sur la lettre du texte engendre parfois un certain malaise lorsqu'elle conduit le juge à formuler, de façon toute prétorienne, des restrictions au champ d'application d'un texte qui n'en comportait pas. C'est ainsi que la Cour de cassation a affirmé récemment que l'interdiction de licencier un salarié en raison (notamment) de ses opinions politiques ou de ses convictions religieuses, énoncée par l'article L. 122-45 du Code du travail, ne trouvait pas à s'appliquer « lorsque le salarié, engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement » (36). Solution audacieuse, en raison de sa formulation très générale, qui implique que les entreprises dites « de tendance » : partis, syndicats, associations, églises... — peuvent choisir et licencier leurs permanents sala-

(33) On s'abstiendra de renvoyer aux articles pertinents du Code, dont les lecteurs de cette revue sont familiers. On remarquera seulement que la cohérence et l'efficacité du dispositif souffrent de la dispersion de dispositions parfois redondantes mais parfois aussi lacunaires.

(34) La référence au motif légitime figurait au départ dans les dispositions du Code pénal. La personne poursuivie pouvant s'exonérer en invoquant un motif légitime justifiant son refus de fournir un bien ou un service ou d'embaucher une personne. Sur la base de ces textes, le juge pénal a été amené à se prononcer sur le caractère légitime ou non du motif invoqué : ni la crainte de voir l'ambiance de l'entreprise se dégrader s'il y a trop d'étrangers, ni les exigences de la clientèle pour une entreprise procédant à la restauration d'appartements, ni la religion musulmane du postulant pour occuper un emploi de plongeur dans un restaurant dont la nourriture est à base de porc n'ont été considérés comme des motifs légitimes en matière de refus d'embauche (voir G. PAU-LANGEVIN, « L'état du droit positif en matière de lutte contre le racisme », *Droit ouvrier*, mai 1984, pp. 171 s.) ; non plus que le souhait de satisfaire la clientèle supposée préférer le personnel féminin au personnel masculin ne justifie le refus d'une compagnie aérienne d'embaucher un homme (cf. Trib. corr. Morlaix, 20 janvier 1984 et

commentaire J. SAVATIER, *Dr. soc.* juin 1984, p. 339).

L'exception tirée du motif légitime a été supprimée pour tout ce qui touche à la discrimination dans l'emploi (art. 416-3° du Code pénal) et dans l'exercice des activités économiques (art. 416-1). La loi du 30 juillet 1987 portant DMOS vient à son tour de la supprimer en matière de fourniture de biens ou de services... mais seulement en ce qui concerne la « discrimination raciale » — ce qui est doublement incohérent : d'une part parce qu'on ne sait pas très bien ce que recouvre ce terme (quid de l'origine et de l'appartenance ethnique ?) ; d'autre part parce qu'on ne voit pas pour quelle raison (en dehors de l'opportunité politique qui commandait au gouvernement de faire un geste pour le quinzième anniversaire de la loi de 1972 sur le racisme) il était nécessaire de dissocier le sort de discriminations raciales des autres types de discrimination.

(35) En ce qui concerne l'activité professionnelle, le Code du travail énumère les hypothèses où il est légitime de prendre le sexe en considération (art. R. 123-1), parmi lesquelles figure le cas des acteurs devant interpréter un rôle masculin ou féminin. Il paraît difficile de refuser à un metteur en scène la même faculté s'agissant d'interpréter un rôle de Blanc ou de Noir... Et pourtant, si l'on applique les textes à la lettre, il commettrait ainsi une discrimination.

riés en fonction de leurs opinions ; solution inévitable, peut-être ; solution dangereuse, en tous cas, car lorsqu'on commence à s'éloigner de la lettre des textes on s'engage sur une pente glissante (37).

On trouve au demeurant dans les textes bien des dispositions absolvant par avance des comportements qui apparaîtraient normalement comme discriminatoires, et qui leur accordent cette sorte d'immunité non plus tant en raison du motif précis qui les inspire que des objectifs plus généraux auxquels ils concourent (si tant est que l'on puisse aussi clairement opposer but et motif (38). Ainsi, la loi du 7 juin 1977 réprimant les pratiques discriminatoires dans le domaine commercial prévoit que ces pratiques ne sont pas punissables lorsqu'elles sont « conformes à des directives du gouvernement prises dans le cadre de sa politique économique ou commerciale ou en application de ses engagements internationaux » (39). Il s'agit bien là d'une immunité accordée à un comportement discriminatoire, l'ordre du gouvernement équivalent ici au « motif légitime », et l'ensemble se justifiant au regard de ce but « légitime » qu'est le développement du commerce extérieur de la France. De même, les dispositions du Code du travail visant à protéger spécialement certaines catégories de travailleurs, notamment les femmes, ou encore édictant des priorités d'emploi en faveur des jeunes ou des handicapés, font perdre leur caractère discriminatoire à des pratiques qui consistent pourtant typiquement en exclusions ou octroi de privilèges. Les risques que comportent certains emplois pour la santé des femmes, les difficultés spécifiques que rencontrent les jeunes ou les handicapés pour trouver un emploi — tel est le motif légitime des différences de traitement autorisées par la loi, indissociable là encore de la légitimité de l'objectif poursuivi : la protection de la santé des travailleurs, le reclassement des handicapés, la lutte contre le chômage des jeunes. La prise en considération du but légitime est plus explicite encore dans le droit de la concurrence où les textes prévoient que les pratiques anti-concurrentielles échappent à l'interdiction posée par la loi si leurs auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles sont indispensables pour atteindre cet objectif (40).

B — LA LIBERTÉ CONTRE L'ÉGALITÉ : LA DISCRIMINATION INTROUVABLE

La légitimité du motif ou du but efface ponctuellement la discrimination, mais elle n'en évacue pas le con-

cept, qu'elle permet au contraire de mieux cerner. Il est en revanche des hypothèses où la notion de discrimination se révèle inopérante pour appréhender un comportement qui apparaît bien pourtant comme discriminatoire pour le sens commun.

Pour qu'il y ait discrimination illicite, il faut qu'il y ait violation soit d'une règle particulière, soit d'un principe général imposant de respecter l'égalité de traitement. Or si le principe d'égalité s'impose aux autorités publiques, force est de constater qu'il ne s'impose pas aux particuliers (41), et que le droit positif n'interdit pas aux personnes privées de traiter avec autrui sur une base discriminatoire, aussi longtemps qu'elles ne violent aucune prohibition précise résultant des textes. Tout ce qui n'est pas interdit est permis : la liberté du propriétaire, la liberté du vendeur, la liberté de l'employeur — autant d'expressions du principe civiliste de la liberté contractuelle — vont donc prévaloir, évacuant toute idée de discrimination.

Paradoxalement, c'est la liberté du vendeur qui est la plus strictement encadrée, en raison de l'existence d'un droit de la concurrence qui lui impose d'observer un comportement non discriminatoire et de respecter l'égalité entre ses fournisseurs comme entre ses clients. Mais le propriétaire d'un bien peut le louer à qui bon lui semble, dès lors qu'il n'exclut personne en raison de sa race, de sa religion ou de son sexe : rien n'interdit au bailleur de préférer louer son appartement à un fonctionnaire célibataire qu'à une famille nombreuse avec un seul salaire, a fortiori à un chômeur. Mais c'est dans l'entreprise que la liberté de l'employeur peut aboutir aux conséquences les plus choquantes. Au nom du pouvoir de direction qui lui est reconnu, il est en mesure de mener comme il l'entend sa politique de recrutement et de gestion du personnel, aussi longtemps, là encore, qu'il ne se fonde pas sur des critères explicitement prohibés par la loi. Au niveau de l'embauche, le chef d'entreprise a toute liberté pour choisir le candidat qui lui paraît le mieux convenir au profil de l'emploi à pourvoir, en fonction de critères dont il n'a pas à rendre compte (ce qui rend précisément si difficile la preuve du comportement discriminatoire). La même liberté prévaut pour la fixation des rémunérations, dès lors que sont respectés les minima fixés par la loi ou les conventions collectives. Le salaire individuel est fixé par l'employeur, qui décide également des augmentations. Le principe « à travail égal, salaire égal » lui interdit de payer moins les femmes que les hommes, les étrangers que les natio-

(36) Cass. 20 novembre 1986, *Dr. soc.* 1987, p. 375, avec un commentaire de Jean SAVATIER, qui note que la prohibition édictée par la loi du 4 août 1982 n'a finalement rien changé, en ce qui concerne les entreprises de tendance, à la jurisprudence antérieure, et qui montre qu'il est inévitable de laisser un pouvoir d'appréciation au juge malgré la nouvelle rédaction de l'article 416-3° du Code pénal.

(37) L'existence d'emplois discrétionnaires dans la fonction publique, pourvus sur critères politiques, prévue et réglementée par les textes, nous paraît moins choquante que le fait d'admettre que l'administration ait pu se fonder sur l'activité syndicale d'un agent pour refuser de l'affecter dans le service de son choix, au motif qu'en cas de grève sa présence aurait risqué de nuire à la bonne marche de ce service (C.E. 23 décembre 1964, *Lefrère*, *AJDA* 1965, p. 404).

(38) La distinction entre motif et but est censée être claire, à la fois pour les juristes et pour le sens commun. Il serait pourtant aisé de démontrer qu'il s'agit là d'une vision optimiste des choses et que dans la pratique, dans la façon dont sont prises les décisions, but et motifs se télescopent, le but poursuivi

rétroagissant sur les « motifs », théoriquement antécédents. C'est ce dont témoigne l'ambiguïté de la question « pourquoi ? » (pourquoi), qui accepte deux réponses : parce que/pour, ou encore le terme « exposé des motifs » qui n'est rien d'autre que l'exposé des objectifs que se propose une législation nouvelle.

(39) Les entreprises françaises ont pu, en conséquence, jusqu'en 1981 où le gouvernement socialiste a décidé de renoncer pour l'essentiel à la faculté que lui reconnaissait la loi, signer avec des pays du Moyen-Orient des contrats comportant des clauses ouvertement discriminatoires à l'égard des firmes dirigées par des Israéliens, mais aussi par des citoyens français d'origine juive... Voir C. GOYARD, « La réglementation des boycottages illicites devant le Conseil d'État », *AJDA* 1981, p. 227).

(40) Article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence.

(41) Quant aux personnes privées gestionnaires d'un service public, elles sont certainement tenues de respecter le principe d'égalité vis-à-vis des usagers, mais elles n'ont aucune obligation particulière vis-à-vis de leurs fournisseurs ou de leur personnel.

naux ; il ne lui interdit pas de différencier les rémunérations en fonction des mérites et des performances de chacun, ou d'accorder des primes — de rendement, d'assiduité... — dont la jurisprudence reconnaît la licéité si elles n'ont pas pour but de sanctionner des faits de grève. La tendance actuelle à l'individualisation des rémunérations renforce les disparités de salaires entre les travailleurs occupant des emplois analogues. Le risque d'arbitraire est évident, dans la mesure où les mérites sont rarement susceptibles d'être mesurés de façon objective. Mais au regard du droit positif, ces disparités ne constituent pas des discriminations illicites (42).

Le contraste avec le monde de l'administration paraît frappant ; il résulte de ce que l'administration est tenue, au contraire des particuliers, de traiter tout le monde sur un pied d'égalité : toutes les entreprises ont un droit égal à contracter avec l'administration ; tous les administrés ont un droit égal à utiliser les dépendances du domaine public et à bénéficier dans les mêmes conditions des prestations des services publics ; tous les citoyens ont un droit égal à accéder aux emplois publics. Dans la fonction publique, en particulier, la réglementation tatillonne des concours vise à assurer une stricte égalité entre tous les candidats et la parfaite objectivité des critères de recrutement, tandis que le système indiciaire donne une base objective à la fixation des rémunérations et exclut toute individualisation qui serait incompatible avec le caractère impersonnel du traitement, déterminé uniquement par référence au grade et à l'échelon du fonctionnaire.

Et pourtant, on s'aperçoit que l'égalité devant la loi n'est pas toujours aussi strictement assurée qu'elle paraît. Les règles sur l'adjudication sont draconiennes, mais aujourd'hui plus de la moitié des marchés de l'État sont passés de gré à gré ; les concours d'accès à la fonction publique sont strictement réglementés, mais l'administration recrute parallèlement des contractuels sans aucun contrôle ; la grille indiciaire est rigide, mais l'existence de primes très inégalement réparties selon les services et les corps et distribuées discrétionnairement remettent en cause l'égalité des rémunérations. Le principe d'égalité est ainsi battu en brèche par le pouvoir discrétionnaire de l'administration (43). Le pouvoir discrétionnaire, c'est le pouvoir de *libre* appréciation dont dispose l'administration pour appliquer la loi et choisir la solution qui lui paraît la plus opportune pour atteindre l'objectif fixé par la loi. Et là encore, la liberté mine l'égalité. La reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire à l'administration empêche en effet le principe d'égalité de produire tous ses effets, puisque l'administration est alors habilitée, et même invitée, à statuer au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce (44). Aussi longtemps qu'elle ne commet pas de détournement de pouvoir caractérisé, c'est-à-dire aussi longtemps qu'elle n'agit pas exclusivement en vue de favoriser certains intérêts

particuliers et en perdant de vue l'intérêt général, l'administration est libre d'accorder à l'un ce qu'elle refuse à l'autre : un permis de construire, une exonération ou un avantage fiscal, une dérogation... L'urbanisme, la fiscalité, l'interventionnisme économique sont quelques-uns des domaines par excellence où l'égalité de traitement se dissout littéralement dans le pouvoir d'appréciation laissé à l'administration.

L'attitude du juge administratif, loin de contribuer à rétablir l'égalité menacée, conforte au contraire la liberté de l'administration. Attaché avant tout à la règle de l'examen individuel du dossier, gage de la qualité des décisions, le juge admet que l'administration se détermine uniquement en fonction du cas d'espèce ; et le fait qu'un traitement plus favorable ait été antérieurement accordé à un administré qui se trouvait dans une situation analogue ne constitue nullement à ses yeux un motif d'annulation. L'administration n'est pas liée par ses précédents, et cela aboutit en pratique à l'autoriser à traiter différemment des administrés pourtant placés dans des situations semblables. L'inégale distribution des « faveurs » (si l'on appelle faveur tout ce dont l'octroi ne constitue pas strictement un droit) n'est pas assimilée à une discrimination illicite.

La liberté dont dispose l'administration pour prendre ses décisions est sans doute moindre que celle dont jouissent les particuliers. Mais là où elle existe, elle exerce le même effet dissolvant sur le principe d'égalité : la discrimination ressurgit, mais elle demeure juridiquement introuvable.

S'il existe bien un concept de discrimination dont on peut faire apparaître une structure invariante, le mot discrimination n'en renvoie pas moins à deux réalités distinctes.

La discrimination, au sens fort, c'est l'exclusion : l'exclusion de certaines personnes en tant qu'elles appartiennent à un groupe défini par des caractéristiques intrinsèques, « naturelles », sur lesquelles les intéressés n'ont pas prise, telles que la race ou le sexe. Cette forme de discrimination, la plus grave parce que contredisant les préalables éthiques auxquelles adhèrent nos sociétés démocratiques, est aujourd'hui mise hors la loi dans la plupart des pays, qui s'efforcent de la bannir des pratiques sociales.

Mais, dans un sens plus faible, on appelle aussi discrimination toute entorse au principe d'égalité. Et force est de constater que cette forme de discrimination est beaucoup moins efficacement combattue. Les différences de traitement auxquelles elle aboutit sont parfois choquantes. Mais le prix à payer pour éradiquer totalement ces formes mineures de discrimination — en termes de surcroît de réglementation et de contrôle, donc de limitation de la liberté — serait sans doute exorbitant.

(42) Telle est la position constante de la Cour de cassation, qui estime que « l'employeur est libre, dans l'exercice de son pouvoir de direction de l'entreprise, et sauf discrimination injustifiée, de décider pour chaque salarié des augmentations de rémunération qui ne lui sont pas imposées par les contrats individuels ou collectifs ou par la loi ». Voir par exemple Cass. soc. 9 juillet 1985 (*Jurispr. soc. UJMM* n° 471, p. 89). Cette position a été confirmée dans une espèce où un seul salarié avait été exclu d'une augmentation générale (Cass. soc. 10 avril 1986, *Juri-social* 1986 F 45). C'est uniquement dans l'hypothèse où l'employeur aurait par avance fixé des critères (tels que l'ancienneté), et aurait ainsi en quelque sorte limité unilatéralement l'exercice de son pouvoir discrétionnaire — et n'aurait pas res-

pecté ces critères par la suite — que la Cour de cassation y voit une discrimination injustifiée (Cas. soc. 31 janvier 1983, *Juri-social* 1983 F 36).

(43) Il conviendrait également de faire une place au pouvoir discrétionnaire du juge, qui se manifeste dans le principe de l'opportunité des poursuites, ainsi que dans l'individualisation des peines et de leur exécution.

(44) Voir sur ce point la démonstration d'Alain WERNER, à qui nous empruntons beaucoup : « Le précédent administratif, source de légalité. Vers une reconnaissance du principe d'égalité », et la bibliographie qu'il cite (*AJDA* 1987, p. 435).