

UNIVERSITE DE LIMOGES

ECOLE DOCTORALE Sciences de l'Homme et de la Société

FACULTE de Droit et des Sciences Economiques

## **THESE**

pour l'obtention du grade de

**DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES**

**Discipline : Droit privé**

*Présentée et soutenue publiquement le 16 novembre 2006*

*par*

**Delphine THARAUD**

<p><b>CONTRIBUTION A UNE THEORIE GENERALE DES DISCRIMINATIONS POSITIVES</b></p>
---

**Directeur de recherche** : Monsieur Jean-Pierre MARGUÉNAUD, professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges

*Rapporteurs*

Mademoiselle Pascale DEUMIER, Professeur à l'Université Jean Monnet - Saint-Etienne

Madame Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, Professeur à l'Université de Toulouse I

*Assesseurs*

Monsieur Jean-Claude GAUTRON, Professeur émérite de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

Monsieur Jean MOULY, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges



A mes parents

A Arnaud

A tous ceux qui m'ont quittée avant et pendant  
ma thèse et à qui je dois beaucoup



# **REMERCIEMENTS**

Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde gratitude envers M. Marguénaud qui a accepté de suivre cette thèse et l'a fait de manière constante, avec une disponibilité totale. Son extrême patience devant mes difficultés à trouver "le mot juste" et ses précieux conseils auront permis l'achèvement de ce travail dont, j'espère, il n'aura pas à rougir.

J'adresse de vifs remerciements aux membres du jury qui ont accepté de lire les lignes qui vont suivre et de venir en discuter au cœur des terres limousines.

Tous mes remerciements à Arnaud qui a été d'un réconfort permanent, d'une attention et d'une compréhension sans faille. Que dire de plus... J'espère avoir été à sa hauteur lorsqu'il a subi la même épreuve.

J'aimerais aussi remercier mes parents pour leur soutien logistique, matériel et moral apporté pendant ces cinq années, et bien avant... Comme à l'ordinaire, leur soutien a été inconditionnel, malgré des doutes initiaux sur mes possibilités de faire des longues études... J'espère ne pas les avoir déçus.

Je voudrais aussi citer tout le reste de ma famille, ce qui inclut tous les amis. Venus d'horizons divers, sans toujours comprendre ce que je faisais, ils n'en n'ont pas moins été présents et d'une aide précieuse.

Je ne veux pas oublier tous mes camarades de la Faculté de Droit de Limoges. Au-delà d'une simple solidarité, c'est une véritable fraternité qui s'est instaurée. L'ambiance qui règne parmi nous, et dans la Faculté en général, permet de travailler dans les meilleures conditions possibles. J'espère pouvoir donner à toutes ces personnes tout ce qu'elles m'ont apporté.

Pour terminer, je voudrais remercier la SNCF qui, pendant plus d'un an, à force de retards répétés frisant parfois l'indécence, a fait du train mon second bureau, et qui m'a permis d'écrire jusqu'à ces lignes.



# LISTE DES ABREVIATIONS

<b>AFDI :</b>	Annuaire français de droit international
<b>AJJC :</b>	Annuaire international de justice constitutionnelle
<b>AJDA :</b>	Actualité juridique droit administratif
<b>AFEM :</b>	Association des femmes de l'Europe méridionale
<b>APD :</b>	Archives de philosophie du droit
<b>Cass :</b>	Cour de cassation
<b>Cass. Civ. :</b>	Chambre civile de la Cour de cassation
<b>Cass. Crim. :</b>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<b>Cass. Soc. :</b>	Chambre sociale de la Cour de cassation
<b>CC :</b>	Conseil constitutionnel
<b>CE :</b>	Conseil d'Etat
<b>C.E. :</b>	Communauté européenne
<b>CDE :</b>	Cahiers de droit européen
<b>CEDH :</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>CEE :</b>	Communauté économique européenne
<b>CFP :</b>	Cahiers de la fonction publique
<b>CIJ :</b>	Cour internationale de justice
<b>CJCE :</b>	Cour de justice des Communautés européennes
<b>Coll. :</b>	Collection
<b>ComEDH :</b>	Commission européenne des droits de l'homme
<b>CS :</b>	Cour suprême
<b>D :</b>	Recueil Dalloz
<b>DDHC :</b>	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
<b>Def. :</b>	Defrénois
<b>Doct :</b>	Doctrine
<b>DS :</b>	Droit social
<b>GP :</b>	Gazette du palais
<b>HALDE :</b>	Haute autorité de lutte contre les discriminations et out l'égalité
<b><i>Ibid.</i> :</b>	Ibidem
<b><i>Id.</i> :</b>	Idem
<b>In :</b>	Dans
<b>Infra :</b>	Ci-dessous
<b>IR :</b>	Infirmité rapide
<b>JCP :</b>	La semaine juridique
<b>JCP. G. :</b>	La semaine juridique édition générale
<b>JCP. S. :</b>	La semaine juridique édition sociale
<b>JDI :</b>	Journal de droit international (Clunet)
<b>JO :</b>	Journal officiel
<b>JTDE :</b>	Journal des tribunaux. Droit européen
<b>LGDJ :</b>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<b><i>Loc. cit.</i> :</b>	Loc citato, article précité

<b>OIT :</b>	Organisation internationale du travail
<b><i>Op. cit.</i> :</b>	Opere citato, ouvrage précité
<b>PA :</b>	Petites affiches
<b>PUAM :</b>	Presses universitaires d'Aix – Marseille
<b>PULIM :</b>	Presses universitaires de Limoges
<b>PUF :</b>	Presses universitaires de France
<b>RDP :</b>	Revue de droit public
<b>Rec. :</b>	Recueil
<b>Req. :</b>	Requête
<b>RFAS :</b>	Revue française des affaires sociales
<b>RFDA :</b>	Revue française de droit administratif
<b>RFSP :</b>	Revue française de science politique
<b>RGDIP :</b>	Revue générale de droit international public
<b>RIDC :</b>	Revue internationale de droit comparé
<b>RIEJ :</b>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<b>RRJ :</b>	Revue de la recherche juridique
<b>RSC :</b>	Revue de science criminelle
<b>RTDCiv :</b>	Revue trimestrielle de droit civil
<b>RTDConst :</b>	Revue trimestrielle de droit constitutionnel
<b>RTDE :</b>	Revue trimestrielle de droit européen
<b>RTDH :</b>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<b>RUDH :</b>	Revue universelle des droits de l'homme
<b>Somm. :</b>	Sommaire
<b>Supra :</b>	Ci-dessus



# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b> .....	1
<b>PREMIERE PARTIE. DE L'IDENTIFICATION DES DISCRIMINATIONS POSITIVES</b> .....	15
<b>Titre Préliminaire. Le filtre de la comparabilité</b> .....	19
<b>Chapitre I. L'exclusion des situations n'ayant aucune base commune</b> .....	21
Section I. L'absence de critère général de comparabilité.....	21
Section II. L'ébauche d'une technique de comparabilité.....	30
<i>Conclusion du Chapitre I</i> .....	41
<b>Chapitre II. La comparaison des situations ayant une base commune</b> .....	43
Section I. Une prise en compte des éléments factuels des situations.....	44
Section II. Une technique de comparaison spécifique.....	48
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	52
<i>Conclusion du Titre Préliminaire</i> .....	53
<b>Titre Premier. Les situations comparées et équivalentes exclues du champ des discriminations positives</b> .....	55
<b>Chapitre I. Le traitement identique des situations équivalentes</b> .....	57
Section I. L'absence de comparaison strictement formelle.....	58
Section II. L'absence d'identité absolue des situations comparées.....	82
<i>Conclusion du Chapitre I</i> .....	95
<b>Chapitre II. Le traitement différent de situations équivalentes</b> .....	97
Section I. Les discriminations négatives.....	98
Section II. La justification par la recherche de l'intérêt général.....	106
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	133
<i>Conclusion du Titre Premier</i> .....	134
<b>Titre Second. Les situations différentes dues à un préjugé retenues dans le champ des discriminations positives</b> .....	135
<b>Chapitre I. Le préjugé, critère de la différence de situation</b> .....	139
Section I. L'exigence d'un préjugé.....	140
Section II. La création d'une différence de situation spécifique.....	190
<i>Conclusion du Chapitre I</i> .....	226
<b>Chapitre II. Le préjugé, facteur de privatisation des discriminations positives</b> .....	227
Section I. Une relation interindividuelle classique.....	228
Section II. Une relation interindividuelle indirecte.....	256
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	278
<i>Conclusion du Titre Second</i> .....	280
<i>Conclusion de la Première Partie</i> .....	286

<b>SECONDE PARTIE. DES FONDEMENTS DES DISCRIMINATIONS POSITIVES</b> .....	283
<b>Titre Premier. Les discriminations positives imposées par la consécration de l'égalité matérielle</b> .....	287
<b>Chapitre I. Les discriminations positives réalisatrices d'un objectif concret</b> .....	289
Section I. L'égalité concrète devenue un objectif .....	290
Section II. L'égalité concrète soutenue par le Droit .....	333
<i>Conclusion du chapitre I</i> .....	353
<b>Chapitre II. Les discriminations positives réalisatrices d'une égalité matérielle proportionnée</b> .....	355
Section I. Une proportionnalité complète .....	356
Sous-section I. Une proportionnalité quantitative .....	357
Sous-section II. Une proportionnalité qualitative .....	388
Section II. La déduction incorrecte du critère temporaire des discriminations positives .....	395
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	425
<i>Conclusion du Titre Premier</i> .....	426
<b>Titre Second. Les discriminations positives autorisées par la fraternité</b> .....	429
<b>Chapitre I. Une fraternité interindividuelle au cœur des discriminations positives</b> .....	431
Section I. Le discriminé, élément central de la réaction .....	432
Section II. Les relations interindividuelles, centre des discriminations positives .....	456
<i>Conclusion du chapitre I</i> .....	483
<b>Chapitre II. Une fraternité apaisante</b> .....	485
Section I. La fin d'un contresens sur l'universalisme .....	486
Section II. La fin d'un contresens sur la mise en valeur de la différence .....	502
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	523
<i>Conclusion du Titre Second</i> .....	524
<i>Conclusion de la Seconde Partie</i> .....	525
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	527

# INTRODUCTION

1 - « *Un enjeu politique du XXI<sup>ème</sup> siècle sera le choix entre deux directions possibles : ou bien une politique de destruction des identités culturelles minoritaires par l'extermination, l'exclusion ou l'assimilation - ou bien l'institution de sociétés multiculturelles dans lesquelles des relations de dialogue produiront des processus de métissage culturel*<sup>1</sup> ». La définition de l'égalité et de ses caractéristiques est au centre de cet enjeu. Ce nouveau rôle d'arbitre endossé par l'égalité va engager de nouvelles discussions, déjà très présentes car, une fois de plus, « *notre position sur l'égalité définit notre rapport à la société et à l'Etat*<sup>2</sup> ». L'égalité, « *sentiment passionné*<sup>3</sup> », constructeur de notre identité personnelle<sup>4</sup> autant que d'être humain<sup>5</sup>, entretient une relation très intime avec chacun de nous. En effet, « *chacun aspire à l'égalité, mais chacun donne un contenu différent à cette aspiration*<sup>6</sup> ». C'est une valeur relationnelle qui implique le rapport à l'autre<sup>7</sup>. Elle concerne alors aussi bien notre propre identité que celle de la personne avec laquelle nous sommes en rapport<sup>8</sup>. L'égalité est avant tout un rapport, un effet de miroir entre nous et l'Autre. Pour cette raison, ce fut et reste encore le principe républicain qui génère le plus de débats, empreints parfois d'une certaine

---

<sup>1</sup> J-W. Lapierre, *Qu'est-ce qu'être citoyen ?*, PUF, Coll. La politique éclatée, 2001, p. 160. Pour l'affirmation d'une idée similaire : N. Rouland, *Chronique d'anthropologie juridique : le temps des minorités*, Droit et cultures, n° 25, 1993, p. 91.

<sup>2</sup> L. Sfez, *L'égalité*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1989, p. 19.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 7. Sur la même idée : J. Costa-Lascoux, *Les échecs de l'intégration, un accroc au contrat social*, Pouvoirs, 09.2004, p. 19.

<sup>4</sup> L. Sfez, *Op. cit.*, p. 7.

<sup>5</sup> A. Levade, *Discrimination positive et principe d'égalité en droit français*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 55 ; L. Sfez, *L'égalité*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1989, p. 20 ; P. Bouretz, *Sur la philosophie politique de l'égalité*, Conseil d'Etat Rapport public 1996 sur l'égalité, La documentation française, 1997, p. 477.

<sup>6</sup> P. Rosanvallon, J-P. Fitoussi, *Le nouvel âge des inégalités*, Seuil, 1996, p. 97.

<sup>7</sup> E. Dockès, *Valeurs de la démocratie. Huit valeurs fondamentales*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2005, p. 1 ; G. Debeyre, *Rapport général*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 325.

<sup>8</sup> L. Sfez, *Op. cit.*, p. 123 : « *L'égalité ? Un autre mot pour dire l'identité, la mienne et la vôtre, pour dire tu et je, moi et toi* ».

violence<sup>9</sup>. Cependant, ce n'est pas la seule dimension de l'égalité, car au-delà d'un « *désir individuel d'être* », c'est aussi « *une conception politique de la justice sociale* »<sup>10</sup>.

2 - Pour la construction et l'évolution de la société, l'égalité demeure un « *concept phare* »<sup>11</sup> de la démocratie<sup>12</sup> et de l'Etat de droit<sup>13</sup>, une des notions qui a permis la construction des sociétés modernes<sup>14</sup>. Modernité que les auteurs s'accordent à voir apparaître avec la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dont l'article 1<sup>er</sup> dispose que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* »<sup>15</sup>. Si l'égalité est rappelée, voire martelée depuis avec force<sup>16</sup>, sa définition et son cadre posent encore de nombreuses difficultés. Aussi absolue que puisse paraître son inscription dans le droit et dans la société, l'égalité ne semble pas se suffire à elle-même. Elle est le plus souvent accompagnée de qualificatifs, parfois contradictoires<sup>17</sup> : l'égalité formelle est ainsi opposée à l'égalité réelle<sup>18</sup>, l'égalité abstraite ou juridique à l'égalité concrète ou matérielle<sup>19</sup>, l'égalité de droit à l'égalité de fait<sup>20</sup>, l'égalité générale se confronte à l'égalité catégorielle<sup>21</sup>, l'égalité des chances est

---

<sup>9</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 1.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> P. Bouretz, *Sur la philosophie politique de l'égalité*, Conseil d'Etat Rapport public 1996 sur l'égalité, La documentation française, 1997, p. 477.

<sup>12</sup> G. Koubi, *Le droit à l'indifférence, fondement du droit à la différence*, in « Le droit à la différence », Dir. Norbert Rouland, PUAM, 2002, p. 263 ; M. Demonque, Y. Eichenberger, *La participation*, Editions France empire, paru en S.D, p. 26 ; E. Dockès, *Valeurs de la démocratie. Huit valeurs fondamentales*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2005, p. 1.

<sup>13</sup> G. Koubi, *Loc. cit.*, p. 263.

<sup>14</sup> O. Beaud, *Affirmative action aux Etats-Unis : une discrimination à rebours ?*, RIDC, n°3, 1984, p. 503 ; P. Bouretz, *Loc. cit.*, p. 477 ; A. Renaut, L. Sosoe, *Op. Cit.*, p. 185 ; O. Jouanjan, *Egalité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Dir. D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 585.

<sup>15</sup> L. Sfez, *Op. cit.* ; G. Pellissier, *Op. Cit.* ; A. Renaut, L. Sosoe, *Op. cit.*, p. 185.

<sup>16</sup> Préambule de la Constitution de 1946 « *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 à ceux de l'homme* » ; l'article 2 de la Constitution de 1958 : « *La devise de la République est liberté, égalité, fraternité* ». L'égalité est une « *idée-force de notre vie juridique et politique* » : R. Pelloux, *Les nouveaux discours sur l'inégalité*, RDP, 1982, p. 909.

<sup>17</sup> M. Borgetto, *Solidarité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Dir. D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 1427.

<sup>18</sup> « De l'égalité formelle à l'égalité réelle. La question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001.

<sup>19</sup> Sur cette opposition : V. Larribau-Terneyre, *La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste*, in « Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle », Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 83. Sur la prédominance absolue que doit avoir l'égalité abstraite : H. Taine, *Les origines de la France contemporaine. La Révolution*, Tome 1, « L'anarchie », Librairie Hachette et Cie, Paris, 1885, p. 242 ; J. Rivero, *Les notions d'égalité et de discriminations en droit public français*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 343 ; P. Jestaz, *Le principe d'égalité des personnes en droit privé*, in « Autour du droit civil : Ecrits dispersés, Idées convergentes », Sirey, 2005, p. 550.

<sup>20</sup> A-G. Slama, *L'égalité des droit*, in « République et particularisme », Dossier réalisé par J. Costa-Lascoux, Problèmes politiques et sociaux, n° 909, 02.2005, p. 28.

mise en concurrence avec l'égalité de résultat<sup>22</sup>. Ce terme, lui aussi, apparaît de moins en moins seul et constitue encore aujourd'hui une notion « à contenu variable<sup>23</sup> », voire « incommode<sup>24</sup> » à traiter. Ces expressions ayant trait à l'égalité sont relayées par la terminologie employée en matière de lutte contre les discriminations. La discrimination devient ainsi directe ou indirecte<sup>25</sup>, négative ou positive. Malgré toutes les discussions suscitées par ces expressions, c'est sans doute celle de discrimination positive qui nourrit les discours les plus vifs. Il ne faut pas s'y tromper, ces nouvelles expressions, et en particulier celle de "discriminations positives", sont l'illustration de l'idée selon laquelle l'égalité et la discrimination sont plus que de simples notions juridiques, ce sont aussi « des notions sociologiques liées à un certain état de la morale et des mœurs<sup>26</sup> ». La discrimination positive est avant tout une remise en cause, aussi bien juridique que sociologique, c'est sans doute pour cette raison qu'elle fait face à une méfiance caractérisée.

**3** - Cette notion occupe depuis quelques années une place de plus en plus centrale dans l'ensemble du débat égalitaire<sup>27</sup>, tant au sein de la doctrine que devant les juridictions<sup>28</sup>. La France a longtemps laissé de côté son invocation et s'est souvent contentée d'un travail de réflexion autour d'un droit étranger, notamment le droit américain qui pratique les *affirmative actions* depuis les années 1960<sup>29</sup>. Elle se trouve néanmoins confrontée aujourd'hui à un effet

---

<sup>21</sup> Pour un exemple d'utilisation du terme d'égalité catégorielle : F. Monera, *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 117, 2004.

<sup>22</sup> « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », sous la direction de G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000.

<sup>23</sup> L. Ingber, *De l'égalité à la dignité en droit : de la forme au contenu*, in « Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe », Bruylant, 2000, p. 905. Sur les notions à contenu variable : C. Perelman, *Les notions à contenu variable*, Bruylant, 1984.

<sup>24</sup> G. Antoine, *Liberté égalité fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, 1981, p. 63.

<sup>25</sup> M-T. Lanquetin, *De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins*, in « Le droit collectif du travail », Etudes en l'hommage de Mme le Professeur Hélène Sinay, Ed. Peter Lang, 1994, p. 415 ; P. Garrone, *La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale*, RTDE, 1994, p. 425.

<sup>26</sup> R. Houin, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit commercial. Rapport général*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 234.

<sup>27</sup> H. Pauliat, *La discrimination dans la vie publique*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 835 : Les discriminations positives constituent « un thème particulièrement important dans la vie publique actuelle ».

<sup>28</sup> Pour des exemples récents devant les juridictions françaises de demandes formulées sous la qualification discrimination positive : Cass. Soc., 12.02.2005, 02-43792, Bull. 1998, V, n° 51, p. 44 ; CE, 20.02.2006, 290099, M. A. et autres.

<sup>29</sup> Pour une étude d'ensemble : G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, LGDJ, 1998 ; D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Economica, Coll. Etudes politiques, 2003, p. 382. Il est à noter cependant que d'autres pays, notamment le Royaume-Uni, l'Inde, et plus récemment l'Espagne et l'Afrique du sud connaissent de telles mesures, parfois antérieures aux politiques américaines. Sur ce point : B. Perreau, *L'intervention républicaine. Elément d'une herméneutique minoritaire*, Pouvoirs, 09.2004, p. 41 ; C.

de tendance ou de mode rendant le débat omniprésent, mais sans explication réelle sur ce que sont effectivement les discriminations positives. A l'heure actuelle, aucune définition explicite ne leur est donnée<sup>30</sup>. D'ailleurs, « *la notion de discrimination positive constitue un des meilleurs exemples de ces expressions qui, bien qu'utilisées couramment, n'ont jamais fait l'objet d'un effort sérieux de définition* <sup>31</sup> ». Trois courants principaux peuvent cependant être mis en avant<sup>32</sup> :

- La première définition assimile quota et discrimination positive. Ainsi, toute discrimination positive est une mesure instaurant un quota. A l'inverse, toute mesure prise en faveur d'un groupe défavorisé n'est pas une discrimination positive à partir du moment où elle n'instaure pas de quota. La discrimination n'est alors qu'une technique particulière de rattrapage.

- La deuxième définition, plus large, mais aussi sans doute plus évasive, souligne « *simplement le caractère énergique et volontariste* <sup>33</sup> » de la mise en œuvre de ces mesures. Les différents courants qui animent cette thèse faisant alors référence au caractère "positif" de la mesure, c'est-à-dire au fait que le législateur est actif dans le but de recréer une situation égalitaire. Cette caractéristique est liée à un objectif politique particulier qui est celui de l'intégration de certains groupes défavorisés.

- Enfin, le troisième mouvement, encore plus large que le précédent, estime que « *l'expression s'applique en fait à n'importe quelle règle d'application sélective, voire simplement différenciée* <sup>34</sup> ».

**4** - Les discriminations positives apparaissent comme un véritable serpent de mer juridique tentant de louvoyer entre les différentes conceptions égalitaires. Une boussole est dès lors indispensable afin de se frayer un chemin parmi toutes ces acceptions. Un point commun entre ces trois voies exposées précédemment apparaît assez nettement : celui de s'attacher à la forme de l'action. Soit l'action doit se concrétiser uniquement par un quota, soit

---

Chambraud, *L'Espagne va obliger les entreprises à mettre en œuvre la parité entre hommes et femmes*, Le Monde, 05.03.2006 ; H. de Bresson, *Discrimination positive : l'Espagne en pointe*, Le Monde, 18.03.2006.

<sup>30</sup> D. Sabbagh, *Sur la discrimination positive, il y a convergence entre les Etats-Unis et la France*, Entretien, Le Monde, 27.02.2006, p. 15.

<sup>31</sup> F. Mélin-Soucramanien, *Les adaptations du principe d'égalité à la diversité du territoire*, RFDA, 1997, p. 911. Un constat identique a été fait concernant plus spécifiquement le droit communautaire au lendemain de l'arrêt Kalanke (CJCE, 17.10.1995, Kalanke c/ Frei Hansestadt Bremen, C-450/93, rec. p. I-3051) : L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

<sup>32</sup> G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, pp. 3 et 4.

<sup>33</sup> G. Calvès, *Ibid.*, p. 3.

<sup>34</sup> G. Calvès, *Ibid.*, pp. 3 et 4.

l'action se matérialise par un but politique, enfin l'action est simplement une quelconque différence de traitement. Le plus petit dénominateur commun à ces trois propositions reste la différenciation juridique dans le traitement des situations. Or, cela représente d'ores et déjà une difficulté notable, spécifique au droit français. Très attaché aux enseignements révolutionnaires, il ne conçoit véritablement l'égalité que dans une règle de droit générale et universelle<sup>35</sup>. Cette difficulté intrinsèque à la création du droit est renforcée par un embarras d'ordre sémantique qui dépasse le simple cadre de la compréhension juridique. En effet, le terme de discrimination est actuellement porteur d'une connotation négative<sup>36</sup>, voire péjorative<sup>37</sup>. Dans le sens commun, accepter l'idée qu'une discrimination puisse être positive est en soi une contradiction qui paraît insurmontable. Le choix de cette expression n'est donc pas neutre. Qu'elle ait été choisie pour « *le choc des contraires* »<sup>38</sup> ou qu'elle relève d'un *a priori* quant à la nécessité de ces mesures<sup>39</sup>, cette traduction des *affirmative actions* comporte un aspect péjoratif indéniable<sup>40</sup>. Cela amène souvent à penser à leur inefficacité pour parvenir à l'égalité, tout en leur offrant de plus « *une image définitivement repoussante* »<sup>41</sup>. C'est à ce stade qu'apparaît véritablement le paradoxe français. Il semble que le droit en soit resté au sens premier de la discrimination, c'est-à-dire que la distinction est en soi une discrimination. En effet, l'égalité à la française rime avec généralité de la règle de droit. En droit, la différenciation n'est pas négative pour les personnes qui la subissent, mais pour la règle de droit elle-même. La règle, pour être égalitaire, doit être générale et indéterminée<sup>42</sup>. Toute différenciation entraîne une méfiance quasi absolue et serait même contraire à « *la morale*

---

<sup>35</sup> G. Pellissier, *Op. cit.*, p. 25.

<sup>36</sup> Cela n'était pas le cas auparavant puisque ce mot vient du latin *discriminare* qui signifie distinguer. De même, il a longtemps été employé uniquement dans cadre des sciences, toujours avec le sens de distinguer et en ayant un sens neutre : E. Ehrmann, *Les archives du magistrat*, <http://www.place-publique.fr>, le 23.06.2004. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs rappelé ce sens connoté négativement puisqu'elle a affirmé que distinguer n'est pas automatiquement synonyme de discriminer : CEDH, 23.07.1968, affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique, req. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, Série A 6, affaire dite « linguistique belge ». Sur cet arrêt : J-L. Charrier, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Litec, 2005, p. 211.

<sup>37</sup> O. de Schutter, *Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347.

<sup>38</sup> *Personnes handicapées : analyse comparative et prospective du système de prise en charge*, <http://www.sante.gouv.fr/htm/actu/handicapes/1-5.htm>, 11 décembre 2001.

<sup>39</sup> P. Noblet, « *Affirmative action* » aux Etats-Unis et discrimination positive en France, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle », Dir. Manuel Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 463.

<sup>40</sup> Cela est d'autant plus regrettable qu' « *Une correspondance totale, sans réserve, permanente, entre deux expressions appartenant à deux langues, ne peut être due qu'à un élément artificiel* » : R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Coll. Etudes juridiques comparatives, Economica, 1991, p. 29. Le choix aurait pu sans aucun doute être plus judicieux.

<sup>41</sup> C. Courvoisier, *Préface*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Dir. C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 7.

<sup>42</sup> G. Pellissier, *Op. cit.*, p. 25.

*républicaine*<sup>43</sup>». Le fait de qualifier une discrimination de positive heurte le bon sens général, mais il heurte surtout le juriste car cela induit qu'une différenciation juridique puisse être positive. L'expression est sans doute aussi mal choisie pour un technicien que pour un béotien. L'antinomie des termes mis en liaison est aussi bien explicative<sup>44</sup> que normative<sup>45</sup>. Néanmoins, il s'agit de l'expression la plus usitée en France<sup>46</sup>. Pour des raisons de commodités et de compréhension, ce terme sera donc celui qui sera utilisé par la suite. La difficulté vient du fait que les principaux courants qui s'attachent à l'étude des discriminations positives s'intéressent seulement à la forme de l'action, et non à la nécessité de cette action. La forme de l'action n'explique pas à elle seule les discriminations positives. Elle n'est que leur partie la plus visible. La forme de l'action n'est que le point d'arrivée de la mesure, mais n'explique en aucune manière pourquoi elle est nécessaire. C'est donc à cette question qu'il faut répondre afin de définir réellement les discriminations positives. La solution se situe donc en amont, au stade de la source de la différence constatée. Il faut alors mettre à jour un critère permettant de classer les divers types de situations différentes, critère qui servira de point d'ancrage à la définition des discriminations positives.

5 - Cependant, la confusion générée par l'utilisation de cette expression provoque une nouvelle fois des difficultés. Au-delà de tout débat autour de la réalité des discriminations positives, nous savons qu'elles appartiennent aux mécanismes qui incluent une différenciation juridique dans le rétablissement de l'égalité. L'expression laisserait penser que la discrimination dont il est question est celle provoquée par la mesure. Or, s'il existe bien une discrimination dans un sens classique et négatif, elle est à trouver dans la situation sur laquelle vient s'appliquer cette mesure<sup>47</sup>. Ces *affirmative actions* sont considérées comme positives, bénéfiques, parce qu'elles visent la réalisation d'une égalité dans les faits par l'intermédiaire d'une discrimination juridique. Aux Etats-Unis, par exemple, on désavantage les représentants de la population Blanche afin de compenser le préjudice antérieur subi par la population

---

<sup>43</sup> B. Asso, *Citoyen et citoyenneté*, in « L'hoplite et le nomade », Mélanges en l'honneur du doyen Paul Isoart, Pédone, 1996, p. 31.

<sup>44</sup> Il est difficile de construire une notion effective à partir de ces termes au regard du sens qui leur est traditionnellement attaché. Sur la notion d'antinomie explicative : O. Pfersmann, *Antinomies*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Dir. D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 67.

<sup>45</sup> Dans le sens où les discriminations positives sont censées être des législations s'imposant au sein du principe d'égalité et qu'il paraît difficile de les y intégrer en se fondant simplement sur l'expression employée. Sur la notion d'antinomie normative : O. Pfersmann, *Loc. cit.*

<sup>46</sup> P. Noblet, *Loc. cit.*

<sup>47</sup> D. Noguero, *Discriminations sexuelles et droit européen*, Masson, Coll. Réalités CEE, 1993, p. 180 : La discrimination positive « est issue d'un constat de discrimination. » Voir également : B. Renaud, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425.



Noire. Il s'agit de différences de traitement créées dans le but de rétablir une égalité dans les faits<sup>48</sup>. Les discriminations positives ne sont pas des différenciations juridiques comme les autres. Si le débat qui les entoure est aussi féroce, c'est qu'elles agissent dans un cadre particulier, celui de la discrimination qui vient frapper certaines personnes. L'emploi du terme discrimination positive masque donc leur réelle nature. La discrimination s'attache moins au mécanisme<sup>49</sup> qu'à la situation initiale qui en rend l'utilisation nécessaire. Les juristes se sont le plus souvent concentrés sur les distorsions entre les discriminations positives et le principe d'égalité, sans se référer à la nécessité des discriminations positives face à l'égalité. Elles sont symptomatiques des tiraillements entre l'égalité et le principe d'égalité qui est censé la promouvoir. Elles impliquent le fait que « *le principe d'égalité doit (...) sortir des textes pour être vécu, il doit être adapté à la réalité sociale dans le but de parvenir à une égalité progressive des conditions humaines*<sup>50</sup> ». Elles mettent à mal la « *mythologie* » républicaine française<sup>51</sup> fondée sur une égalité universelle et abstraite<sup>52</sup>. Les discriminations positives naissent d'un constat de manquement à ce type d'égalité. L'égalité n'apparaît plus alors comme un point de départ, mais comme un résultat à atteindre, puisque les faits démontrent que le premier n'induit pas automatiquement le second<sup>53</sup>. Dans ce cadre, le principe d'égalité classique a été pris en défaut et s'est montré déficient<sup>54</sup> pour remplir cet objectif. Les discriminations positives, en s'inscrivant dans un mouvement général de transformation de l'égalité en un but à atteindre, sont aussi bien une remise en cause du principe d'égalité que de l'égalité elle-même. Avant de trancher un quelconque débat autour de ces mesures de « *rattrapage*<sup>55</sup> », il est nécessaire de comprendre pourquoi elles sont invoquées et dans quel cadre elles peuvent apparaître. Ce sont les réponses à ces questions qui donnent une définition aux discriminations positives et qui leur offrent toute leur singularité. Sans ces réponses, sans la détermination précise de la place que les discriminations positives occupent au sein de

---

<sup>48</sup> Voir la définition de F. Mélin-Soucramanien, *Les adaptations du principe d'égalité à la diversité du territoire*, RFDA, 1997, p. 911.

<sup>49</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 238 : Le terme « *ne traduit pas une discrimination, mais constitue une différenciation de traitement justifiée...* ».

<sup>50</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 1.

<sup>51</sup> N. Rouland, *A la recherche du pluralisme juridique : Le cas français*, Droit et Cultures, 1998/2, n° 36, p. 217.

<sup>52</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la DDHC de 1789 expose que les « *hommes naissent* » libres et égaux en droits.

<sup>53</sup> A. Elvinger, *Rapport général*, in « *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international* », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 63.

<sup>54</sup> R. Letteron, *L'action positive en faveur des femmes*, in « *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité* », Dir. T. Lambert, Economica, 1999, p. 65.

<sup>55</sup> A. Le Bras-Chopard, *Egalité, droits : la puissance du référent animal*, in « *Actualité politique et juridique de l'égalité* », Dir. C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 13.

l'égalité, le débat restera stérile. La forme qu'elles prennent n'est que la matérialisation des besoins en égalité, et ce sont ces besoins qui peuvent expliquer les discriminations positives ainsi que leur cadre. On définit généralement la discrimination positive par « *une différenciation juridique de traitement créée de manière temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistant entre elles*<sup>56</sup> ». Cette définition naît d'un constat et non d'une réelle réflexion autour de ce que sont réellement ces discriminations positives. Elle est trop vague pour les définir efficacement. En effet, les inégalités de fait peuvent être multiples et être causées par des sources diverses. C'est ici que doivent être déterminées les limites des discriminations positives.

**6** - Le fait d'utiliser le pluriel n'est pas anodin. Ces mesures apparaissent dans des circonstances diverses et au bénéfice de personnes différentes. Elles auront alors des modalités d'application variées en fonction de ces éléments. Elles apparaissent alors multiples dans leur concrétisation tout en relevant toujours d'une même situation de départ (une discrimination qui affecte profondément une partie de la population) et d'une même technique (une différenciation juridique pour parvenir à une égalité dans les faits). Les discriminations positives, bien qu'issues d'une même orientation, d'une même politique de restauration de l'égalité, sont multiples dans leur application. Le pluriel marque la nécessité d'une adéquation permanente de ces mesures avec les données factuelles au sein desquelles elles s'inscrivent. Loin de souligner la disparité de ces mesures, l'emploi du pluriel inscrit la nature profonde des discriminations positives qui est de réagir face à une situation de fait par l'intermédiaire d'un traitement juridique<sup>57</sup>. Par ailleurs, l'application des discriminations positives montre l'extrême intensité des liens qui unissent l'égalité ainsi créée avec d'autres valeurs et principes fondamentaux, telles que la liberté, la justice ou encore la fraternité. Le principe d'égalité n'est pas seul en cause et l'étude de la mise en œuvre des discriminations positives permet de réaffirmer la place centrale de l'égalité au sein du droit et de la relier aux autres notions qui

---

<sup>56</sup> F. Mélin-Soucramanien, *Loc. cit.* C'est cette définition qui est la plus souvent reprise dans les études françaises traitant des discriminations positives. Voir notamment : Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 276 ; J-F. Flauss, *Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme*, in Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon, Bruylant, 1998, p. 415 ; V. Donier, *Egalité et service public local*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Dir. C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 149.

<sup>57</sup> Certains auteurs emploient d'ailleurs volontiers le pluriel : F. Stasse, *Pour les discriminations positives*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 119 ; B. Renauld, *Loc. cit.* ; R. Badinter, *Les discriminations positives dans l'Union Européenne*, in « Les droits de l'homme au seuil du 3<sup>ème</sup> millénaire », Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 37 ; F. Mélin-Soucramanien, *Les discriminations positives en France*, in « Les discriminations positives », AIJC, 1997, p. 87.

font qu'une société puisse être considérée comme démocratique. Plus que toute autre mesure égalitaire, elles font apparaître la fonction première de la loi en tant qu' « *instrument de direction ou de guidage des conduites humaines* »<sup>58</sup>. C'est cet aspect pourtant classique de la loi qui pose des difficultés dans l'application des discriminations positives. Les obstacles paraissent si incommensurables que certains renoncent à la possibilité d'avoir recours aux discriminations positives. Leur mise en place est tout aussi problématique que la définition de leur position au sein de l'égalité. L'absence de théorisation se fait ici également ressentir. L'absence de mise en avant d'un critère en tant qu'élément de définition principal des discriminations positives conduit la doctrine à penser une mise en place chaotique et dangereuse. Pourtant, il existe des garde-fous juridiques et sociaux pour que ces mesures ne dépassent pas leur objectif. Le principe de proportionnalité peut être d'une aide précieuse afin de canaliser l'énergie consacrée à la réalisation de l'égalité réelle. Par ailleurs, les risques à courir ne sont pourtant pas ceux que l'on veut bien exprimer. C'est l'existence d'une « *domination qui provoque la réaction juridique de protection* »<sup>59</sup> et contre laquelle il faut réagir. L'application des discriminations positives requiert la mise en évidence de cette domination et c'est sans doute le point le plus épineux. C'est un bilan de la société qu'il faut établir pour que puisse s'installer une discrimination positive efficace. Aucune réaction égalitaire ne demande une telle implication de la part de tous. Cela dépasse le cadre de l'Etat qui, même s'il a en la matière une obligation de réaliser, ne peut assurer seul la progression de l'égalité. Les relations interindividuelles sont le réceptacle premier des nécessités des discriminations positives, ce qui conduit l'action à respecter des exigences spécifiques, voire inédites. Les études doctrinales hostiles ou favorables aux discriminations positives se sont surtout concentrées sur la pertinence de ces mesures, mais sans les définir ni leur donner de cadre précis. Pourtant, une véritable théorisation des discriminations positives permet de découvrir leur nature profonde et de leur donner une assise sur laquelle elles pourraient venir se construire, ou du moins pourrait servir de réel point de départ rationnel au débat relatif à leur existence. Cela doit s'effectuer non seulement au travers d'une analyse de ces mesures dans l'égalité, mais également au travers d'une analyse du droit en général.

**7 - La problématique des discriminations positives se situe d'abord au sein de l'égalité. Il faut connaître leur place au sein de l'égalité et du principe d'égalité. Il paraît inconcevable**

---

<sup>58</sup> P. Amselek, *Le droit, technique de direction publique des conduites humaines*, Droits, 1989, n° 10, « Fonction de juger », p. 9.

<sup>59</sup> M. Behar-Touchais, *Existe-t-il un droit privé des minorités ?*, in « Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert », *Economica*, 2004, p. 205.

de parler des discriminations positives, de leur existence, de leur utilité sans se référer à l'égalité qu'elles véhiculent et aux autres notions connexes au principe d'égalité. Or, dans cette recherche, l'apport du droit américain ne peut être que minime. L'histoire du pays, la conception de l'égalité<sup>60</sup> ne peuvent servir de base à un tel travail alors que la France se situe dans une position tout aussi marquée que celle qui a cours outre-atlantique, mais qui a sa propre histoire et un fonctionnement tout aussi particulier. La Révolution française a fortement marqué le droit de l'égalité et la réaction contre les ordres a servi de base à une égalité formelle délivrée de toute référence à une catégorie sociale<sup>61</sup>. Il est nécessaire de situer ce contexte, de placer les discriminations positives en son sein afin de parvenir à une définition de ces dernières. Il n'existe aucun axiome en matière de discriminations positives, ce qui oblige à retracer le paysage égalitaire dans son ensemble. En faire une notion viable suppose de partir de ce que l'on sait déjà pour éliminer les autres notions égalitaires les unes après les autres et de trouver par défaut leur définition propre. Il s'agit donc d'obtenir une notion des discriminations positives, c'est-à-dire découvrir leur essence expurgée de toute considération sur l'évolution de l'égalité dans laquelle elles peuvent venir s'inscrire<sup>62</sup>. L'objectif est de les identifier clairement au sein de l'égalité grâce à un critère viable.

**8** - Ce travail notionnel n'est cependant pas suffisant pour insérer les discriminations positives dans le droit. Elles font face à une problématique singulière, celle de leur éventuelle incapacité à atteindre le but qu'elles se fixent. En reprenant l'idée de Philippe Ardant, il faut considérer que les discriminations positives utilisent l'inégalité juridique afin de rétablir une égalité dans les faits<sup>63</sup>. La différenciation juridique<sup>64</sup> doit alors conduire à un rétablissement égalitaire, mais elle pose de nombreuses difficultés, tant au regard de l'égalité, qu'au regard du droit en général. Les discriminations positives sont victimes d'une image sans doute déformée par la référence au droit américain. Le débat très virulent qui les entoure se distingue par son absolu et se situe souvent dans le registre restreint du « pour » ou

---

<sup>60</sup> Sur le droit américain face aux discriminations positives : D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Economica, Coll. Etudes politiques, 2003.

<sup>61</sup> Sur cette construction française de l'égalité : L. Sfez, *L'égalité*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 1989.

<sup>62</sup> L'inscription dans un cadre temporel donnerait une définition plus conceptuelle des discriminations positives. Sur la différence entre les termes de notion et de concept : F-P. Benoît, *Notions et concepts de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit chez Hegel*, in « Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser, Presses universitaire de Grenoble, 1995, p. 23.

<sup>63</sup> P. Ardant, *L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle*, in « La personne humaine, sujet de droit », PUF, Publication de la Faculté de droit et de Sciences sociales de Poitiers, 1994, p. 135.

<sup>64</sup> Le même mécanisme est appliqué à toutes les mesures qui sont considérées comme des discriminations justifiées au regard du principe d'égalité : F. Luchaire, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, p. 1229.

« contre »<sup>65</sup>. Cette opposition forte met mal en lumière les difficultés spécifiques des discriminations positives pour ne s'attacher souvent qu'aux possibilités réelles d'introduction de l'égalité réelle ou aux contradictions de l'égalité proposée par les discriminations positives avec le principe d'égalité républicaine qui ne se concevrait que de manière formelle et générale. Ce point fait apparaître l'absolu du débat sur un autre plan, celui de l'absence d'assise juridique des discriminations positives. Si elles peuvent être définies par rapport aux autres notions contenues dans l'égalité, elles n'en subiraient pas moins un déficit de fondement au sein du principe d'égalité<sup>66</sup> et au sein du droit plus généralement. Pourtant, la question de la lutte contre les discriminations dont elles sont issues, et la question de leur recours sont d'une actualité brûlante. La mise en place du C.V. anonyme par quelques grandes entreprises françaises<sup>67</sup>, relayées par des sites Internet de recrutement<sup>68</sup>, montre combien les employeurs sont conscients de l'importance de l'existence des discriminations dans l'emploi et certainement aussi de l'image négative qu'elles peuvent provoquer pour leur entreprise. Certaines enseignes n'hésitent d'ailleurs pas à marquer ouvertement leur penchant pour les discriminations positives dans leurs campagnes de communication. Ainsi, le groupe Vinci, dans quelques quotidiens gratuits, a exposé ses grands axes de développement parmi lesquels se trouvent les discriminations positives. Ainsi, il s'engage à « *promouvoir la diversité et garantir l'égalité des chances* », ce qui signifie concrètement une « *féminisation [des] effectifs* », la « *promotion des personnes issues de l'immigration* », le « *recrutement de handicapés* ». Dans un objectif d'« *exemplarité* », cette entreprise s'engage « *à former [ses] managers aux bonnes pratiques, à combattre toute discrimination à l'embauche et dans l'entreprise, et à publier chaque années un audit réalisé par un organisme indépendant* »<sup>69</sup>. Ce questionnement est actuellement relayé de manière particulièrement forte par les discours politiques. Les candidats à l'élection présidentielle de 2007 n'hésitent pas à prendre une position tranchée sur les discriminations positives. La question dépasse d'ailleurs le clivage traditionnel gauche – droite puisque les politiciens d'un même parti s'affrontent directement sur ce point. Ainsi, M. Sarkozy affirme depuis quelques années un penchant marqué pour ces

---

<sup>65</sup> Pour un exemple de mise en balance des opinions de ce type : F. Stasse, *Pour les discriminations positives*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 119 ; A-G. Slama, *Contre la discrimination positive. La liberté insupportable*, Pouvoirs, n° 111, 2004.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> En matière d'assurances : [recrute.axa.fr](http://recrute.axa.fr). Il faut préciser que l'ancien PDG de cette entreprise, Claude Bébéar, a été à l'origine de la Charte de la diversité signée par plusieurs dizaines d'entreprises : Charte de la diversité dans l'entreprise, Dossier de presses, 22.10.2004, [http://www.social.gouv.fr/htm/pointsur/discrimination/charte221004\\_1.htm](http://www.social.gouv.fr/htm/pointsur/discrimination/charte221004_1.htm).

<sup>68</sup> [www.jobtransport.com](http://www.jobtransport.com) ; [www.initiative-business.com](http://www.initiative-business.com).

<sup>69</sup> <http://vincipark.com>.

mesures<sup>70</sup>, tandis que Mme Alliot-Marie<sup>71</sup> se situe clairement dans le camp des opposés à leur mise en oeuvre<sup>72</sup>. Les discriminations positives, sous-jacentes dans le discours publicitaire, placées au premier plan des interrogations politiques, prennent une place indéniable dans l'actualité française. Le juridique apparaît singulièrement en retrait des autres pans du débat. Il est aujourd'hui nécessaire pour le droit d'entrer dans ce débat en trouvant des fondements aux discriminations positives. Exprimer une théorie générale des discriminations positives requiert donc de trouver les fondements qui peuvent servir à leur inscription dans le droit. Cela ne peut être fait qu'en reprenant les arguments jusqu'ici développés et qui se situent aussi bien dans le domaine juridique que sociologique<sup>73</sup>. Répondre à l'ensemble de ces questions soulevées nécessite d'aborder les domaines ciblés et d'utiliser des moyens idoines permettant d'avoir une vue d'ensemble des discriminations positives.

9 - Dans cette optique, l'analyse présentée ici se fera selon une approche privatiste, mais débordant du cadre du droit privé. Les études qui ont été effectuées en France sur les discriminations positives sont souvent cloisonnées dans des droits ou domaines spécifiques<sup>74</sup>, ou dans une approche particulière, singulièrement en matière de droit public. C'est ainsi que l'aménagement du territoire fait l'objet de recherches nourries<sup>75</sup>, tandis que la parité provoque un débat qui lui est propre<sup>76</sup>. L'ambition est ici d'apporter un nouvel éclairage sur les

---

<sup>70</sup> Sarkozy adepte de la « discrimination positive », <http://rfi.fr/actufr/articles/047/article-25298.asp>.

<sup>71</sup> Michèle Alliot-Marie « contre la discrimination positive », *Le Monde*, 11.10.2006.

<sup>72</sup> Le parti socialiste a connu les mêmes oppositions lors de la campagne interne devant désigner le candidat du parti : Fabius, Royal, et Strauss-Kahn exposent leurs différences sur les sujets de société, *Le Monde*, 26.10.2006.

<sup>73</sup> D'aucuns citent le risque de communautarisme (J. Mossuz-Lavau, *Citoyenneté et parité*, in « Le citoyen », Mélanges offerts à Alain Lancelot, sous la direction de B. Badie et P. Perrineau, Presses de Sciences po, 2000, p. 253 (Sur ce point : D. Sabbagh, *L'affirmative action : effets symboliques et stratégie de présentation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 157).

) ou l'effet de stigmatisation.

<sup>74</sup> J. Buisson, *Les discriminations positives et le droit fiscal*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », sous la direction de G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 227 ; J. Simon, G. Solaux, *Ecole et égalité des chances*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », sous la direction de G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 235 ; B. Toulemonde, *La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Sciences Po*, *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 87 ; A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, *RTDE*, n°2, 2001, p. 305 ; R. Letteron, *L'action positive en faveur des femmes*, in « "Egalité et équité" Antagonisme ou complémentarité », *Dir. T. Lambert, Economica*, 1999, p. 65 ; J-L. Clergerie, *Discriminations positives et égalité de traitement (CJCE, 30 septembre 2004)*, *D. 2006, Jur.*, p. 347.

<sup>75</sup> D. Rousseau, *Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire*, *RFDA*, 1995, p. 876 ; F. Mélin-Soucramanien, *Loc. cit.* ; T. Kirszbaum, *La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine*, *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 101.

<sup>76</sup> E. Pisier, *Des impasses de la parité*, in Conseil d'Etat, « Rapport public 1996 sur l'égalité », La documentation française, 1997, p. 385 ; B. Kriegel, *Parité et principe d'égalité*, in Conseil d'Etat, « Rapport public 1996 sur l'égalité », La documentation française, 1997, p. 375 ; E. Lépinard, L. Bereni, *La parité ou le mythe d'une exception française*, *Pouvoirs*, n°111, 2004, p. 73 ; J. Mossuz-Lavau, *Citoyenneté et parité*, in « Le citoyen », Mélanges offerts à Alain Lancelot, sous la direction de B. Badie et P. Perrineau, Presses de Sciences po, 2000, p.

discriminations positives en se fondant sur des éléments et des exemples qui sont souvent oubliés ou évincés. Il ne s'agit pas de faire une énième étude des mesures égalitaires correctrices dans un domaine spécifique, mais d'offrir un nouvel angle de vue permettant de dépasser les clivages et particularités propres à certains domaines et de parvenir à un cadre général des discriminations positives dans lequel elles peuvent s'inscrire quel que soit le droit considéré. C'est la raison pour laquelle le travail de la Cour de justice des Communautés européennes et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est présenté de manière à inscrire les discriminations positives dans un élan général et convergent<sup>77</sup>. Il ne s'agit pas d'élaborer un tableau pointilliste où chaque action législative serait indépendante, mais plutôt de dresser un tableau impressionniste où chaque mesure est intimement liée aux autres de même type dans une cohérence globale qui ne peut être présentée qu'avec rationalité et recul. Cette méthode, outre l'étendue des recherches qu'elle demande, présente aussi la particularité de dépasser le cadre académique du droit. L'aspect fortement social du sujet, sa place au sein du débat politique, économique, social, nécessitent de traiter aussi de ces points en dépassant le simple cadre de l'égalité. Puisque les critiques adressées aux discriminations positives sont aussi bien juridiques que sociologiques, la réponse qui peut y être apportée doit prendre en compte ces éléments en les faisant bénéficier de fondements axiologiques appropriés. Eriger une théorie générale des discriminations positives nécessite de trouver des lignes de force à ces dernières et de les exploiter afin de trouver une unité dans la diversité apparente des arguments jusqu'ici avancés. Ce n'est qu'à cette condition qu'elle pourra répondre à la définition proposée par le Professeur Martin : « *Le propos d'une théorie générale répond à l'idée d'une construction intellectuelle, méthodique et organisée, visant à ériger en synthèse cohérente la pensée relative à une matière déterminée* »<sup>78</sup>.

---

253 ; F. Mélin-Soucramanien, *La parité n'est pas l'égalité... (brèves remarques sur les limites aux discriminations positives)*, D., Trib., 2006, p. 873 ; E. Lépinard, L. Bereni, « *Les femmes ne sont pas une catégorie* ». *Les stratégies de légitimation de la parité en France*, RFSP, 2004, n° 1, p. 71.

<sup>77</sup> L'influence des deux Cours est importante en la matière, à l'image de leur influence générale. Sur ce point concernant le droit communautaire : J. Maïa, *La contrainte européenne sur la loi*, Pouvoirs, n° 114, « La loi », 2005, p. 53.

<sup>78</sup> D. Martin, *Préface*, sous J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 179, 1984.

Connaître les discriminations positives demande d'aller au-delà de leur identification claire dans l'égalité, mais nécessite également de trouver des fondements sur lesquels elles peuvent venir s'appuyer. En conséquence, cette contribution à une théorie générale des discriminations positives se propose tout d'abord de définir la notion des discriminations positives (Première Partie.). Cette première approche permettra d'isoler ces mesures au sein de l'égalité et de mettre d'ores et déjà en lumière leur singularité. Ensuite, il s'agira d'étudier les divers fondements des discriminations positives (Seconde Partie.).

**Première partie : De l'identification des discriminations positives**

**Seconde partie : Des fondements des discriminations positives**



## **PREMIERE PARTIE**

### **De l'identification des discriminations positives**



**10** - Les discriminations positives s'inscrivent dans l'égalité<sup>79</sup>. Quelle que soit la conception de l'égalité retenue, la notion de discriminations positives trouve un rattachement naturel à l'égalité. Elles ont un but égalitaire<sup>80</sup>, même si leur rapport avec cette égalité est lui-même souvent discuté. Définir une théorie générale des discriminations positives suppose en premier lieu de les inscrire dans l'égalité. Or, cette tâche n'a rien de simple car la définition égalitaire des discriminations positives ne fait pas l'unanimité faute, justement, d'une véritable recherche théorique. Cette recherche est d'autant plus ardue que « *ni l'autorité normative, ni la jurisprudence n'ont cherché à imposer une conception unique de l'égalité*<sup>81</sup> ». La notion des discriminations positives dépend donc d'abord d'une égalité qui n'est pas une notion univoque. Les discriminations positives se réalisant par l'intermédiaire de la création d'une différenciation juridique, il serait possible de limiter l'analyse aux cas où l'égalité admet par ailleurs un tel démantèlement de la règle de droit. Cependant, la polysémie de l'égalité empêche de partir d'un tel postulat car le risque est grand de se perdre dans les méandres de matières juridiques diverses apportant à l'égalité une couleur spécifique.

**11** - Le mécanisme permettant une lecture rationnelle et complète des discriminations positives requiert une analyse générale de l'égalité qui puisse conduire à l'élimination de toutes les situations dans lesquelles les discriminations positives ne peuvent être rencontrées. Il faut donc partir de l'essence même de l'égalité pour découvrir où se logent les discriminations positives. Or, l'égalité est par nature un principe relatif. Elle ne s'entend que lorsque l'Autre existe et nous est confronté<sup>82</sup>. L'égalité - ou son absence - provient donc toujours d'une comparaison. Les discriminations positives, à l'instar des autres notions présentes dans le giron de l'égalité dépendent du résultat de la comparaison. Il faut alors se résoudre à étudier tous les résultats possibles de cette opération afin de distinguer les situations qui laissent apparaître le besoin en discriminations positives. De ce point de vue, nous pouvons reprendre l'affirmation de Pierre Legrand à propos du droit comparé : « *L'éthique de la comparaison commande non seulement la critique des droits mais aussi*

---

<sup>79</sup> Qu'elles deviennent un principe d'action ou une dérogation à l'égalité, les discriminations positives doivent faire partie du processus égalitaire puisqu'elles ont pour objectif de réaliser l'égalité. Les écarter revient à nier *a priori* leur relation avec l'égalité et relève d'un non-sens. Malgré tout pour une opinion contraire : O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, Coll. Corpus essais, 2005, p. 211 : l'auteure estime que les discriminations positives ne rentrent pas dans la « *théorie* » des différences de situation ».

<sup>80</sup> J-F. Niort, *Personne et discrimination : approche historique et théorique*, in « *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées* », sous la direction de M. Mercat-Bruno, Dalloz, Coll. Actes, 2006, p.15.

<sup>81</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 121.

<sup>82</sup> A. Le Bras-Chopard, *Egalité, droits : la puissance du référent animal*, in « *Actualité politique et juridique de l'égalité* », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 13.

*d'elle-même, de ses illusions et de ses limites, c'est-à-dire qu'elle exige de pousser le souci de la distanciation critique jusqu'à l'acte de comparaison proprement dit*<sup>83</sup>». Il est alors nécessaire d'étudier les deux grandes catégories de résultats de la comparaison : l'équivalence des situations et la différence des situations.

**12** - Cependant, la simple étude de l'opération de comparaison n'est pas suffisante. Cette dernière n'est pas automatiquement mise en œuvre. En effet, certaines situations ne font pas l'objet d'une comparaison entre elles parce qu'elles se trouvent trop éloignées l'une de l'autre. Dans ce cas, recourir à la comparaison et s'inscrire dans l'égalité serait un non sens. L'étendue de l'applicabilité de l'égalité dépend des limites de la comparabilité des situations. En conséquence, les discriminations positives sont soumises à cette même limite en tant que notion appartenant à l'égalité.

Découvrir le domaine des discriminations positives suppose ainsi plusieurs étapes.

Un Titre préliminaire sera ainsi consacré au filtre de la comparabilité (**Titre préliminaire**).

Le Titre I sera consacré aux situations comparées exclues du champ des discriminations positives (**Titre I**).

Enfin, le Titre II sera dévolu aux situations comparées retenues dans le champ des discriminations positives (**Titre II**).

---

<sup>83</sup> P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, 1999, p. 67.

## Titre Préliminaire

### Le filtre de la comparabilité

13 - Pour que l'égalité puisse être concernée il faut une « *comparabilité des catégories* »<sup>84</sup>. Les discriminations positives dépendent elles aussi directement de cette comparabilité. L'établissement de leur notion passe donc par l'étude de la comparabilité, même si le propos paraît *a priori* assez éloigné de ces mesures. Le propos aurait pu se réduire à la réaffirmation de la nécessité de la comparabilité en quelques lignes, cependant ce point est très peu rappelé. La nécessité d'un minimum de points communs entre la situation de la victime d'une éventuelle discrimination et la personne avec laquelle elle désire se confronter est ainsi très rarement mentionnée<sup>85</sup>. Il va sans dire, dans ces conditions, que la notion de comparabilité ne bénéficie donc pas d'une définition exploitable. Même s'il n'existe quasiment aucune référence ni aucun travail en la matière, la distinction entre la comparabilité et la comparaison est indispensable afin de comprendre l'égalité dans son ensemble et les discriminations positives en particulier. Délimiter la notion des discriminations positives suppose donc, dans un premier temps, de connaître l'applicabilité de l'égalité, autrement dit de définir le mécanisme de la comparabilité. La comparabilité pourrait être résumée par la Cour de justice des Communautés européennes lorsqu'elle indique qu' « *un travailleur ne peut invoquer l'article 119 pour réclamer la rémunération à laquelle il pourrait avoir droit* »

---

<sup>84</sup> D. Godefridi, *L'égalité devant la loi dans les jurisprudences de la Cour d'arbitrage de Belgique et de la Cour suprême des Etats-Unis*, RIDC, 2003, n° 2, p. 331.

<sup>85</sup> Commission de Venise, *Rapport sur le traitement préférentiel des minorités nationales par leur Etat-parent*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 48<sup>ème</sup> réunion plénière, Appel de note n° 39.

*s'il appartenait à l'autre sexe, en l'absence actuelle ou antérieure, dans l'entreprise concernée de tout travailleur de l'autre sexe, accomplissant ou ayant accompli un travail comparable*<sup>86</sup>». La comparabilité représente le « *périmètre de référence*<sup>87</sup> » de l'égalité. A l'intérieur de ce périmètre, l'égalité s'applique, alors qu'en dehors elle est exclue. Cette limite, puisqu'il s'agit de savoir si les situations peuvent être assez proches pour pouvoir être comparées, ne peut s'exprimer que par l'existence ou l'absence d'une base commune.

Nous verrons donc dans un premier chapitre l'absence de comparabilité concrétisée par des situations n'ayant aucune base commune, puis dans un second chapitre la possibilité de comparer des situations ayant une base commune.

---

<sup>86</sup> CJCE, 29.09.1994, Russel, C-200/91, rec. p. I-4397.

<sup>87</sup> A. Jeammaud, *Du principe de l'égalité de traitement des salariés*, DS, 2004, p. 694. Cependant, il est à souligner que l'auteur emploie ce terme dans une optique d'égalité formelle uniquement consacrée au traitement identique de situations identiques puisque pour M. Jeammaud, « *l'égalité s'entend de la situation dans laquelle tous (...) disposent des mêmes droits, jouissent des mêmes avantages, supportent les mêmes obligations ou subissent les mêmes contraintes* ». Or, l'application du principe d'égalité ne s'arrête certainement pas à ce seul cas de figure puisqu'il lui appartient de plus en plus de traiter de manière différente des situations différentes, au risque de créer, selon la terminologie communautaire, des discriminations matérielles. Le périmètre de référence de l'égalité comprend donc les situations identiques et les situations différentes devant conduire le législateur à rétablir une égalité factuelle. Le périmètre de référence de l'égalité s'arrête alors avec l'absence de comparabilité des situations.

# Chapitre I

## L'exclusion des situations n'ayant aucune base commune

**14** - La comparabilité représente le cadre extérieur de l'égalité, mais sa référence est pourtant rare. Peu d'auteurs la mentionnent et peu de jurisprudences marquent leur recherche de cette notion. Ne pas tenir compte de la pratique de la comparabilité reviendrait cependant à poser les bases des notions d'égalité et de discriminations positives de manière erronée. Une vue d'ensemble de la notion de comparabilité est nécessaire à une définition complète et objective des discriminations positives. Il faut alors rationaliser les quelques références explicites ou implicites faites à la comparabilité.

En pratique, cette idée simple de comparabilité, condition *sine qua non* de l'application de l'égalité est difficile à déceler (Section I.). L'ambiguïté est souvent de mise dans ce domaine, pourtant, il est possible de discerner une véritable technique de comparabilité (Section II.).

### Section I. L'absence de critère général de comparabilité

**15** - Indifféremment nommé "contrôle de comparaison" ou "contrôle de comparabilité", peu d'auteurs font une réelle distinction entre ces deux activités pourtant nécessaires au mécanisme du principe d'égalité à teneur matérielle, et par conséquent aux discriminations positives. Cette ambiguïté persiste d'autant plus que les institutions, tant nationales

qu'européennes confondent aussi ces expressions<sup>88</sup>. Pourtant, le constat de comparabilité est indissociable de l'égalité. Il s'agit d'un contrôle à part entière dont le résultat influe sur l'application de l'égalité. Pour reprendre une idée forte de la Convention européenne des droits de l'homme, il s'agit d'un contrôle de l'applicabilité de l'égalité qui ne préjuge pas de l'application qui en sera faite. Or, sans applicabilité, l'égalité n'est pas intéressée, les discriminations positives ne le sont donc pas plus. Leur éventuelle intervention peut être modulée dès ce premier stade. L'examen de la comparabilité ne peut être dès lors que pratique. Il faut avant tout regarder si les exemples jurisprudentiels font mention d'une telle comparabilité pour en conclure si elle existe réellement. Cela n'apparaît pas aisé car une ambiguïté terminologique est fortement présente (§1.) Pourtant, un contrôle de comparabilité semble exercé de manière casuelle (§2).

### **§1. L'ambiguïté terminologique**

**16** - L'ambiguïté réside ici dans le fait que le juge, interne ou européen, ne dit jamais expressément qu'il procède à un contrôle de la comparabilité des situations. En pratique, pour le juge, parler de situations non comparables correspond à l'existence d'une différence de situation alors que des situations comparables ne sont, le plus souvent, que des situations similaires qui vont permettre l'application d'un traitement juridique identique. Le terme de "comparable", normalement porteur d'une certaine conditionnalité, s'utilise pour décrire le résultat de la comparaison. Le Conseil d'Etat nous apporte un tel exemple. Face aux dispositions communautaires concernant la liberté d'établissement des ressortissants des Etats membres, il nous est dit que « *Considérant que les stipulations de l'article 52 du traité CE (devenu, après modification, article 43 CE), relatives à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre et aux termes desquelles cette liberté comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés..., dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, s'opposent, notamment, aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales par les*

---

<sup>88</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 245.



*ressortissants d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre ; qu'il résulte de l'interprétation donnée de ces stipulations par la Cour de justice des Communautés européennes qu'est de nature à constituer une telle restriction l'application par un Etat membre d'un traitement fiscal inégal aux sociétés filiales constituées sur son territoire en conformité de sa législation selon que leur société mère s'y trouve ou non, elle-même, établie, dès lors qu'au regard de l'objet de l'impôt en cause, les unes et les autres de ces sociétés filiales sont dans une situation objectivement comparable*<sup>89</sup>». Il s'agit ici, à n'en pas douter, de situations qui sont comparées et qui au final se révèlent semblables. En aucun cas le Conseil d'Etat n'a pu vouloir dire qu'il s'agissait de situations qui pouvaient être comparées puisqu'il donne ici un résultat et non une potentialité. Il procède de manière similaire concernant des règles différentes de désignation des représentants suivant qu'il s'agit de la catégorie des notaires titulaires d'office et associés ou des notaires salariés. Le Conseil d'Etat explique que cette différence de traitement n'a pas méconnu le principe d'égalité car les situations en cause n'étaient pas comparables<sup>90</sup>. Cela semble indiquer que le terme "comparable" est invoqué alors que l'égalité est appliquée.

**17** - La Cour de cassation entretient de la même façon l'ambiguïté. Paraphrasant maladroitement la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, elle estime qu' « *une discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes*<sup>91</sup> ». La Cour de Luxembourg a exposé la même règle, mais en utilisant le terme de « *situations similaires*<sup>92</sup> ». Cette transformation terminologique est regrettable à deux points de vue. D'une part, au regard du respect de la jurisprudence communautaire visée<sup>93</sup>, d'autre part, en raison du choix du vocabulaire. En effet, en se référant aux "situations comparables" et à leur traitement, la Cour utilise un terme qui devrait uniquement concerner la possibilité de comparer, alors qu'elle s'en sert à l'étape du résultat de cette comparaison. Cet exemple nous montre combien les juridictions françaises ne sont pas conscientes de la nécessité d'affecter une part de leur analyse à la comparabilité.

---

<sup>89</sup> CE, section contentieuse, 30.12.2003, SARL Coréal Gestion, n°24947, Rec. p. 525.

<sup>90</sup> CE, 29.07.1998, Fédération générale des clercs de notaires, n°146319, 146337, Rec. p. 1144.

<sup>91</sup> Cass. Com., 13.12.2005, n° 02-10359.

<sup>92</sup> CJCE, 17.07.1963, Italie c/ Commission, C-13/63, rec. p. 337.

<sup>93</sup> Il est vrai que la Cour de cassation prend comme référence des arrêts plus récents qui sont moins explicites quant à la définition des situations : CJCE, 06.06.2000, Staatssecretaris van Financiën, C-35/98 ; CJCE, 11.12.2003, Barbier, C-364/01.

**18** - Il est possible de penser que ce désintéressement face à une technique claire s'explique par le peu de considération du droit français pour l'égalité concrète<sup>94</sup>. L'exemple de la Cour de cassation pourrait être patent d'un manque d'expérience face à l'égalité concrète et plus précisément face aux discriminations matérielles issues du droit communautaire. L'arrêt précité ne serait alors qu'un rendez-vous manqué avec la comparabilité qui attend une substantialisation du principe d'égalité pour se manifester plus solennellement. En droit interne, seul importe le constat de comparaison de situations identiques puisque c'est le seul qui entraîne une application certaine et complète de l'égalité<sup>95</sup>. Ne pas exposer la distinction entre la comparabilité et la comparaison n'a que peu de conséquences pratiques et participerait même de la nature formelle et simple de l'égalité. Toute différence constatée, essentielle ou non, empêche le jeu classique de l'égalité universelle. Le raisonnement est direct, sans méandre, et permet d'autant plus l'appui de la justification de traitement juridique identique. En revanche, le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme sont plus enclins à accepter une dimension substantielle de l'égalité. Dans un célèbre arrêt de 1963<sup>96</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît la dimension matérielle que peut prendre une discrimination. Elle reconnaît en effet que traiter des « *situations similaires* »<sup>97</sup> de manière différente constitue une discrimination, et que traiter des situations différentes de manière identique manifeste également une rupture de l'égalité. Des situations qui présentent certaines différences doivent subir un traitement différent. Marquer la distinction entre comparabilité et comparaison devient alors nécessaire afin de déterminer à partir de quelle intensité la différence provoque l'inapplicabilité de l'égalité. Pourtant, les deux Cours européennes ne se montrent pas particulièrement sensibles à la comparabilité.

**19** - Dans l'arrêt Griesmar, le juge communautaire admet que les parents sont dans une situation identique face à l'éducation de leurs enfants : « *Il convient de constater que les situations d'un fonctionnaire masculin et d'un fonctionnaire féminin peuvent être comparables en ce qui concerne l'éducation des enfants. En particulier, la circonstance que les fonctionnaires féminins sont plus touchés par les désavantages professionnels résultant de l'éducation des enfants parce que ce sont en général les femmes qui assument cette éducation*

---

<sup>94</sup> Pour une vue d'ensemble : G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996.

<sup>95</sup> CE, 03.04.2006, Société SEGC, 288756, Inédit : « ... en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ».

<sup>96</sup> CJCE, 17.07.1963, Italie c/ Commission, C-13/63.

<sup>97</sup> *Ibid.*

*n'est pas de nature à exclure la comparabilité de leur situation avec celle d'un fonctionnaire masculin qui a assumé l'éducation de ses enfants et a été, de ce fait, exposé aux mêmes désavantages de carrière*<sup>98</sup>». La comparabilité est ici entendue comme le résultat de l'opération de comparaison et non comme la possibilité d'effectuer une comparaison. La situation des parents est en fait comparable et une fois comparée elle se révèle similaire. L'emploi du terme comparable brouille les pistes car il se trouve techniquement mal utilisé.

**20** - Plus surprenante encore est la réaction de la Cour européenne des droits de l'homme. Habitée, d'une part, à promouvoir une protection effective des droits de l'homme dans leur ensemble<sup>99</sup> et l'égalité en particulier<sup>100</sup> et, d'autre part, à faire clairement la distinction entre l'applicabilité d'un droit et son application<sup>101</sup>, elle reste particulièrement évasive quant à la comparabilité. Dans l'arrêt Zarb Adami contre Malte<sup>102</sup>, confrontée à une question de discrimination entre les hommes et les femmes relative à l'exercice des fonctions de juré, elle nourrit l'ambiguïté de façon assez extrême. Afin de déterminer s'il existe ou non, en la matière, une discrimination au détriment des hommes, la Cour fait mention des principes généraux qu'elle applique concernant l'article 14 pour ensuite vérifier si les conditions posées sont réunies en l'espèce. Elle commence ainsi par rappeler qu'elle « *a établi que la discrimination découlait du fait de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable des situations comparables* »<sup>103</sup>. Nous retrouvons ici le vocabulaire employé par les autres juridictions, à savoir que les situations comparables correspondent en fait aux situations effectivement comparées. L'ambiguïté grandit lorsque la Cour continue l'exposition de sa jurisprudence et explique que le traitement différent viole l'article 14 lorsque « *des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un*

---

<sup>98</sup> CJCE, 29.11.2001, Griesmar, C-366/99, Point 56.

<sup>99</sup> Elle n'a de cesse de rappeler en effet que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* ». Pour exemples : CEDH, 09.10.1979, Airey c/ Irlande, req. 6289/73, Série A32, JDI, 1982, 187, Chr. P. Rolland. Voir aussi CEDH, 13.06.1979, Marckx c/ Belgique, req. 6833/74, A31, § 64, JDI, 1982, 183, Chr. P. Rolland ; CEDH, 23.07.1969, Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique, req. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

<sup>100</sup> CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. 34369/97, Rec. 2000-IV.

<sup>101</sup> Pour un exemple particulièrement clair du processus suivi par la Cour concernant l'article 8 et le droit à l'image : CEDH, 24.06.2004, Von Hannover c/ Allemagne, req. 509320/00, rec. 2004-VI, JCP, 2004, G., I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; RTDCiv, 2004, p. 802, obs. J-P. Marguénaud ; D. 2005, Chr. J-L. Halperin. Pour un exemple concernant l'article 14 combiné avec l'article 4 § 3 d) : CEDH, 20.06.2006, Zarb Adami c/ Malte, req.17209/02.

<sup>102</sup> CEDH, 20.06.2006, Zarb Adami c/ Malte, req.17209/02.

<sup>103</sup> § 71 de l'arrêt.

*traitement préférentiel, et que cette distinction est discriminatoire*<sup>104</sup> ». Le terme “comparable” est mis sur le même plan que celui d’ “analogue”, confirmant ainsi l’utilisation du terme “comparable” au stade de la comparaison et exprimerait même sa prépondérance. Cependant, lorsque la Cour examine l’espèce elle ne se rapporte pas à ce terme, ni à celui d’analogue. Elle se contente de constater que femmes et hommes se trouvent dans une « *situation similaire* <sup>105</sup> ». Si cet exemple permet de mettre en avant une profusion d’expressions utilisées par la Cour, cela démontre surtout que si elle parle de “situations comparables”, elle le fait au stade de la comparaison au même titre que lorsqu’elle utilise les expressions de “situations analogues” ou de “situations similaires”. Aucune volonté particulière n’apparaît, ni celle de masquer la comparabilité, ni celle de l’affirmer. C’est sans doute la jurisprudence qui reste la plus floue sur ce point.

En pratique, toute cette jurisprudence pourrait faire penser que le contrôle de comparabilité n’existe pas car c’est uniquement au stade de la comparaison que l’on retrouve les situations comparables. Pourtant, une lecture attentive de la jurisprudence laisse apparaître des cas d’analyse de la comparabilité.

## **§ 2. L’existence d’un contrôle de comparabilité casuel**

**21 -** *A priori* oubliée des juridictions, la comparabilité semble l’être aussi des auteurs, et quand le sujet est enfin abordé, l’essentiel est tu. Dans sa thèse relative au principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Rémy Hernu<sup>106</sup> ose faire la distinction entre comparaison et comparabilité, cependant les cas de comparabilité qu’il met en avant ne sont en fait qu’exceptionnels et délaissent le principe même de l’applicabilité de l’égalité. Pour l’auteur, l’absence de comparabilité se situe dans trois circonstances : « *Les situations à comparer sont hypothétiques ou le critère de comparaison fait défaut ; les situations qui ne sont pas inscrites dans le champ du traité ne peuvent être comparées avec celles qui y sont inscrites ; l’interdiction d’utiliser un critère de*

---

<sup>104</sup> § 71 de l’arrêt. Cette expression a déjà employée dans d’autres arrêts. Voir notamment : CEDH, 16.11.2004, Ünal Tekeli c/ Turquie, req. 29865/96, JCP. G., 2005, I, 103, n° 14.

<sup>105</sup> § 78 de l’arrêt.

<sup>106</sup> R. Hernu, *Principe d’égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003.

*distinction empêche toute forme de comparaison sur cette base*<sup>107</sup> ». Les deux premières hypothèses concernent ainsi un “dérèglement” du système de comparaison en matière d’égalité et la troisième une situation particulière amenée par l’utilisation de critères absolument interdits en matière d’égalité. Ce ne sont que des cas résiduels qui masquent le mécanisme central de la comparabilité : pour que les situations puissent être comparables, il faut qu’elles nouent un minimum de liens entre elles, ce qui se traduit par l’existence d’éléments communs. Or, cet état de fait peut se rencontrer à la lecture des jurisprudences aussi bien internes qu’euro-péennes. Cela montre au passage que si la comparabilité n’est pas érigée en un véritable contrôle, au même titre que celui de la comparaison, elle n’en est pas moins exercée en pratique. En effet, certains arrêts illustrent l’absence de comparabilité entre des situations que l’on a voulu mettre en balance.

**22** - Dans l’arrêt P.M. contre Italie<sup>108</sup>, la Cour de Strasbourg, après avoir rappelé qu’un grief tiré de l’article 14 ne peut prospérer que si « *la situation de la victime prétendue se révèle comparable à celle des personnes mieux traitées*<sup>109</sup> », n’admet pas la comparaison faite par la requérante entre sa situation de propriétaire et la situation de son locataire, au regard des « *différences fondamentales* » existant entre ces deux situations. Celles-ci « *ne pouvant être considérées comme comparables* », il ne peut y avoir violation de l’article 14<sup>110</sup>. Ainsi, les « *différences fondamentales* » présentes empêchent toute possibilité de comparaison entre les situations. Elles ne servent pas de justification à une différence de traitement<sup>111</sup> puisqu’il y a ici une absence de comparabilité. L’inexistence de point de contact entre les situations empêche l’égalité de pouvoir être appliquée. La prise en compte du contrôle de comparabilité est d’autant plus visible que la Cour poursuit son raisonnement en énonçant qu’ « *à supposer même que l’on puisse comparer la situation des propriétaires ayant loué leurs appartements à celle de ceux ne les ayant pas loué* », les différences constatées dans la législation italienne ont une justification objective et raisonnable<sup>112</sup>. La différence d’argumentation de la Cour est ici perceptible. Pour ce qui concerne les locataires et les propriétaires, le jeu du principe d’égalité est exclu car il n’existe aucune liaison entre leurs situations respectives. En

---

<sup>107</sup> *Ibid.*, §285.

<sup>108</sup> CEDH, 11.01.2001, P.M. c/ Italie, req. 24650/94.

<sup>109</sup> §53 de l’arrêt.

<sup>110</sup> §54 de l’arrêt.

<sup>111</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, §392. L’auteur ne voit dans ce qualificatif de « fondamental » qu’une justification à une différence de traitement après un contrôle de comparaison de la Cour de justice des communautés européennes aboutissant au constat de la présence de situations différentes. Il cite pour ce faire les affaires Klöckner-WerkeAG e.a. c/ Haute autorité (CJCE, 13.07.1962, rec. p. I-615) et Finsider c/ Commission (CJCE, 15.01.1985, C-250/83, rec. p. I-131).

<sup>112</sup> §55 de l’arrêt.

revanche, si l'on accepte d'effectuer une comparaison entre les divers types de propriétaires, il faut admettre une justification à leur différence de traitement. Dans le premier cas, aucune justification ne peut être apportée puisqu'il s'agit d'un problème de comparabilité ; en revanche, dans le second cas, il est possible de trouver une justification - ici avérée -, par la simple existence d'un problème de comparaison.

**23** - Ce n'est pas la seule fois où la Cour a laissé transparaître une distinction entre la comparabilité et la comparaison. Elle avait déjà utilisé le même type d'expression dans l'arrêt *Moustaquim contre Belgique*<sup>113</sup> en affirmant qu' « *on ne saurait comparer au requérant (mineur délinquant marocain résidant en Belgique) les mineurs délinquants belges* ». Elle justifie cette absence de comparabilité eu égard au fait que seuls les mineurs délinquants belges bénéficient « *du droit de résider sur le territoire de leur propre pays et ne peuvent en être expulsés*<sup>114</sup> ». Cette différence subie par les mineurs pourrait être, au même titre que celle relevée entre propriétaires et locataires dans l'arrêt P.M., qualifiée de « *fondamentale* » et ôtant dès lors toute possibilité de comparaison. En revanche, s'il existe bien un traitement préférentiel au bénéfice des ressortissants des autres Etats membres de la Communauté Européenne, il a une justification objective et raisonnable. Dans ce dernier cas, il y a comparabilité des situations puisque l'analyse montre un traitement différent. Le même schéma de raisonnement structure ainsi les deux arrêts.

**24** - La Cour de Luxembourg procède aussi parfois à ce même type d'argumentation. Pour elle, lorsque la raison d'être de chaque situation est différente, l'absence de comparabilité doit être constatée. Dans une affaire de 2004<sup>115</sup>, la Cour estime que la situation d'une personne ayant pris un congé parental n'est pas comparable à celle d'une personne devant suspendre son contrat de travail pour effectuer son service national. « *Le congé parental est un congé volontairement pris par un travailleur pour élever son enfant*<sup>116</sup> », alors que « *l'accomplissement d'un service national répond à une obligation civique prévue par la loi et n'obéit pas à l'intérêt particulier du travailleur* » et répond à « *l'intérêt public* »<sup>117</sup>. « *Dans chacun des cas, la suspension du contrat de travail est ainsi motivée par des raisons propres, plus particulièrement l'intérêt du travailleur et de sa famille dans celui du service*

---

<sup>113</sup> CEDH, 18.02.1991, *Moustaquim c/ Belgique*, req. 12313/86, A. 193, RTDH, 1991, p. 385, obs. P. Martens.

<sup>114</sup> §49 de l'arrêt.

<sup>115</sup> CJCE, 08.06.2004, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten*, C-220/02.

<sup>116</sup> Point 60 de l'arrêt. La Cour en profite pour rappeler que le congé parental n'est pas assimilable au congé maternité car ils ne sont pas pris à la même période et sont régis par des législations différentes.

<sup>117</sup> Point 61 de l'arrêt.

*national. Ces raisons étant de nature différente, les travailleurs qui en bénéficient ne sont pas dans des situations comparables*<sup>118</sup>». Cela induit la possibilité de les traiter de manière différente<sup>119</sup>. Le déséquilibre existant effectivement entre les hommes et les femmes ne peut faire l'objet d'un constat égalitaire car les situations que l'on a voulu comparer n'ont aucun élément commun et obéissent chacune à une logique spécifique.

Plus directe encore, l'argumentation exposée par M. Cosmas dans ses conclusions relatives à un arrêt de 1999<sup>120</sup> montre combien certaines matières sont sensibles par nature à la comparabilité. Pour que la règle "à travail égal, salaire égal" puisse s'appliquer, il faut que les deux emplois à comparer soient identiques. C'est à cette seule condition que l'on pourra « *considérer deux catégories représentatives de travailleurs comme comparables (...), mais aussi pour qu'il existe une discrimination fondée sur le sexe entre ces catégories*<sup>121</sup> ». Ici encore, le principe d'égalité ne peut s'appliquer faute de comparaison possible entre les situations mises en cause. C'est une limite qui a des effets singuliers en matière de rémunération car « *hommes et femmes n'ont pas souvent l'occasion de comparer leur rémunération faute d'occuper des emplois dans les mêmes secteurs ou aux mêmes qualifications*<sup>122</sup> ». En conséquence, le contentieux, du moins le contentieux interne, se traduit le plus souvent par une comparaison entre hommes ou entre femmes, mais rarement en fonction du sexe<sup>123</sup>.

**25** - Ces divers exemples démontrent que les relations entre certaines situations peuvent être parfois tellement distendues qu'elles n'ont aucun point de contact et qu'ainsi toute comparaison se révèle impossible. Il s'agit bien alors d'une absence de comparabilité qui ôte toute possibilité au principe d'égalité de s'appliquer. Tout constat d'égalité ou d'inégalité est alors impossible, le jeu de la règle d'égalité ou de non-discrimination étant exclu. En conséquence, il est important de connaître les limites de la comparabilité afin de définir le cadre de l'égalité. Ce tracé passe par la détermination d'une certaine logique dans l'examen de la comparabilité.

---

<sup>118</sup> Point 64 de l'arrêt.

<sup>119</sup> Point 65 de l'arrêt.

<sup>120</sup> G. Cosmas, Conclusions, 19.01.1999, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, C-309/99, point 31.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> M-T. Lanquetin, *L'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisée en 5 ans ?*, DS, 2006, p. 624.

<sup>123</sup> Sur ce point : M. Grévy, M-T. Lanquetin, *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001*, Recherche pour le ministère de l'Emploi et de la Cohésion sociale, AFEM, 2005. Sur 660 décisions analysées, seules 20 d'entre elles comparent la rémunération d'une femme à celle d'un homme.

## Section II. L'ébauche d'une technique de comparabilité

26 - « L'élément déterminant l'effectivité du principe d'égalité est l'appréciation [qui sera faite] de la comparabilité des situations <sup>124</sup> ». A partir du moment où le juge considère les situations comme comparables, une recherche d'égalité, formelle ou matérielle, peut être effectuée. Dans le cas contraire, toute recherche d'égalité est impossible. Par conséquent, plus le juge admettra aisément la comparabilité des situations, plus le principe d'égalité pourra avoir une large place en pratique. La détermination d'un véritable critère de comparabilité est une nécessité pour parvenir à une mise en œuvre de l'égalité objective et transparente. Nous savons dorénavant que la comparabilité est pratiquée par la jurisprudence interne ou européenne. Il reste à déterminer une ligne de force pour découvrir une technique de comparabilité qui puisse s'appliquer de manière générale. La comparabilité est une question d'intensité. Les différences mises en avant sont tellement importantes qu'il est inutile d'aller plus loin. Un simple contrôle superficiel est suffisant pour faire apparaître l'inapplicabilité de l'égalité. Il s'agit d'établir un « *périmètre de comparaison* <sup>125</sup> » en dehors duquel toute analyse égalitaire devient impossible. Il faut alors découvrir quels sont les critères qui permettent d'analyser cette intensité. Or, deux éléments peuvent décrire une situation : l'élément juridique d'une part, et l'élément factuel d'autre part. L'élément juridique étant souvent une indication juridique du statut de la personne ou de sa situation, il y a fort à parier que se soit celui qui marque l'absence de comparabilité. En effet, deux situations qui n'appartiennent pas à la même catégorie juridique n'ont aucune base commune. Il nous faut donc dans un premier temps admettre la prépondérance de l'analyse de la situation juridique (§1.), avant de voir que le but recherché par cet examen est le constat de l'existence d'une base commune entre les situations (§2.).

---

<sup>124</sup> H. Surrel, *Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe*, RTDH, n°57, 01.01.2004, p. 141.

<sup>125</sup> G. Auzero, *L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise*, DS, 2006, p. 822.



## §1. La prépondérance de l'analyse de la situation juridique

**27** - C'est « *d'abord la reconnaissance d'un trait commun aux deux éléments (qui sont mis en balance) qui autorise (...) la définition d'une relation d'égalité* <sup>126</sup> ». Les éléments mis en présence étant des situations, l'enjeu est ici de définir la forme que prend concrètement ce trait commun en matière d'égalité. On estime qu'il y a discrimination lorsque notre propre situation est moins favorable que celle de notre voisin qui est pourtant dans une situation de départ identique à la nôtre. On ne veut pas comparer la personne du voisin à la nôtre, ce qui serait inepte, mais la situation dans laquelle il se trouve par rapport à la nôtre. La question de la comparabilité revient donc à définir ce qu'est la situation d'un individu et quels sont les éléments de cette situation à prendre en considération pour établir l'absence ou l'existence de relation. La situation peut se définir de deux façons : soit il s'agit de la situation juridique, soit il s'agit de la situation factuelle. En matière d'égalité, est-il possible de ne tenir compte que de l'une ou de l'autre, et dans ce cas laquelle ? Ou est-il envisageable de combiner les deux ?

**28** - A la première partie du questionnement, il semble que les deux types de situations ne soient pas exclusifs l'un de l'autre et qu'ils peuvent être analysés ensemble afin de déterminer la comparabilité. Ainsi, il est impossible d'invoquer une différence de traitement injustifiée entre les électeurs français établis hors de France et ceux établis en France puisqu'ils sont « *placés sous un régime juridique et dans des situations de fait différents* <sup>127</sup> ». Le Conseil d'Etat allant même jusqu'à parler de différence de « *matière* » entre le référendum et les autres scrutins, empêchant toute invocation de différence de traitement illicite.

**29** - Cependant, la situation juridique peut guider le juge de manière définitive vers le constat d'absence de comparabilité. La comparaison de la situation d'un agent de la police municipale avec celle d'un fonctionnaire de la police municipale est impossible car ils n'exercent pas les mêmes « *missions* » et sont soumis à des « *statuts particuliers différents* ».

---

<sup>126</sup> C. Schroeder, *L'esprit d'égalité. Contribution à la pensée politique de Luce Irigaray*, Editions Thot, 2002, p. 15 ; voir aussi J. Moeschler et A. Reboul, *Dictionnaire encyclopédique de pragmatique*, Seuil, 1998, p. 414 : « *Pour qu'une comparaison soit vraie, il faut et il suffit que les objets comparés aient au moins une propriété commune* ».

<sup>127</sup> CE Ass., 10.09.1992, Madame Meyet, n°140376, 140377, 140378, 140379, 140416, 140417, 140832, rec. p. 327 ; voir également *a contrario* CE, 27.06.1986, Confédération nationale des retraités militaires et des veuves de militaires de carrière, n°26793, Inédit au Recueil.

Ils sont ainsi « *placés dans une situation juridique différente* » qui leur ôte toute possibilité de se prévaloir d'une éventuelle méconnaissance du principe d'égalité devant le service public<sup>128</sup>. La situation juridique est ainsi définie par l' « *ensemble de tous les pouvoirs et devoirs juridiques* »<sup>129</sup> d'un individu. « *Le propriétaire, l'homme marié, l'enfant mineur possèdent une situation juridique qui est constituée par tous les pouvoirs et devoirs qu'ils détiennent en cette qualité* »<sup>130</sup>. La situation juridique va ainsi plus loin que la situation factuelle, même si cette dernière est un élément « *intrinsèque* »<sup>131</sup> de la première. En ce sens, l'appartenance à différentes situations juridiques conduit souvent à un constat d'absence de comparabilité puisque la situation juridique d'un individu peut être considérée comme « *une modalité de l'identification* »<sup>132</sup>. Elle permet à l'individu de se situer dans la société, en l'éclairant sur les différences qui lui sont propres et qui font de lui un sujet de droits et obligations spécifiques. En cela, l'appartenance à une catégorie juridique, corollaire de l'ouverture d'une situation juridique distincte, peut constituer le fondement d'un constat d'absence de comparabilité puisque la différence essentielle entre les individus a été appréhendée par le droit. L'égalité ne peut être appliquée, la mise en relation de la situation des différents individus étant précédemment niée par la norme juridique ayant pourvu les individus de droits et obligations différents<sup>133</sup>.

**30** - Le critère juridique, qui semble déjà prépondérant dans cette dernière jurisprudence, peut parfois être utilisé seul pour déterminer une absence de comparabilité des situations. C'est ainsi que les situations juridiquement différentes des agents lors de la constitution d'un nouveau corps de fonctionnaires n'impliquent pas l'identité de traitement<sup>134</sup>. L'aspect administratif peut aussi avoir des conséquences définitives. Ainsi, de la même manière que précédemment, il ne peut y avoir violation du principe d'égalité pour un traitement différent de « *fonctionnaires se trouvant dans des situations administratives différentes* »<sup>135</sup>. Une logique identique est employée en matière de service public. Le principe d'égalité ne concerne que les usagers d'un même service, la comparaison de la situation d'usagers de

---

<sup>128</sup> CE, 26.04.1997, Union nationale autonome de la police municipale, n°180826, Inédit au Recueil.

<sup>129</sup> R. Bonnard, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1926, p. 26.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> I. Dombia, *Esquisse d'une théorie de la situation juridique*, RRJ, 2004, p. 1647.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> Voir la définition précédemment citée de R. Bonnard, *Op. cit.*, p. 26.

<sup>134</sup> CE, 03.12.1993, Syndicat national des ingénieurs du génie sanitaire, n°115995, Inédit au Recueil.

<sup>135</sup> CE, 31.03.1993, Brunel, n°111127, Inédit au Recueil ; voir aussi CE, 01.03.1993, Commune de Chambray-les-tours, n°111077, Inédit au Recueil ; CE, 23.09.1991, Expert, n°112397, Inédit au Recueil.

différents services se révélant « *inopérante* <sup>136</sup> ». Le cadre légal reste crucial pour déterminer la comparabilité des situations.

**31** - Parfois, la situation juridique détruit l'implication dans le contrôle de la situation factuelle. Ainsi, après avoir admis que des agents titulaires et des fonctionnaires pouvaient exercer des « *fonctions similaires* », le Conseil d'Etat estime qu'ils sont placés dans une situation juridique différente. Par conséquent, le fait de mettre en place au sein d'un même établissement public des commissions administratives uniquement pour les fonctionnaires « *n'est pas constitutif d'une rupture d'un principe d'égalité entre les deux catégories d'agents* <sup>137</sup> ». Plus nettement encore, le Conseil d'Etat affirme que « *le principe d'égalité de traitement ne s'applique qu'entre fonctionnaires d'un même corps ou d'un même cadre d'emplois qui sont placés dans une situation identique* <sup>138</sup> ». Même si une partie du personnel appartenant à la direction de l'administration du ministère de l'intérieur, qui travaille selon des modalités particulières, subit les mêmes conditions de travail que le personnel employé dans d'autres ministères, sa situation n'en est pas moins incomparable car c'est l'appartenance au corps qui détermine la comparabilité. Le jeu du principe de l'égalité de traitement ne peut être ici qu'écarté <sup>139</sup>. Cela conduit au fait paradoxal que deux catégories de fonctionnaires peuvent être dans des situations de fait similaires, voire identiques, et subir une différenciation sans que cela puisse être considéré comme une discrimination du fait de situations jugées incomparables <sup>140</sup>.

**32** - Plusieurs cas de figure sont possibles. Soit nous nous trouvons face à deux corps d'agents différents et, dans ce cas, le principe d'égalité ne peut se voir appliqué quelle que soit la ressemblance ou la dissemblance de leur situation. Soit, nous nous situons au sein du même corps d'agents et l'analyse des situations se fait par le prisme du principe d'égalité. Il restera ensuite à déterminer si les situations en cause à l'intérieur de ce même corps d'agents

---

<sup>136</sup> CE, 10.06.1988, Sociétés Bianic et Artimor, 74519, Inédit au Recueil.

<sup>137</sup> CE, 04.04.1997, Madame Delena, 143946, rec. p. 912.

<sup>138</sup> CE, 17.10.2003, Syndicat national Force Ouvrière des personnels de préfecture, n° 247271, Inédit au Recueil. Voir également : CE, 22.02.2006, M. X., n° 262623, Inédit au Recueil ; CE, 22.02.2006, M. X., n° 258555 ; CE, 25.05.2005, Mme ZY, n° 287765, Inédit au Recueil.

<sup>139</sup> CE, 15.01.1992, M. Broulhet, n° 67915, Inédit au Recueil.

<sup>140</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 98.

sont similaires ou non pour juger de la licéité de la différence de traitement<sup>141</sup>. C'est à ce moment précis qu'intervient le contrôle de comparaison.

**33** - Quant l'activité de la Cour de cassation sur la définition de la comparabilité en matière d'égalité, elle est exceptionnelle. Nous pouvons toutefois mettre en valeur un arrêt concernant la réévaluation des loyers<sup>142</sup>. La Cour rappelle à cette occasion que la réévaluation est possible sous certaines conditions, notamment que la proposition du bailleur soit faite en fonction des loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables. Elle poursuit en indiquant que « *pour assurer la comparabilité des logements, le décret du 15 février 1989, applicable en vertu de l'article 25 V de la loi du 6 juillet 1989, oblige le bailleur à indiquer l'étage, l'état d'équipement du logement, l'existence d'annexes éventuelles, la surface habitable et le nombre de pièces principales* ». La comparabilité dépend ici d'éléments qui paraissent purement factuels, les équipements ou la surface habitable peuvent difficilement passer pour des éléments juridiques. Cependant, ces éléments sont décrits directement par la loi. Si cela ne donne pas directement des droits et des obligations différents comme c'est le cas d'un statut d'agent ou de fonctionnaire, cela donne un cadre juridiquement défini. Il s'agit en fait d'un cadre défini par voie législative comportant des éléments de fait. La nature juridique de la situation est encore présente, ce qui renforce une fois de plus le poids de la situation juridique. Plus claire encore est la jurisprudence de la Haute juridiction relative à l'application de la règle "à travail égal, salaire égal". Dans un arrêt de 2005<sup>143</sup>, elle estime que « *la Cour d'appel, qui a constaté que les salarié qui revendiquaient le bénéfice d'un jour de congé supplémentaire n'appartenaient pas aux entreprises au sein desquelles ce droit était reconnu en vertu d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur ou d'un statut de droit public ; qu'elle en a exactement déduit que le principe "à travail égal, salaire égal" ne s'appliquait pas* ». La difficulté en cause se pose en termes de possibilité d'application de l'égalité en matière de rémunération et non un constat de violation de cette égalité.

**34** - Pour résumer, le contrôle de comparabilité, lorsqu'il peut être décelé, porte aussi bien sur la situation factuelle que sur la situation juridique. Toutefois, la solution dépend en premier lieu de la situation juridique. Si la situation factuelle vient confirmer la situation

---

<sup>141</sup> CE, 05.11.2003, Syndicat de la juridiction administrative, n° 253515, rec. p. 622 ; CE, 29.10.2003, Syndicat autonome des personnels navigants du groupement d'hélicoptères de la sécurité civile, n° 244957, rec. p. 418.

<sup>142</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 27.01.1993, 90-21857, inédit titré.

<sup>143</sup> Cass. Soc., 07.07.2005, 03-43074, Bull. 2005, V, n° 235, p. 206.

juridique, l'absence de comparabilité n'a alors que plus de poids. En revanche, si les deux situations donnent un constat contraire, c'est la situation juridique qui est prise en compte, ce qui amène parfois le juge à seulement se contenter de l'analyse de la situation juridique. Nous pouvons voir ici que dès le premier stade du processus égalitaire, c'est l'élément juridique qui est prépondérant dans l'analyse de la comparabilité. Cependant, cette condition juridique vaut aussi bien pour la justification de l'applicabilité de l'égalité que comme justification de son absence d'applicabilité. C'est sans doute le seul cas où l'analyse juridique dessert l'égalité en permettant son rejet.

## **§2. La détermination d'une base commune**

**35** - La comparabilité dépend d'une analyse superficielle des situations : les traits grossiers qu'elles ont en commun permettent de pousser plus avant leur confrontation. La comparaison revient sur l'existence de différences, mais ne permet de contrôler que celles qui sont plus minimales et demandent une attention particulière pour être déterminées. Les différences de situation se retrouvent à deux stades distincts dans l'égalité. Elles peuvent d'abord être présentes afin de justifier d'une absence d'applicabilité de l'égalité, ce sont ici des différences flagrantes et indéniables. Elles peuvent ensuite être invoquées en tant que justification à un traitement différent. Elles peuvent aussi agir au sein de la comparaison. La seule distinction entre ces deux types de différences de situation ne peut être faite que dans un rapport quantitatif. Les premières sont tellement fortes que l'égalité n'est plus concernée, les secondes existent mais nécessitent une lecture plus approfondie pour être décelées. Elles ne sont pas assez fortes pour une absence de comparabilité, mais trop intenses pour estimer les situations équivalentes. Comme la comparabilité ne fait pas l'objet d'un systématisme permettant une analyse poussée, il faut procéder par un examen *a contrario* des éléments dont nous disposons et qui se rapportent aux différences de situation mises au jour lors du contrôle de comparaison. L'élément prépondérant en la matière étant l'existence d'une base commune, cela signifie que les différences amenant à une non comparabilité sont celles qui mettent en lumière une absence de base commune entre les situations.

**36** - La jurisprudence de la Cour européenne permet une approche de la notion de base commune assez détaillée. Elle énonce dans un certain nombre d'arrêts qu'il est possible de déterminer une différence entre les situations alors qu'elles apparaissent analogues dans leur globalité. Elle estime en effet « *que les Etats contractants jouissent d'une certaine "marge d'appréciation" pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des différences de traitement juridique* <sup>144</sup> ». Dans un arrêt de 1997<sup>145</sup>, le processus suivi par la Cour apparaît clairement. Les requérants étaient des "caisses mutuelles de dépôts". Leurs investisseurs étaient assujettis à l'impôt sur le revenu au titre des intérêts que portent leurs dépôts. Les conditions d'imposition avaient été modifiées par la loi de finances de 1984 afin d'aligner ce régime spécifique sur celui des banques. Les sociétés requérantes se plaignaient d'une violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du protocole 1 au motif que la combinaison de leur statut spécifique avec les nouvelles dispositions fiscales leur faisait payer des intérêts supplémentaires. Elles s'étaient cependant acquittées de cet impôt avec comme seul signe de protestation leur association à la procédure engagée par une autre caisse mutuelle de dépôts (la Woolwich) qui obtint le remboursement d'une certaine somme. Après de multiples procédures internes, plus ou moins infructueuses, les trois sociétés requérantes contestaient la différence de traitement dont elles étaient

---

<sup>144</sup> CEDH, 28.11.1984, Rasmussen c/ Danemark, req. 8777/79, A 87 (JDI, 1986, p. 1074, obs. P. Tavernier). Pour d'autres exemples : CEDH, 28.05.1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni, req. 9214/80, 9473/81, 9474/81, A 94 ; CEDH, 28.10.1987, Inze c/ Autriche, req. 8695/79, A 126 ; CEDH, 21.02.1986, James et autres c/ Royaume-Uni, req. 8793/79, A 98 (JDI, 1987, p. 772, obs. P. Tavernier ; CDE, 1988, p. 479, obs. G. Cohen-Jonathan) ; CEDH, 08.07.1986, Lithgow et autres c/ Royaume-Uni, req. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, A 102 (CDE, 1998, p. 481, obs. G. Cohen-Jonathan) ; CEDH, 19.12.1989, Kamasinski c/ Autriche, req. 9783/82, A 168 ; CEDH, 18.07.1994, Karlheinz Schmidt c/ Allemagne, req. 13580/88, A 291-B ; CEDH, 25.11.1994, Stjerna c/ Finlande, req. 18131/91, A 299-B (JCP G., 1995, I, 3823, n° 31, Chr. F. Sudre) ; CEDH, 22.10.1996, Stubbings et autres c/ Royaume-Uni, req. 22083/93, 22095/93, Rec. 1996-IV (JCP G., 1997, I, 4000, n° 22, Chr. F. Sudre) ; CEDH, 21.02.1997, Van Raalte c/ Pays-Bas, req. 20060/92, Rec. 1997-I (JCP G., 1998, I, 107, n° 44, Chr. F. Sudre) ; CEDH, 16.09.1996, Gayguzuz c/ Autriche, req. 17371/90, Rec. 1996-IV (D., 1998, p. 438, note J-P. Marguénaud et J. Mouly) ; CEDH, 27.03.1998, Petrovic c/ Autriche, req. 20458/92, Rec. 1998-I (RTDH, 1998, p. 721, obs. S. Priso) ; CEDH, 03.10.2000, Camp et Bourimi c/ Pays-Bas, req. 28369/95, Rec. 2000-X ; CEDH, 11.10.2001, Sahin c/ Allemagne, req. 30943/96 ; CEDH, 11.10.2001, Sommerfeld c/ Allemagne, req. 31871/96 ; CEDH, 26.02.2002, Fretté c/ France, req. 36515/97, Rec. 2002-I (JCP G., 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre) ; CEDH, 29.04.2002, Pretty c/ Royaume-Uni, req. 2376/02, Rec. 2002-III (JCP, 2002, I, 157, n° 1 et 13, obs. F. Sudre ; RJPF, 2002, 7.8/11, obs. E. Garaud ; RTDCiv, 2002, p. 858, obs. J-P. Marguénaud ; RTDH, 2003, p. 71, note O. de Schutter) ; CEDH, 11.06.2002, Willis c/ Royaume-Uni, req. 36042/97, Rec. 2002-IV (JCP G., 2002, I, 157, n° 22) ; CEDH, 24.09.2002, Posti et Rahko c/ Finlande, req. 27824/95, Rec. 2002-VII ; CEDH, 09.01.2003, L. et V. c/ Autriche, req. 39392/98, 39829/98, Rec. 2003-I (JCP G., 2003, I, 160, n° 16, Chr. F. Sudre) ; CEDH, 16.12.2003, Palau-Martinez c/ France, req. 64927/01 (JCP G., 2004, II, 10122, note A. Gouttenoire) ; CEDH, 09.01.2003, S. L. c/ Autriche, req. 45330/99, Rec. 2003-I (D., 2003, p. 2278, obs. L. Burgorgue-Larsen ; RDP, 2004, p. 840, Chr. H. Surrel) ; CEDH, 22.06.2004, Aziz c/ Chypre, req. 69949/01, Rec. 2004-V ; CEDH, 16.11.2004, Ünal Tekeli c/ Turquie, req. 29865/96 ; CEDH, 30.06.2005, Jahn et autres c/ Allemagne, req. 46720/99, 72203/01, 72552/01.

<sup>145</sup> CEDH, 23.10.1997, National et provincial building sty, the leeds permanent building sty et the yorkshire building sty c/ Royaume-Uni, req. 21319/93, 21449/93, 21675/93, Rec. 1997-VII (JDI, 1998, p. 225, obs. P. Tavernier).

victimes par rapport à la Woolwich. La Cour n'admet pas ici de traitement discriminatoire. Elle rappelle que « *les Etats contractants jouissent d'une certaine "marge d'appréciation" pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des différences de traitement juridique* <sup>146</sup> ». Cependant si « *les requérantes se trouvent assurément dans une situation analogue, sinon identique* », au niveau des dispositions fiscales « *seule la Woolwich a pris le parti indépendant et hardi de contester par la voie judiciaire la validité du règlement* » <sup>147</sup>. Même si les requérantes se sont associées à la Woolwich, seule cette dernière a pris des risques, ce qui signifie, aux yeux de la Cour, qu'elles ne se trouvaient pas « *dans une situation comparable en la matière à celle de Woolwich* » <sup>148</sup>. La différence de traitement est alors justifiée puisqu'il existe une différence de situation, malgré le constat initial d'analogie entre les situations des requérantes et de la société ayant agi en justice. La différence de situation, en tant que justification à une mesure différenciatrice, n'est possible qu'entre situations proches mais présentant, sur un point spécifique, une différence assez nette. En l'occurrence, si les requérantes s'étaient plaintes d'une différence de traitement par rapport à la Woolwich sur le montant initial de l'impôt ou encore à cause d'une différence dans son mode de calcul, la Cour aurait accepté d'y voir une discrimination. En effet, leur situation respective est identique sur ces sujets. En revanche, après l'action en justice exercée par la Woolwich, leurs situations deviennent différentes. Il existe toutefois une base commune entre la Woolwich et les requérantes. C'est seulement en fonction de cette base commune que l'article 14 est applicable : les situations sont assez proches pour être comparées, mais pas assez pour être équivalentes.

**37 -** C'est le choix du point de vue qui peut créer des différences entre des situations que l'on considère initialement comme dépourvues de différences. Elles ont, dans tous les cas, une base commune. Une différence qui entraîne une absence de comparabilité ne dépend pas du point de vue choisi : dans tous les cas, les différences sont tellement importantes qu'il est impossible d'y voir une base commune. La Cour qualifie alors les différences de « *fondamentales* ». Dans l'arrêt Van der Musselle <sup>149</sup>, le requérant se plaignait d'un traitement plus défavorable des avocats par rapport à d'autres professions telles que les juges et greffiers qui bénéficient de rémunérations de la part de l'Etat dans les affaires d'assistance judiciaire, ou encore les médecins, pharmaciens ou dentistes qui ne prêtent pas gratuitement leurs

---

<sup>146</sup> § 88 de l'arrêt.

<sup>147</sup> § 89 de l'arrêt.

<sup>148</sup> § 89 de l'arrêt.

<sup>149</sup> CEDH, 23.11.1983, Van der Musselle c/ Belgique, req. 8919/80, A 70.

services aux indigents. La Cour relève à cet égard qu'il « *existe entre le barreau et les diverses professions énumérées par l'intéressé, y compris même les professions judiciaires et parajudiciaires, des différences fondamentales que Gouvernement et majorité de la Commission soulignent à juste titre : différences quant au statut, aux conditions d'accès à la carrière, à la nature des fonctions, à leurs modalités d'exercices, etc. Les éléments dont dispose la Cour ne révèlent pas de similitude entre les situations disparates dont il s'agit : chacune d'elle se caractérise par un ensemble de droits et d'obligations dont il apparaît artificiel d'isoler un aspect donné*<sup>150</sup> ». Les éléments mis en avant sont tellement éloignés que la Cour ne parle pas seulement de situations différentes, mais de situations « *disparates* ». En conséquence, elle rejette l'analyse de chaque élément de manière distincte et estime que, de manière globale, il ne peut y avoir de violation de l'article 14 combiné avec l'article 4.

**38** - La Cour procède de la même manière en ce qui concerne une éventuelle comparaison de la situation des locataires et des propriétaires<sup>151</sup> et renvoie vertement la requérante à ses obligations en estimant laconiquement qu'elle « *compare sa situation à celle de son locataire. Au vu des différences fondamentales qui existent entre un propriétaire et un locataire, la Cour estime que leurs situations ne peuvent être considérées comme comparables, de sorte qu'elle ne décèle aucune discrimination à cet égard*<sup>152</sup> ». Les juges strasbourgeois ne recherchent pas le point de vue particulier adopté pour le litige. Dans tous les cas, les situations sont différentes, il n'existe aucune analogie possible quel que soit le domaine de la relation concerné entre les propriétaires et les locataires ou les avocats et les autres professions judiciaires.

**39** - La Cour de justice des Communautés européennes reprend une terminologie identique. Dans un arrêt de 2005<sup>153</sup>, elle explique que « *dans le contexte de la titularisation, il est évident que la nature d'un contrat à durée déterminée est fondamentalement différente de celle d'un contrat à durée indéterminée ou encore d'un poste titularisé. Par conséquent, les travailleurs ayant conclu un contrat à durée déterminée ne se trouvent pas dans une situation comparable, au regard de la titularisation, à celle des travailleurs occupant des postes en vertu d'un contrat à durée indéterminée* ». Bien que le terme ambigu "comparable"

---

<sup>150</sup> § 46 de l'arrêt.

<sup>151</sup> CEDH, 11.01.2001, P. M. c/ Italie, req. 24650/94.

<sup>152</sup> § 54 de l'arrêt.

<sup>153</sup> CJCE, 10.03.2005, Nikoloudi, C-196/02.



apparaisse en l'espèce, la question de la comparabilité est assez nette en vertu des différences fondamentales entre les deux types de contrat.

**40** - Cet arrêt est une exception sur la question de la lisibilité de l'argumentation de la Cour face au problème de la comparabilité. En effet, la plupart du temps, les avocats généraux se montrent plus explicites qu'elle sur ce sujet. Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankkasse*<sup>154</sup>, M. Cosmas explique qu'il peut exister des différences fondamentales dans la formation des salariés, ce qui conduit l'intéressé à accomplir « *un travail absolument différent* » ou à occuper « *un poste de travail absolument différent* », sans qu'aucune discrimination dans la rémunération soit déterminable<sup>155</sup>. Il sera suivi dans son raisonnement par la Cour, mais sans aucune référence explicite au caractère fondamental de la différence. Cependant, il est patent qu'elle différencie ici comparaison et comparabilité<sup>156</sup>. Elle énonce en effet, en faisant une référence directe aux conclusions de l'avocat général, que « *la formation professionnelle ne constitue donc pas seulement l'un des facteurs susceptibles de justifier objectivement une différence dans les rémunérations attribuées à des travailleurs effectuant un même travail. Elle figure également au nombre des critères permettant de vérifier si les travailleurs effectuent ou non un même travail* »<sup>157</sup>. La différence peut être relative, auquel cas les différences de traitement sont concernées, ou absolue, ce qui entraîne l'inapplicabilité du principe d'égalité.

**41** - Il arrive aux juridictions internes de procéder de la même manière en mettant l'accent sur le point de vue nécessaire à la comparaison. En 1997, le Conseil d'Etat<sup>158</sup> a été confronté à une réglementation préfectorale relative à l'utilisation de l'eau. Il était prévu que seuls les horticulteurs et les pépiniéristes pouvaient avoir recours à l'irrigation. Les agriculteurs, quant à eux, avaient l'interdiction d'irriguer. Le Conseil d'Etat refuse de voir dans cette mesure une discrimination puisque les maraîchers, horticulteurs et pépiniéristes « *ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des autres agriculteurs, au regard de leur besoin en eau* ». De plus, sur une éventuelle discrimination entre les agriculteurs et les autres catégories d'usagers, le Conseil d'Etat se contente d'affirmer qu'on « *ne saurait soutenir que l'arrêté comportait une discrimination* ». La différence de raisonnement dans les deux cas est nette. Pour ce qui est de la situation des agriculteurs et de celle des maraîchers,

---

<sup>154</sup> G. Cosmas, 19.01.1999, Conclusions sous *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankkasse*, C-309/97.

<sup>155</sup> Point 34 des conclusions.

<sup>156</sup> CJCE, 11.05.1999, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankkasse*, C-309/97.

<sup>157</sup> Point 19 de l'arrêt.

<sup>158</sup> CE, 21.02.1997, *Ministre de l'environnement*, 139504, rec. p. 713.

horticulteurs et pépiniéristes, la situation est globalement équivalente, mais présente une différence sur les besoins en eau, ce qui justifie une différence de traitement. En revanche, il n'y a aucun point commun entre les agriculteurs et les autres catégories d'usagers, il n'y a donc pas à comparer la différence de traitement, le principe d'égalité n'étant pas applicable. De la même manière, la Cour de cassation refuse d'appliquer le principe "à travail égal, salaire égal" au sein d'une même unité économique et sociale : « *il ne peut y avoir de comparaison entre les conditions de rémunération [d'un] salarié et celle d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale* ». Aucune comparaison n'est donc possible puisque les liens entre les situations sont trop distendus. Ces liens peuvent néanmoins se resserrer si ces conditions de rémunération « *sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail des salariés est accompli dans le même établissement* <sup>159</sup> ». Les salariés en cause relèvent d'entités économiques différentes<sup>160</sup>, mais peuvent se trouver rattachés par des liens juridiques<sup>161</sup>. Une fois de plus, le lien juridique est primordial afin de constater une quelconque comparabilité. Cela a sans doute l'avantage de l'objectivité et de la simplicité d'analyse, alors qu'en pratique le seuil de comparabilité est souvent difficile à déterminer.

**42** - Même si la casuistique semble être de rigueur en matière de comparabilité, il est possible de distinguer une forme de technique employée par les juridictions internes et européennes. L'absence de comparabilité dépend d'une différence fondamentale, selon les termes de la Cour de Strasbourg, qui rend automatiquement les situations incomparables. Concrètement, l'existence de différences fondamentales se traduit par l'absence de base commune entre les situations. Les différences constatées sont tellement importantes qu'aucun point d'achoppement n'est visible lors d'un examen grossier. En revanche, certaines différences n'apparaissent qu'après un examen plus approfondi et naissent à partir du point de vue qu'il faut prendre pour effectuer la comparaison. Dans ce cas une base commune entre les situations existe, mais elle ne se révèle qu'au stade de la comparaison.

---

<sup>159</sup> Cass. Soc., 01.06.2005, n° 04-42143, Bull. soc., 2005, V, n° 185, p. 163 ; DS, 2005, p. 1049, note C. Radé ; JCP, G, 2005, II, 10092, obs. P. Lokiec.

<sup>160</sup> Sur ce point : D. Corrigan-Carsin, *Principe « à travail égal, salaire égal ». Différences de traitement entre établissements au sein d'une même entreprise*, JCP, S, 2006, II, 1239.

<sup>161</sup> L'inverse est aussi vrai : les négociations collectives peuvent prévoir des rémunérations spécifiques au sein de chaque établissement, empêchant ainsi le jeu du principe "à travail égal, salaire égal" : Cass. Soc., 18.01.2006, n° 03-45422. Sur cet arrêt : D. Corrigan-Carsin, *Loc. cit.*

## *Conclusion du Chapitre I*

43 - Le fait de dégager les orientations du contrôle de comparabilité tel qu'il est appliqué de manière casuelle par les juridictions internes et européennes, permet d'élever une barrière entre l'applicabilité et l'application du principe d'égalité. Certes, jusqu'à présent il est impossible de dégager un critère général, mais l'analyse de l'exercice de la comparabilité permet de décrire les éléments essentiels à la technique d'un tel contrôle. Si la prégnance des éléments juridiques est certaine, les éléments factuels ne sont pas totalement oubliés pour autant. Dès le départ, l'égalité ne peut exclure totalement les faits. Il est surprenant de voir à quel point les juridictions négligent le contrôle de comparabilité au regard de l'importance de l'égalité. La protection effective de cette valeur fondamentale<sup>162</sup> ne peut pourtant passer que par une définition stricte et rationnelle de tous ses aspects. La première définition à donner est justement celle de ses limites extérieures, donc son applicabilité. Ce besoin de définition est d'autant plus fort que le constat d'absence de comparabilité conduit en pratique à ce que des situations puissent être traitées de manière différente sans qu'aucun contrôle puisse être effectué sur les conséquences de ce traitement différent. Faire la distinction entre les différences entraînant l'absence de comparabilité et celles qui justifient simplement un traitement différent au stade de la comparaison est essentiel. Les premières ne sont pas soumises au jeu de l'égalité et ne peuvent faire l'objet d'aucun contrôle, tandis que les secondes, en tant que situation particulière évoluant dans la sphère de l'égalité, doivent être soumises à un contrôle, notamment de proportionnalité. Les plus virulents détracteurs des discriminations positives, se fondant pour la plupart sur le traitement juridique différent qu'elles mettent en œuvre<sup>163</sup>, devraient avant tout se pencher sur la difficulté spécifique de la comparabilité. L'absence de comparabilité a des conséquences définitives qu'aucun contrôle effectué *a posteriori* ne peut venir encadrer. L'incertitude face à la comparabilité est plus dangereuse pour l'égalité et le principe d'égalité que toute différence de traitement justifiée et contrôlée de manière adéquate.

---

<sup>162</sup> E. Dockès, *Valeurs de la démocratie. Huit valeurs fondamentales*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2005, p. 31 et s..

<sup>163</sup> Parmi ceux-ci nous pouvons notamment citer : A-G. Slama, *Le siècle de monsieur Pétain. Essai sur la passion identitaire*, Perrin, 2005. L'auteur se retranche derrière le repli identitaire et communautariste que représenteraient ces mesures afin de justifier leur éviction et d'assurer la pleine puissance de la vision classique de l'égalité fondée sur la généralité de la règle de droit.



## Chapitre II

### La comparaison des situations ayant une base commune

44 - « *Le bon sens est la juste comparaison des choses* <sup>164</sup> », cependant le bon sens en matière d'égalité a une définition singulière. A n'en pas douter, « *l'opération intellectuelle de comparaison est à la base du contrôle de la discrimination* <sup>165</sup> ». Du résultat de ce contrôle apparaîtra une éventuelle discrimination, formelle ou matérielle. La comparaison est le « *premier temps* <sup>166</sup> » de l'application du principe d'égalité et c'est d'elle dont va dépendre toute la pratique de l'égalité. Donner un cadre à cette étape est primordial pour une bonne connaissance de l'égalité et pour comprendre l'orientation de l'égalité choisie. Cette étude est d'autant plus nécessaire que c'est un mécanisme propre à l'égalité. « *La comparaison est une opération de l'esprit par laquelle sont réunis dans une confrontation méthodique les objets à comparer, afin que leurs rapports soient précisés* <sup>167</sup> ». A cet égard, l'analyse de la comparabilité a déjà démontré que l'élément central de la réflexion égalitaire est la notion de situation. La comparaison étant la conséquence d'une comparabilité des situations, il paraît cohérent de se fonder sur cette même situation pour expliquer la notion de comparaison. L'établissement de la base commune entre les situations dépend des éléments qui définissent ces situations. Ce sont souvent les considérations factuelles qui peuvent amener à des différences mais qui, pour autant, n'enlèvent pas la base commune juridique que continuent à

---

<sup>164</sup> Montesquieu, cité par C. Schroeder, *L'esprit d'égalité. Contribution à la pensée politique de Luce Irigaray*, Editions Thot, 2002, p. 13.

<sup>165</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 388.

<sup>166</sup> O. Jouanjan, *Egalité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 585.

<sup>167</sup> L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé. Tome II. La méthode comparative*, LGDJ, Paris, 1974, p. 22.

avoir les situations. Le fait que ces éléments factuels soient généralement pris en compte conduit à une véritable technique de comparaison spécifique à l'égalité.

Nous verrons donc dans un premier temps que la notion de situation factuelle est le centre de la comparaison en matière d'égalité (Section I.), et, dans un second temps, que cela est inédit, faisant de la comparaison égalitaire une technique spécifique (Section II.).

## **Section I. Une prise en compte des éléments factuels des situations**

**45** - La comparaison étant un élément indissociable de l'égalité, le principe d'égalité a dû l'intégrer dans son fonctionnement. Ce contrôle apparaît alors comme une véritable technique, au sens où un ensemble de procédés méthodologiques du principe d'égalité y est consacré. Le fonctionnement effectif du principe d'égalité implique toujours la présence de quatre éléments<sup>168</sup> :

- Un comparé,
- Un terme de comparaison : comme, pareil à..., identique, différent de...,
- Un comparant,
- Un trait commun au comparant et au comparé. Par exemple, la situation familiale, l'âge, l'orientation sexuelle, l'accès à un travail.

**46** - Si le terme de comparaison et le trait commun ne posent pas de difficultés, c'est sur le choix du comparé et du comparant que doivent porter les efforts. Il n'est pas question de comparer les personnes qui sont le support de la revendication égalitaire. Comparer un homme et une femme par rapport à la grossesse ou une personne valide à une personne handicapée est absurde et dangereux. A l'inverse, il ne s'agit pas non plus d'exercer une comparaison sur des institutions. Déterminer une égalité en comparant le PACS au mariage ou encore la SARL à la société anonyme<sup>169</sup> relève d'un non sens. L'intérêt de la diversité de ces institutions est d'offrir de multiples statuts adaptés à l'hétérogénéité des besoins ou des

---

<sup>168</sup> C. Schroeder, *Op. cit.*, p. 14.

<sup>169</sup> Sur ce dernier exemple : P. Jestaz, *L'égalité et l'avenir du droit de la famille*, in « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à François Terré, PUF, Dalloz, Ed. du juriste, 1999, p. 417.

choix. Par nature, elles se doivent d'être différentes. L'égalité n'est pas en cause ici puisque la comparaison se fait sur la base de l'institution dont dépend chaque individu. L'égalité se définit par rapport à deux situations que l'on met en balance. Le Conseil constitutionnel indique ainsi que « *si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, il n'en est ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence des situations et n'est pas incompatible avec la finalité de cette loi*<sup>170</sup> ». La comparaison en matière d'égalité se fait en fonction de la situation, pour autant, le problème n'est pas entièrement résolu. Quels sont les éléments constitutifs de la situation à prendre en compte dans le processus de comparaison ? Se contenter des situations juridiques, entendues comme « *les situations individuelles et concrètes dans lesquelles peuvent se trouver placées les personnes les unes vis-à-vis des autres, sur la base de règles juridiques*<sup>171</sup> », est nécessairement incomplet voire contradictoire avec la comparabilité. Nous avons vu que la comparabilité s'exprime principalement au travers de la situation juridique. Cependant, les éléments factuels peuvent venir corroborer ce premier constat. Au stade de la comparaison, ne tenir compte que de la situation juridique constitue un retour en arrière par rapport à la comparabilité. De plus, ici, il s'agit de débusquer des différences qui ne sont pas apparentes et nécessitent pour ce faire un contrôle plus sévère. Ne pas aller plus loin que la situation juridique compromet fortement le caractère strict de ce contrôle. La seule différence de situation devrait permettre de conclure à l'existence de différences selon un point de vue particulier. Pour que la comparaison puisse être viable, il faut que les éléments présentés soient plus nombreux. Ce sont donc les éléments factuels qui vont permettre une lecture approfondie de la situation du comparant et du comparé. C'est sans doute la notion de discrimination indirecte qui nous éclaire le mieux quant à l'importance des éléments de fait. Une discrimination indirecte est une « *situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe*<sup>172</sup> ». Cette définition, qui décrit le rapport égalitaire entre les hommes et les femmes, intéresse tous les caractères pouvant être le point de départ d'une discrimination (la religion, les convictions, le handicap, l'orientation

---

<sup>170</sup> CC, 17.01.1979, 78-101 DC, Loi portant modification des dispositions du titre 1<sup>er</sup> du livre V du code du travail relatives aux conseils des prud'hommes.

<sup>171</sup> P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, p. 2.

<sup>172</sup> Directive, 13.12.2004, 2004/113/CE, du Conseil, Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, article 2.

sexuelle<sup>173</sup>). L'analyse de la seule règle juridique n'est pas entièrement satisfaisante afin d'éprouver la différence de situation subie par une personne. La Cour européenne des droits de l'homme s'attache elle aussi aux effets de la norme et non seulement à la forme de celle-ci. Elle « *considère que si une politique ou une mesure générale ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, l'on ne saurait exclure qu'elles soient considérées comme discriminatoires, nonobstant le fait qu'elles ne visent pas ce groupe en particulier* <sup>174</sup> ». L'effort de prise en compte de la réalité factuelle apparaît de la même manière en matière de discrimination dissimulée. En effet, « *selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes les formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* <sup>175</sup> ». Tout comme la possibilité de constater des discriminations indirectes, ce sont les données factuelles qui guident le juge dans sa décision. Ces deux exemples montrent que, contrairement à la comparabilité, la comparaison tient compte des éléments de fait qui peuvent contredire la situation juridique. Les premiers sont même préférés puisque ce sont eux qui viennent déterminer l'existence d'une différence entre les hommes et femmes pourtant traités juridiquement de la même manière. L'analyse de la situation matérielle est donc déterminante pour le résultat de la comparaison.

**47** - Dans ce cadre, nous nous rapprochons de la notion de situation de fait. Cette dernière peut être définie de diverses manières. Dans une première acception, la situation de fait est composée des éléments de faits qui constituent un litige<sup>176</sup>, ce qui ne sollicite en rien l'égalité. De même, n'est pas intéressée la situation de fait qui donne une efficacité à un contrat envers les tiers<sup>177</sup>. L'égalité dépassant le simple cadre du droit des obligations, il paraît difficile de se servir de cette acception. La dernière définition de la situation de fait est celle qui a servi de référence au travail du Professeur Leveneur dans sa thèse consacrée aux situations de fait dans le droit privé<sup>178</sup>. La situation de fait est définie comme « *une sorte de doublet d'une situation juridique bien connue et bien réglementée par la loi. A cette situation*

---

<sup>173</sup> Directive, 27.11.2000, 2000/78/CE, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

<sup>174</sup> CEDH, 07.02.2006, D.H. et autres c/ République tchèque, req. 57328, § 46.

<sup>175</sup> CJCE, 07.07.2005, Commission c/ Autriche, C-147/03. Voir également : CJCE, 12.02.1974, Sotgiu, C-152/73, rec. p. 153 ; CJCE, 01.07.2004, Commission c/ Belgique, C-65/03 ; CJCE, 15.03.2005, Bidar, C-209/03 ; CJCE, 27.11.1997, Meints, C-57/96, rec. p. I-6689 ; CJCE, 26.06.2001, Commission c/ Italie, rec. p. I-4923.

<sup>176</sup> L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 212, 1990, § 2.

<sup>177</sup> Cass. Com., 19.10.1954, D. 1956, p. 78 ; Cass. Civ. 1ère, 16.05.1960, Bull. Civ., 1, n° 258, p. 211.

<sup>178</sup> L. Leveneur, *Op. cit.*



*de fait il manque l'une des conditions légales pour accéder, en principe, à la vie du droit*<sup>179</sup>». Cette explication pourrait de prime abord servir au contrôle de comparaison en matière d'égalité. En tant que corollaire de la situation juridique, cette situation de fait lui est directement attachée. Cependant, dans le cas du principe d'égalité ce lien n'est pas identique. Dans cette hypothèse de travail, la situation de fait naît, par rapport au cadre légal, d'une irrégularité de la situation, à laquelle il manque une condition pour qu'elle puisse avoir une existence juridique<sup>180</sup>. Au contraire, en reprenant l'exemple des discriminations indirectes, en matière d'égalité, la situation de fait se développe au sein de la situation juridique. Il n'y a pas de rapport de dépendance entre la définition de la situation de fait et celle de la situation de droit, au contraire, la première se crée au détriment de la seconde. La situation de fait ne se loge pas dans la situation juridique, mais se développe par réaction au traitement juridique. Toutefois, il existe un point d'achoppement entre ces deux acceptions puisque la situation de fait peut parfois influencer directement sur le cadre juridique<sup>181</sup>. En effet, les discriminations indirectes doivent être supprimées au même titre que les discriminations directes<sup>182</sup> et nécessite pour ce faire la définition d'un cadre juridique. Les éléments de fait peuvent donc être la source d'une mesure juridique différenciatrice permettant de rétablir une égalité réelle. Les discriminations positives en sont le parfait exemple.

Situation juridique et situation factuelle sont indissociables lors du contrôle de comparaison en matière d'égalité. Si l'élément juridique est prépondérant au stade de la comparabilité, c'est l'élément factuel qui lui y est substitué lors de la comparaison afin de permettre un contrôle approfondi. Cela relève d'une spécificité du contrôle de comparaison en matière d'égalité car la comparaison effectuée dans d'autres domaines s'intéresse surtout aux relations de nature juridique.

---

<sup>179</sup> R. Houin, *Rapport général sur les situations de fait*, Travaux de l'association H. Capitant, t. XI, 1957, p. 322.

<sup>180</sup> L. Leveneur, *Op. cit.*, § 3.

<sup>181</sup> L. Leveneur, *Op. cit.*, § 3.

<sup>182</sup> Directive, 13.12. 2004, 2004/113/CE, du Conseil, Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, Préambule § 12.

## Section II. Une technique de comparaison spécifique

48 – L'égalité ne peut s'entendre que par la comparaison des situations, pour autant, la technique de la comparaison n'est pas réduite à l'égalité. D'autres branches du droit la connaissent. La pratique de cette méthode au-delà de l'égalité peut donner des indications pour ce domaine spécifique qui est victime d'une absence de réflexion théorique. La confrontation à deux autres branches du droit met en avant toute la spécificité et la subtilité du contrôle de comparaison en matière d'égalité. D'un côté, la comparaison égalitaire peut être mise en relation avec le droit dans la mesure où, comme pour l'égalité, sa nature même impose la comparaison. D'un autre côté, le droit international privé peut être invoqué car, à l'inverse, il ne connaît la technique de comparaison que de manière annexe. De plus, chaque domaine avoue un but différent dont la comparaison est le moyen d'y parvenir. Dans le cas de la recherche d'une équivalence en droit international privé, il s'agit de nier le jeu du système juridique étranger, alors qu'en droit comparé, il s'agit, au contraire, de prendre pleinement en compte ses particularités au regard de notre propre système juridique. Pour autant, la comparaison en droit comparé semble plus éloignée de celle pratiquée en matière d'égalité (§1.), que celle effectuée en droit international privé (§2.).

### §1. L'absence de considérations factuelles en droit comparé

49 - Le droit comparé suppose ainsi « *l'observation de plusieurs modèles juridiques* <sup>183</sup> » faite à partir d'une comparaison de ces différents droits. Le droit comparé est donc « *une discipline juridique qui consiste dans l'étude scientifique de la comparaison des droits, c'est-à-dire des systèmes juridiques et des institutions juridiques des divers Etats ou groupes d'Etats* <sup>184</sup> ». Le but est de mettre en évidence la diversité qui règne entre les différents

---

<sup>183</sup> R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Coll. Etudes juridiques comparatives, Economica, 1991, p.8.

<sup>184</sup> R. Drago, *Droit comparé*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 453.

systèmes juridiques en présence<sup>185</sup>. Ici, la comparaison ne peut être envisagée que par l'apparition d'un élément extrinsèque : le droit étranger pris dans son intégralité ou seulement dans un de ses disciplines<sup>186</sup>. Dans le cadre du droit comparé, peu importe le résultat obtenu, la comparaison existe dans tous les cas<sup>187</sup>. L'uniformité des droits mis en balance ou leur diversité - quel que soit son degré - est un résultat en soi<sup>188</sup>. En revanche, pour l'égalité, une comparaison n'est possible que si les situations présentent un certain degré de similarité. Dans le cas contraire, le constat est simplement une absence de comparabilité qui exclut la mise en jeu du principe d'égalité. Il ne s'agit que d'une étape permettant un réajustement égalitaire lorsque cela est nécessaire.

L'objet de la comparaison est donc différent : en droit comparé, c'est un élément juridique de plus ou moins grande importance (un droit particulier ou un système juridique dans son intégralité), alors qu'en matière d'égalité, l'objet est juridique mais aussi factuel. En cela, la confrontation avec la technique de l'équivalence utilisée en droit international privé se révèle plus fructueuse.

## §2. L'équivalence du droit international privé

**50** - En droit international privé, tout comme en matière d'égalité, le contrôle de comparaison peut être d'ordre judiciaire. Il s'agit ici d'analyser le droit étranger normalement compétent et de lui trouver une équivalence avec la loi du for. Si c'est le cas, cette loi normalement compétente sera remplacée par la loi française. A partir du moment où une équivalence est mise à jour, appliquer les deux droits en présence a les mêmes conséquences puisqu'ils sont quasiment identiques. Il est alors donné préférence à la loi du for pour des

---

<sup>185</sup> R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> édition, 1992, p. 13.

<sup>186</sup> M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(I)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004, p. 222.

<sup>187</sup> Sur les difficultés spécifiques au droit comparé et sur la méthode utilisée : M-C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique*, RIDC, 2005, n° 1, p. 7 ; B. Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé. Bilan et perspective*, RIDC, 2005, n° 1, p. 29.

<sup>188</sup> La diversité serait justement un résultat attendu puisque « tout ce qui est réel est dominé par la diversité, cela vaut pour le réel matériel et pour le réel culturel » : R. Sacco, *L'idée de droit commun par circulation de modèles et stratifications*, in « Variations autour d'un droit commun », Premières rencontres de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, SLC, 2002, p. 195.

raisons pratiques<sup>189</sup>, ce qui relève d'un tempérament au mécanisme classique de la règle de conflit de lois ou de juridictions<sup>190</sup>. Cette substitution naît d'un contrôle de comparaison, mais ce dernier n'existe que par l'intervention d'un élément extérieur qu'est le droit étranger. Si les quatre éléments précédemment énumérés se retrouvent ici, ce n'est que par l'intervention d'un droit étranger. Ce mécanisme propre au droit international privé paraît très éloigné de la comparaison exercée en matière d'égalité puisqu'il s'agit de confronter deux lois entre elles - la loi du for et la loi étrangère -, nous sommes aux antipodes de l'égalité qui s'intéresse uniquement à la mise en balance de situations.

**51** - Cependant, un arrêt de la première chambre civile de 1999 nous explique à cet égard que « *l'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit – en ce sens que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de ces deux lois – justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente* <sup>191</sup> ». L'équivalence entre ces deux lois en compétition résulterait de l'identité des conséquences juridiques déduites de ces deux lois<sup>192</sup>. Ce qui compte, ce n'est donc pas « *l'identité abstraite du contenu, mais l'identité des résultats concrets* <sup>193</sup> ». La nuance est considérable et nous donne un élément relatif au contrôle de comparaison exercé en matière d'égalité. Au-delà d'un constat formel, il s'agit de considérer deux "situations" dans leurs aspects concrets<sup>194</sup>. D'une part, l'importance n'est pas directement donnée à la loi elle-même, mais à une situation au même titre que le terme employé en matière d'égalité ; d'autre part, on parle de situation pour intégrer les aspects factuels<sup>195</sup>. Le terme "situation" engloberait donc aussi bien les éléments juridiques que les éléments concrets.

---

<sup>189</sup>B. Audit, *Droit international privé*, Economica, Coll. Corpus droit privé, 4<sup>ème</sup> édition, 2006, § 615. Voir notamment l'arrêt Lizardi : Cass. Req. 16.01.1861, Lizardi, S. 61.1.305, note Massé.

<sup>190</sup> F. Monéger, *Droit international privé*, Litec, 2005, § 89.

<sup>191</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13.04.1999, SA Cie Royale belge c/ SA Lilloise d'assurances et autres, note G. Légier, JCP, G, 2000, II, 10261. Pour d'autres exemples d'équivalence : Cass. Com., 11.03.2003, Banque Worms, GP, 25.06.2003, n° 176/77 ; Cass. Com., 13.11.2003, Magliera gipsy spa c/ SARL Cévenole compagnie et autres, RCDIP, 2004, p. 96, note B. Ancel.

<sup>192</sup> Voir aussi en matière d'exequatur d'une décision étrangère d'adoption : CA Paris, 10.05.1985, JDI, 1985, p. 915, note H. Gaudemet-Tallon : la comparaison porte principalement sur les effets de l'adoption.

<sup>193</sup> Note G. Légier, JCP, G, 2000, II, 10261, sous Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13.04.1999, SA Cie Royale belge c/ SA Lilloise d'assurances et autres.

<sup>194</sup> O. Jouanjan, *Egalité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 585.

<sup>195</sup> Cette prise en compte de la « situation » dépasse le cadre de la comparaison en matière d'analyse du droit étranger puisque la Cour européenne des droits de l'homme, parle aussi de « *situation* » lorsqu'il s'agit de prendre en compte le droit d'un Etat tiers : CEDH, 07.07.1989, Soering c/ Royaume-Uni, A 161, §91 (JCP, 1990, II, 3452, note H. Labayle ; RGDIP, 1990, 1990, p. 103, obs. F. Sudre ; RTDH, 1990, p. 5, obs. W. J. Ganshof van der Meersh) : concernant un problème d'extradition du Royaume-Uni vers les Etats-Unis dans un

**52** - La notion d'équivalence est sans nul doute le point le plus intéressant de cette confrontation entre droit international privé et principe d'égalité. L'équivalence est très proche de ce que nous trouvons dans le contrôle de comparaison en matière d'égalité : les situations analysées semblent composées de la même manière et pour un résultat semblable. Lorsque l'équivalence existe, elle permet une substitution : substitution concrète d'un droit à un autre en droit international privé, substitution théorique d'une situation à une autre au sein du principe d'égalité par application de la même règle de droit. Le terme d'équivalence est à retenir pour le principe d'égalité car il permet d'englober la constitution des situations et les conséquences de leur comparaison.

---

Etat pratiquant la peine de mort, la Cour estime que pour établir l'éventuelle responsabilité du Royaume-Uni « on ne peut éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3 ».

## *Conclusion du Chapitre II*

**53** - La détermination d'une base commune est primordiale pour la délimitation des termes "comparabilité" et "comparaison". Il semble que ce soit le passage d'un examen superficiel des situations juridiques à une analyse complète des éléments juridiques associés aux éléments de fait qui permette une comparaison adéquate en matière d'égalité. De ce point de vue, il faut considérer que « *l'égalité suppose d'abord de comparer des situations concrètes* <sup>196</sup> ». Tout comme dans la théorie de l'équivalence en droit international privé, c'est le « *résultat* <sup>197</sup> » provoqué ou développé au détriment du droit qui est recherché. La notion d'équivalence qui est issue de la jonction entre la situation juridique et la situation factuelle peut d'ores et déjà être transcrite en matière d'égalité.

---

<sup>196</sup> O. Jouanjan, *Loc. cit.*, p. 585.

<sup>197</sup> Cass. Com., 11.03.2003, Banque Worms, GP, 25.06.2003, n° 176/77.

### *Conclusion du Titre Préliminaire*

**54** - La détermination d'une base commune se révèle être l'enjeu premier de l'applicabilité puisqu'elle permet l'introduction d'éléments factuels dès le questionnement initial. Timide durant la comparabilité, la situation factuelle devient le véritable capitaine de route de l'égalité au moment de la comparaison. Une telle considération est nécessaire afin que l'application de l'égalité puisse se faire de manière adaptée et objective. N'en déplaise aux tenants d'une égalité de droit absolue, l'étude des faits est partie intégrante du processus égalitaire, quelle que soit la conception de l'égalité retenue. En effet, l'identité des situations dépend aussi de la corroboration des éléments juridiques et factuels.





## Titre Premier

### Les situations comparées et équivalentes exclues du champ des discriminations positives

55 - Les discriminations positives relèvent « *d'une volonté de corriger une situation sociale jugée inégale au départ* <sup>198</sup> ». Le premier élément de définition d'une discrimination positive est constitué par la situation sur laquelle elle agit. Il faut que la comparaison fasse apparaître une différence entre les situations analysées. Cela exclut de manière définitive les cas où la comparaison aboutit à un constat d'équivalence des situations <sup>199</sup>. L'étude présentée ici pourrait se contenter de mentionner cette hypothèse sans toutefois l'étudier puisqu'elle se trouve éloignée des discriminations positives. Cependant, la méthode par élimination pratiquée depuis le départ oblige à une analyse par étape qui nécessite le traitement rationnel de chacune. De plus, les situations équivalentes peuvent tout à fait subir des traitements différents, qu'ils soient justifiés ou non, ce qui se rattache au mécanisme des discriminations positives. Faire l'économie d'une telle étude conduirait à un résultat parcellaire et ne

---

<sup>198</sup> M. Demeuse, *La politique de discrimination positive en communauté française de Belgique : une méthode d'attribution des moyens supplémentaires basée sur des indicateurs objectifs*, Cahiers du service de Pédagogie expérimentale, Université de Liège, 01.2001, p. 115.

<sup>199</sup> Le terme d'équivalence sera utilisé dorénavant au regard des développements afférents à la notion d'équivalence en droit international privé. De plus, le principe d'équivalence est connu du droit communautaire (CJCE, 10.02.1994, Courage, C-398/92, rec. I-476 ; CJCE, 26.09.1996, Data delecta and Forsberg, C-43/95, rec. I-4661 ; CJCE, 20.03.1997, Hayes, C-323/95, rec. I-1711 ; CJCE, 02.10.1997, Saldanha, C-122/96, rec. I-5325). Il a d'ailleurs reçu une application en matière d'égalité dans l'arrêt Edis (CJCE, 15.09.1998, Edis, C-231/96, rec. I-4951). Sur ces arrêts : P. Oliver, *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, CDE, 2005, n° 3-4, p. 351.

montrerait pas la véritable spécificité des discriminations positives puisque les autres notions ne seraient pas définies. La logique scientifique ne peut s'accommoder d'une telle économie. Or, lorsque la comparaison se traduit par un constat de situations équivalentes, deux cas de figures qui peuvent plus ou moins satisfaire l'égalité se présentent : les situations sont traitées de manière identique ou de manière différente.

Le premier chapitre sera par conséquent consacré à la forme la plus classique d'égalité symbolisée par le traitement identique de situations équivalentes, tandis que le second chapitre aura trait au traitement différent des situations équivalentes.

# Chapitre I

## Le traitement identique des situations équivalentes

**56** - Le traitement identique des situations équivalentes correspond à l'égalité la plus classique : elle est formelle puisque les différences – inexistantes dans ce cas – ne sont pas prises en compte, elle est aussi universelle et générale puisque la règle de droit ne fait aucune différenciation suivant la situation. En ce sens, les discriminations positives sont souvent mises en contradiction avec cette forme d'égalité. Dans ce cas, mettre en avant les paradoxes de l'égalité formelle permet tout aussi bien de délimiter le champ des discriminations positives, que de nuancer certaines critiques portées à leur encontre. De prime abord, il faut reconnaître que le traitement identique des situations équivalentes est à l'opposé de la différenciation juridique issue des discriminations positives : d'un côté, l'égalité est abstraite, générale et indifférenciée, de l'autre l'égalité est concrète, catégorielle et différenciée. Pourtant, en pratique, elles ne sont pas si éloignées. En effet, l'abstrait et le formel sont souvent difficiles à sauvegarder, et l'identité absolue des situations est difficilement décelable alors que c'est une condition initiale des situations équivalentes.

Deux points permettent de conclure à cette absence de pureté de l'égalité formelle : l'absence d'une technique de comparaison strictement formelle (Section I.) ainsi qu'une absence pratique d'identité absolue des situations comparées (Section II.).

## Section I. L'absence de comparaison strictement formelle

57 - L'égalité formelle n'appelle le plus souvent aucun débat car elle constitue le socle du principe d'égalité. Toute autre forme d'égalité, à condition d'être acceptée, ne vient que s'ajouter à cette égalité, sans s'y substituer. Cette forme d'égalité est par conséquent « *intangibile*<sup>200</sup> ». En effet, il est difficile de contredire l'affirmation selon laquelle « *une plainte pour discrimination n'a de sens que si le demandeur compare sa situation à celle de ceux qui se trouvent dans une situation identique, analogue ou suffisamment similaire pour être pertinente*<sup>201</sup> ». En apparence « *simple*<sup>202</sup> », cette « *vieille réponse égalitaire traditionnelle*<sup>203</sup> » soulève néanmoins quelques questions relatives à l'adéquation du principe avec son application. Cette égalité formelle, autrement appelée isonomie, doit être comprise comme « *un idéal normatif, consistant en un système de règles parfaitement générales, abstraites et permanentes*<sup>204</sup> ». Si elle correspond à un idéal, c'est qu'elle ne peut être considérée comme naturelle, mais comme une construction juridique nécessitée par cet idéal. Comme toute composition technique elle risque de contenir des failles et des défauts. Or, le défaut d'une égalité formelle serait de contenir des éléments matériels. Il faut donc s'assurer dans un premier temps qu'il s'agit d'une construction, (§1.), avant d'analyser les éléments matériels que contient cette égalité idéalement formelle (§2.).

---

<sup>200</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 181.

<sup>201</sup> Commission de Venise, *Rapport sur le traitement préférentiel des minorités nationales par leur Etat-parent*, 19 et 20.10.2001, <http://www.venice.coe.int>.

<sup>202</sup> A. Minc, *La France de l'an 2000*, Rapport officiel, Odile Jacob/ La Documentation française, 1994, p. 85.

<sup>203</sup> A. Minc, *Ibid.*, p. 85 ; M. Borgetto, *Equité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 115.

<sup>204</sup> D. Godefridi, *L'égalité devant la loi dans les jurisprudences de la Cour d'Arbitrage de Belgique et de la Cour Suprême des Etats-Unis*, RIDC, n°2, 2003, p. 331.

## §1. Une égalité formelle construite

**58** - L'égalité formelle n'est pas une égalité "naturelle", c'est une égalité construite de différentes règles<sup>205</sup>. « Avec son inscription dans la loi, l'égalité reçoit un sens, c'est-à-dire non seulement une signification, mais aussi une direction<sup>206</sup> ». La première direction est celle d' « une conception abstraite qui assure l'application des mêmes règles à toutes les personnes quelle que soit leur situation<sup>207</sup> ». Deux caractéristiques servent donc de socle à l'édifice de l'égalité formelle : la première correspond au refus des situations particulières et à une règle de droit générale (A.), la seconde étant que cette égalité se traduit de manière uniquement juridique (B.).

### A. La généralité de la règle de droit

**59** - La loi « doit être la même pour tous, qu'elle protège ou qu'elle punisse<sup>208</sup> ». Pour l'égalité, cela se traduit par son admission dès lors que la règle est la même pour tous. L'égalité s'exprime dans un contexte uniquement formel qui « implique l'identité des droits pour chaque sujet<sup>209</sup> ». La règle de droit, pour être égale, doit être générale. C'est sa forme qui lui permet d'être en adéquation avec le principe d'égalité. La conséquence est un refus de prendre en compte l'aspect factuel et matériel des situations qui sont soumises à cette règle de droit. L'existence des particularismes n'est pas prise en compte car elle induit une différenciation dans la règle de droit, ce qui est contraire à la forme générale de l'égalité. Le droit est donc un vecteur d'égalité et, en conséquence, donne une définition de cette dernière. Or, l'égalité apparaît avant tout comme générale. Cette généralité n'est donc pas induite par l'idée d'égalité, mais doit provoquer juridiquement cette dernière (1.). La preuve en est que cette généralité n'est examinée que par la forme de la loi (2.).

---

<sup>205</sup> M-T. Meulders-Klein, *Egalité et non-discrimination en droit de la famille. Le rôle des juges*, RTDH, 2003, p. 1185 : L'égalité est « une valeur purement culturelle, construite et conquise par les hommes ».

<sup>206</sup> L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

<sup>207</sup> M. Miné, *Droit et discrimination sexuelle au travail*, entretien avec C. Coste, Cités, 2002, n°9, p. 91.

<sup>208</sup> DDHC, article 6.

<sup>209</sup> A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305.

## 1. Une égalité par la généralité pensée

60 - L'égalité par la généralité est un « *modèle permanent*<sup>210</sup> » en droit interne. Elle reste aussi un « *modèle dominant*<sup>211</sup> » dans la jurisprudence communautaire, pourtant plus encline que le droit français à reconnaître l'existence de discriminations matérielles. On trouve donc en elle le socle sur lequel s'est progressivement bâti le principe d'égalité. Il s'agit d'une représentation de l'égalité qui réside « *dans la nature des choses, et toute représentation [prend] appui sur la constatation ordonnée d'une nature intime égale pour tous*<sup>212</sup> ». Pourtant, chaque être possède des caractéristiques qui lui sont propres et qui lui empêche d'être tout à fait semblable à son voisin. Ces caractéristiques sont passées sous silence dans le cadre de l'égalité générale. Cela provient d'une présupposition qui n'a rien de naturelle, mais qui a pour origine une construction théorique, ainsi qu'une réaction historique. Si l'égalité générale est la première facette de l'égalité formelle, c'est qu'elle correspond à une forte revendication politique. A « *la multiplicité des catégories sociales qui, dans l'ancien régime, étaient soumises à des règles propres*<sup>213</sup> », la Constituante a voulu opposer l'universalité de la norme juridique<sup>214</sup>. Le principe d'égalité est alors construit sur un modèle de généralité qui induit l'impartialité de la règle<sup>215</sup>. Le discours du droit est alors caractérisé par la neutralité imposée au législateur<sup>216</sup>. C'est à la seule condition de considérer l'égalité formelle comme naturelle qu'une réaction forte contre l'Ancien Régime pouvait être possible et avoir des effets durables. Cependant, cela reste une égalité de réaction qui a permis de façonner une égalité républicaine qui « *a donné naissance à la société moderne*<sup>217</sup> ». C'est la loi qui devient l'unique vecteur de l'égalité.

---

<sup>210</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 113.

<sup>211</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 296.

<sup>212</sup> L. Sfez, *L'égalité*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 1989, pp. 56-57.

<sup>213</sup> G. Pellissier, *Op. cit.*, p. 25.

<sup>214</sup> O. Jouanjan, *Réflexions sur l'égalité devant la loi*, Droits, n°16, 1992, L'Etat/2, p. 131.

<sup>215</sup> T. Nagel, *Egalité et partialité*, (trad.), PUF, Coll. Philosophie morale, 1997.

<sup>216</sup> G. Koubi, *Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ?*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 71.

<sup>217</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 113. Voir aussi O. Beaud, *L'affirmative action aux Etats-Unis : une discrimination à rebours ?*, RIDC, n°3, 1984, p. 503.

## 2. La généralité par la loi

61 - Les hommes seront donc égaux devant la loi. Elle leur sera appliquée indépendamment de leur situation de fait<sup>218</sup>. Il apparaît alors nettement que c'est la généralité de la norme qui « entraîne son caractère de règle égale pour tous<sup>219</sup> ». Cette égalité devant la loi apparaît aux yeux du Conseil constitutionnel comme « un principe général dont les autres règles ne sont que des applications<sup>220</sup> ou des corollaires<sup>221</sup> »<sup>222</sup>. Le problème soulevé par cette première acception est qu'elle vise l'égalité en dehors de toute analyse du contenu de la règle en cause.

62 - Pour pallier la carence du principe d'égalité devant la loi, Kelsen a, l'un des premiers, mis en exergue l'égalité dans la loi<sup>223</sup>. Cette forme d'égalité « aspire à une réalisation directe de l'égalité » en imposant « à l'auteur de l'acte de ne pas commettre d'inégalités<sup>224</sup> ». Là encore, la conséquence reste la généralité de la loi. Par l'intermédiaire de la première acception, la loi étant égale dans sa forme, la généralité de la loi dans son contenu assure son statut égalitaire. « Egalité et généralité de la loi ont donc été confondues<sup>225</sup> ». Bien que, selon Kelsen, ces deux cas restent distincts dans le fonctionnement du principe d'égalité, cette généralité touche aussi bien les citoyens visés par la norme que la norme elle-même. La Constitution de 1958 semble contredire cette lecture puisque son article 1 mêle l'égalité devant la loi au contenu de la loi : « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Le Conseil constitutionnel s'appuie parfois préférentiellement sur l'article 6 de la Déclaration de 1789 que sur l'article 2 de la Constitution de 1958 qui semble plus sensible à l'égalité dans la loi.<sup>226</sup>

---

<sup>218</sup> G. Pellissier, *Op. cit.*, p. 25.

<sup>219</sup> M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6<sup>ième</sup> édition, 1907, p. 297.

<sup>220</sup> CC, 23.07.1956, 75-56 DC, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale.

<sup>221</sup> CC, 12.07.1979, 79-107 DC, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales.

<sup>222</sup> F. Luchaire, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, p. 1229.

<sup>223</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999.

<sup>224</sup> G. Pellissier, *Op. cit.*, p. 26 et 27.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>226</sup> C. Leben, *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi*, RDP, 1983, p. 295.

**63** - Que ces deux acceptions soient bien distinctes ou étroitement liées, elles président à la lecture actuelle de l'égalité. Elles ont maintenant une signification « *traditionnelle* <sup>227</sup> » aussi bien en droit interne que pour la Cour de justice des Communautés européennes<sup>228</sup>. Cette forme d'égalité va de pair avec la généralité, l'universalité de la règle de droit restant garante de sa légalité. C'est une conception libérale de l'égalité qui prône la neutralité de l'auteur de la norme<sup>229</sup>. Nous sommes alors théoriquement loin des discriminations positives qui correspondent « *à l'approche matérielle du principe d'égalité dans la loi*<sup>230</sup> ». Ici, il s'agit de comprendre l'égalité uniquement dans un rapport juridique.

## **B. Une égalité juridique**

**64** - La référence première de l'égalité formelle, et finalement la seule, est la règle de droit. C'est elle qui doit permettre la réalisation de l'égalité. Cependant, il y a plusieurs manières de considérer le rôle de la loi. L'égalité formelle peut ainsi être en droits (1.) et de droit (2.).

### **1. Une égalité en droits**

**65** - L'égalité n'est pas naturelle, mais issue d'une construction abstraite traduisant la nature humaine par un unique rapport au droit : « *L'homme est celui qui a des droits et celui qui affirme ces droits*<sup>231</sup> ». Par l'affirmation de l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* », l'égalité n'est qu'une affirmation juridique sans relation avec les disparités physiques humaines que l'on peut constater. Ainsi, « *la question de l'égalité "naturelle" est inopérante*

---

<sup>227</sup> F. Luchaire, *Loc. cit.*, p. 1229.

<sup>228</sup> M-F. Christophe Tchakaloff, *Le principe d'égalité*, AJDA, 1996, p. 168.

<sup>229</sup> G. Pellissier, *Op. cit.*, p. 28.

<sup>230</sup> A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305.

<sup>231</sup> G. Pellissier, *Op. cit.*, p. 21.



depuis que l'homme a pris conscience de lui-même<sup>232</sup>». Dès 1789, il apparaît alors que « le droit ne garde la place de la nature qu'en prenant la place de la nature (...). Les droits de l'homme prennent la place de l'homme<sup>233</sup> ». Cette vision du droit correspond à celle qui est faite à l'époque du rapport de l'égalité et de la nature : « Il est faux que l'égalité soit une loi de la nature ; la nature n'a rien fait d'égal<sup>234</sup> ». Il est alors paradoxal de s'être servi de la nature universelle de l'être humain pour aboutir à une universalité niant les différences naturelles entre les hommes. C'est une égalité construite de toute pièce qui aboutit à la négation des spécificités de l'être humain, alors qu'elle est pourtant censée lui permettre de revendiquer en sa qualité d'être humain.

**66** - La traduction de cette conception première « signifie d'abord l'égale vocation de tous à faire valoir leurs droits<sup>235</sup> ». Il s'agit alors d'une égalité juridique universelle : si l'égalité réside dans le fait de pouvoir faire également valoir ses droits, et si tous les hommes restent égaux en droits, la règle sera toujours la même pour tous. Elle reste une égalité de départ qui ne concerne pas la jouissance des droits qu'elle voudrait égaux pour tous. L'homme est toujours considéré plus comme un citoyen inscrit dans la masse de la société que comme un individu identiquement humain tout en étant distinct des autres. Il s'agit d'une égalité qui se joue en termes d'uniformité et d'indifférenciation due à la force absolue que l'on veut donner au Droit et aux droits. Cette conception marque encore fortement l'idée d'égalité moderne qui se voudrait plus proche des résultats de l'application du principe d'égalité<sup>236</sup> et de la « réalité de la vie sociale<sup>237</sup> ».

---

<sup>232</sup> *Ibid.*

<sup>233</sup> P. Manent, *La cité de l'homme*, Fayard, 1994, p. 211.

<sup>234</sup> Vauvenargues, *Réflexions et maximes*, cité par F. Luchaire, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, p. 1229.

<sup>235</sup> G. Pellissier, *Op. cit.*, p. 24.

<sup>236</sup> R. Letteron, *L'action positive en faveur des femmes*, in « "Egalité et équité" Antagonisme ou complémentarité », Sous la direction de T. Lambert, *Economica*, 1999, p. 65.

<sup>237</sup> Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, <http://europa.eu.int/eur.lux/fr>, § 29 : La Cour a interprété cette disposition dans 3 arrêts rendus dans l'affaire Commission c/ République française, l'affaire Kalanke et l'affaire Marschall. Certaines conclusions peuvent être tirées de cette jurisprudence pour l'affaire Badeck :

- La possibilité d'adopter des mesures positives doit être considérée comme une exception du principe de l'égalité de traitement.
- L'exception a pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires suivant leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale.

## 2. Une égalité de droit rendant la comparaison impossible

67 - L'égalité formelle vise une égalité de droit et non de fait<sup>238</sup>. Tel qu'il a été construit à partir de la Révolution le principe d'égalité conduit à nier les données factuelles, pour ne prendre en compte qu'un citoyen type dénué de toute caractéristique physique ou sociale. La première manifestation en est la généralité de la règle de droit qui empêche tout particularisme. Cette situation juridique devient à elle seule la condition de réalisation de l'égalité, la généralité de la règle de droit devenant l'égalité. L'égalité ne concerne alors que ce que la règle de droit accepte de prendre en compte. Ainsi, si l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, inscrit fortement dans la culture juridique des français et des françaises, nous affirme que « *tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* », il joue sur l'ambiguïté du mot "homme" pour ne considérer que les représentants du sexe masculin<sup>239</sup>. A l'époque, « *une masculinité commune était nécessaire pour garantir le statut universel des citoyens en tant qu'individus abstraits ; le droit au travail se traduisait par le droit à la propriété et à la famille, et ces droits appartenaient sans équivoque aux hommes*<sup>240</sup> ». Il faudra attendre 1944 pour que les femmes puissent devenir électrices et éligibles au même titre que les hommes, et encore cette évolution peut être assimilée à « *un fait social* » sans aucune rationalisation philosophique<sup>241</sup>. De ce constat résulte une « *anomalie juridique* ». En effet, « *le droit des hommes s'impose aux hommes comme aux femmes*<sup>242</sup> ». La référence est toujours un représentant type du sexe masculin, et si la femme obtient les mêmes droits que ce dernier ce n'est que parce que son existence est calquée sur celle de l'homme. Ce n'est pas l'existence de la femme qui est prise en compte directement, mais son adéquation avec celle de l'homme, ce qui lui vaut l'obtention des mêmes droits, mais toujours de manière indirecte. Par cet intermédiaire, le droit continue à faire abstraction des catégories d'individus.

---

<sup>238</sup> R. Pelloux, *Les nouveaux discours sur l'inégalité*, RDP, 1982, p. 909.

<sup>239</sup> C. Schroeder, *L'esprit d'égalité. Contribution à la pensée politique de Luce Irigaray*, Editions Thot, 2002, p. 17.

<sup>240</sup> J. W. Scott, *La Citoyenne paradoxale*, Albin Michel, 1998, p. 93.

<sup>241</sup> P. Rosanvallon, *Le Sacre du citoyen*, Gallimard, 2001, p. 412.

<sup>242</sup> C. Schroeder, *Op. cit.*, p. 19.

**68** - Une « *catégorie se définit comme un agrégat d'individus ayant au moins en commun une spécificité intrinsèque comme l'âge, le sexe, l'état de santé, le handicap, ou extrinsèque, comme l'extranéité*<sup>243</sup> ». Dans l'exemple précédemment cité, il n'existe pas de catégorie puisque les femmes sont rattachées artificiellement aux hommes, sans distinction et en fonction d'une seule et même règle de droit ayant vocation universelle. C'est à ce stade qu'apparaît le véritable problème de cette conception absolue de l'égalité de droit. Comme il n'y a aucune définition de catégorie, il n'y a aucune situation à mettre en balance afin de constater ou non l'égalité. La comparaison s'avère impossible puisque tout citoyen est protégé par la règle de droit universelle et que cela suffit à considérer une adéquation parfaite avec le principe d'égalité.

**69** - Cette grande révolution qu'est l'égalité en droit des citoyens nie le mécanisme de l'égalité. En effet, elle empêche son fonctionnement en ôtant toute comparaison possible des situations. Or, « *la revendication d'égalité se situe nécessairement dans un rapport de comparaison, l'égalité absolue étant irréaliste*<sup>244</sup> ». C'est la preuve que l'égalité classique formelle n'est qu'une construction parmi d'autres, choisie par les législateurs successifs et qu'elle ne correspond à aucun état naturel qui pourrait justifier de son exclusivité. Même si cette acception de l'égalité demeure le fondement actuel de son interprétation, elle n'est qu'une « *forme extérieure de l'égalité*<sup>245</sup> » dont il a fallu tirer d'autres enseignements.

## **§2. Une égalité formelle orientée**

**70** - Dans les faits, il est impossible de faire perdurer une conception absolue de l'égalité formelle qui nierait toute existence des catégories et, par conséquent, la nature relative de l'égalité. La seule traduction adéquate de cette forme d'égalité a été de simplement considérer que les personnes placées dans une même situation devaient être traitées de manière identique. « *L'élément essentiel de la discrimination réside dans le fait qu'une seule et même personne a traité de manière inégale plusieurs personnes qui se trouvent dans des situations*

---

<sup>243</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 3.

<sup>244</sup> M-F. Christophe Tchakaloff, *Loc. cit.*, p. 168.

<sup>245</sup> A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Coll. Quadrige, 1997, p. 270.

*comparables*<sup>246</sup>». La comparaison, étape inhérente à l'égalité peut être effectuée, et cette règle apparaît donc comme une adaptation fonctionnelle de l'esprit égalitaire (A.). Cependant, son application ne semble pas autant dénuée de rapport au concret et au matériel que le voudrait sans doute le principe d'égalité formelle (B.).

## A. Une adaptation fonctionnelle

71 - « *Respecter l'égalité consiste simplement à traiter de manière identique les membres d'une même catégorie*<sup>247</sup> », c'est-à-dire que l'égalité classique ne concerne que le traitement identique des situations qui présentent des similarités. « *Le droit doit rester aveugle aux différences*<sup>248</sup> ». Il s'agit du mécanisme de base du fonctionnement du principe d'égalité. Pour le législateur français, il s'agit de la seule obligation à respecter en la matière. Il est « *constitutionnellement inacceptable*<sup>249</sup> » d'introduire un traitement différencié de situations se révélant identiques. Cette position constitue en quelque sorte le squelette de l'égalité formelle absolue. La généralité sans limite de la règle de droit n'est pas praticable, mais cela ne doit pas conduire à nier l'aspect formel de l'égalité qui reste prépondérant. Toutes les juridictions, internes ou européennes, rappellent que les situations équivalentes doivent être traitées de manière identique. En pratique, les juridictions françaises en font même quasiment la seule véritable règle égalitaire.

72 - C'est ainsi que le Conseil d'Etat ne sanctionne que le traitement différent de situations identiques<sup>250</sup>. Certains auteurs considèrent à cet égard que « *le principe d'égalité ne*

---

<sup>246</sup> M. Lagrange, conclusions sous CJCE, 23.04.1956, Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises c/ Haute autorité, 7/54 et 9/54, rec. p. I-53. Même si le choix du terme comparable n'est certainement pas judicieux au regard de la distinction à faire entre comparabilité et comparaison, cette affirmation traduit de manière claire la mise en œuvre d'une catégorisation des sujets de droit avec le pouvoir faire fonctionner l'égalité.

<sup>247</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 98.

<sup>248</sup> D. Lochak, *L'Autre saisi par le droit*, in « L'Autre », Etudes réunies pour A. Grosser, Sous la direction de B. Badie et M. Sadoun, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, Paris, 1996, p. 179.

<sup>249</sup> CC, 14.08.2003, 2003-483, DC, Loi portant réforme des retraites.

<sup>250</sup> CE, 20.04.2005, Union des familles en Europe, n° 266572 ; CE, 04.02.2004, Association actions et liaisons dans les écoles française d'Antananarivo, n° 244591, Inédit au Recueil ; CE, 13.10.2003, groupement des entreprises de portage de presse, n° 251503, Inédit au Recueil ; CE, 24.10.2001, Confédération des syndicats médicaux français et autres, n° 224760, rec. p. 1198.

*s'applique que dans le cadre de situations identiques*<sup>251</sup>». La lecture de la jurisprudence de la Cour de cassation vient confirmer cette impression. Selon « *l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige [...] pas que la loi nationale applique des dispositions identiques à des situations différentes*<sup>252</sup>», déformant au passage la jurisprudence de la Cour européenne pour laquelle, « *le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes*<sup>253</sup> ».

**73** - Bien que plus attachées à l'aspect matériel de l'égalité et de la non-discrimination<sup>254</sup>, les juridictions européennes rappellent sans cesse cette règle classique. C'est ainsi que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme « *interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables*<sup>255</sup> » et que la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît toujours une violation du principe d'égalité lorsque deux situations qu'elle a jugé équivalentes sont traitées de manière différente sans aucune justification<sup>256</sup>.

**74** - La règle selon laquelle il faut traiter de manière identique des situations jugées équivalentes prend la forme de partie irréductible de l'égalité. Apparaissant comme le socle fondamental de cette dernière, elle n'est pourtant pas dénuée de paradoxe. Apparemment, elle est difficilement critiquable. Axée autour d'une égalité juridique, elle semble aussi réaliser l'égalité dans les faits. L'égalité conçue en des termes uniquement formels aboutirait ainsi à la fois à la réalisation de l'égalité classique et de l'égalité formelle. Cela devrait ainsi contenter toutes les conceptions de l'égalité. Pourtant, cette règle ne constitue qu'une adaptation fonctionnelle d'un principe que les révolutionnaires avaient voulu absolu. Cette renonciation,

---

<sup>251</sup> V. Donier, *Egalité et service public local*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 149.

<sup>252</sup> Cass. Crim, 12.03.2002, n° 01-82510, Inédit titré ; voir aussi, Cass. Com, 18.04.2000, n° 98-10250, Inédit titré ; Cass. Com, 21.03.2000, n° 97-22116, Bull, 2000, IV, n°66, p. 55 ; Cass. Soc, 16.11.2000, n° 99-10608, Bull, 2000, V, n°376, p. 288.

<sup>253</sup> CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. 34369/97, Rec. 2000-IV, § 44.

<sup>254</sup> Pour ne citer que les jurisprudences les plus connues : CJCE, 17.07.1963, Italie c/ Commission, C-13/63 ; CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. 34369/97, Rec. 2000-IV.

<sup>255</sup> CEDH, 23.06.1993, Hoffmann c/ Autriche, req. 12875/87, A 255-C, § 31(RTDH, 1994, p. 405, obs. J. Morange ; D., 1994, p. 326, obs. J. Hauser) ; voir aussi CEDH, 26.11.1991, Sunday Times c/ Royaume-Uni (n°2), req. n°13166/87, A 217, § 58 (CDE, 1980, p. 481, Chr. G. Cohen-Jonathan ; JDI, 1980, p. 471, Chr. P. Rolland).

<sup>256</sup> CJCE, 12.12.2002, Rodriguez Caballero, C-442/00 : « *Au nombre des droits fondamentaux figure notamment le principe général d'égalité et de non-discrimination. Ce principe exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée* » ; voir aussi CJCE, 12.07.2001, Jippes, C-189/01 ; CJCE, 23.11.1999, Portugal c/ Conseil, C-149/96.

qui fait entrer une part de matériel dans cette égalité qui se veut formelle, est rendue possible par le mécanisme de la comparaison.

## **B. L'intromission d'éléments matériels**

**75** - « *L'erreur vient de ce que les ressemblances ou les dissemblances n'existent pas en soi, mais toujours d'un point de vue particulier*<sup>257</sup> ». Admettre que la situation des femmes est identique à celle des hommes, ou, au contraire, estimer qu'elle est différente, est un non-sens. Leur situation respective est à analyser selon un point de vue particulier : selon le domaine abordé, selon les normes dont ils dépendent dans un contexte donné. Cela correspond à la définition de la comparaison. En effet, « *les objets comparés ne sont pas des constantes mais des variables. D'ailleurs, c'est en cela que la comparaison se distingue de l'estimation, dont le but n'est pas de dégager les points communs entre les objets comparés, mais d'évaluer ou de mesurer ces objets au point de vue de leur valeur, ce qui aboutirait inévitablement à considérer l'un des objets comme une constante. La comparaison des variables exige par conséquent que l'examen impartial ne soit pas fait dans le but de procéder à une estimation de leur valeur, dans le sens absolu du terme, mais afin de dégager soit leurs mérites relatifs, soit leur intérêt par rapport au but que l'on poursuit*<sup>258</sup> ». La comparaison se détermine alors en termes de choix : choix du critère de comparaison sur lequel va reposer la comparaison, choix de la situation de référence à partir de laquelle va s'analyser l'éventuelle discrimination.

### **1. Le choix du critère de comparaison**

**76** - Le choix du point de vue à adopter lors du processus de comparaison se traduit par la question suivante : par rapport à quoi peut-on dire qu'il existe une similitude ou une différence entre les situations que l'on veut analyser ? C'est à partir de ce point de vue,

---

<sup>257</sup> O. Jouanjan, *Egalité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 585.

<sup>258</sup> L-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé. Tome II. La méthode comparative*, LGDJ, Paris, 1974, p. 22.

également appelé *tertium comparationis*, qu'il « est possible d'apprécier les ressemblances ou les dissemblances pertinentes "essentiels" entre les situations »<sup>259</sup>. Si l'on se réfère à la technique générale de la comparaison, c'est ce que l'on peut appeler le « *trait commun* » aux deux éléments comparés<sup>260</sup>. Ce trait commun n'est pas l'égalité, c'est un « *tiers élément* » à la relation d'égalité. « *C'est donc d'abord la reconnaissance d'un trait commun aux deux éléments qui autorise, en un deuxième temps, la définition d'une relation d'égalité, quelle qu'elle soit* »<sup>261</sup>. Les choix effectués reflètent un réel souci de prise en compte de données concrètes. « *L'intention du locuteur qui énonce une comparaison est d'attirer l'attention sur une ou plusieurs propriété(s) commune(s) aux objets comparés. (...) La comparaison correspond à un engagement du locuteur sur l'existence d'au moins une propriété commune* »<sup>262</sup>. C'est un critère de comparaison dont il s'agit ici. Son choix va déterminer, voire orienter, le principe d'égalité<sup>263</sup>. Force est de constater qu'il prend souvent la forme d'un « *trompe-l'œil* »<sup>264</sup> et comporte, contrairement à l'idéal poursuivi, des éléments matériels.

#### a. Un critère de comparaison idéalement objectif

77 - Il apparaît que « *fondamentalement, les situations ne sont similaires ou différentes qu'eu égard à l'objet de la règle et l'objectif poursuivi par celle-ci* »<sup>265</sup>. Le caractère primordial du critère choisi pour établir la comparaison sera alors son caractère objectif<sup>266</sup>. Cette exigence se retrouve quelle que soit la juridiction considérée. Le Conseil d'Etat observe ainsi qu'il n'y a aucune rupture de l'égalité dans la détermination d'un ordre de classement des vœux d'affectation des stagiaires à l'antenne de Nouméa de l'IUFM du Pacifique car, afin d'assurer une répartition équilibrée, il a été fait appel « *à des critères objectifs tirés de la résidence en Nouvelle-Calédonie des stagiaires, de leurs ascendants ou de leurs*

<sup>259</sup> O. Jouanjan, *Loc. cit.*, p. 585.

<sup>260</sup> C. Schroeder, *L'esprit d'égalité. Contribution à la pensée politique de Luce Irigaray*, Editions Thot, 2002, p. 14.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>262</sup> J. Moeschler et A Reboul, *Dictionnaire encyclopédique de pragmatique*, Seuil, 1998, p. 416.

<sup>263</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 295 : Le choix de ce critère d'appréciation « est décisif et détermine le sens qui convient de donner à l'égalité ».

<sup>264</sup> C. Schroeder, *Op. cit.*, p. 17.

<sup>265</sup> R. Hernu, *Ibid.*, § 11.

<sup>266</sup> CJCE, 21.12.1954, France c/ Haute autorité, 1/54, rec. p. 1.

*conjoints*<sup>267</sup>». Au besoin, le Conseil d'Etat s'appuie sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme afin de rappeler la validité d'un critère purement objectif. Ainsi, le fait que l'octroi de l'allocation aux adultes handicapés soit soumis à une condition de régularité du séjour en France n'est pas contraire à cet article. En effet, « *aux termes de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, la fortune, la naissance ou toute autre situation ; qu'aux termes de l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention : Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ; que le législateur, en subordonnant à une condition de régularité du séjour le bénéfice, pour les étrangers, de l'allocation aux adultes handicapés, a entendu tenir compte de la différence de situation entre les étrangers selon qu'ils satisfont ou non aux conditions de régularité du séjour posées tant par la loi que par les engagements internationaux souscrits par la France ; qu'il s'est ainsi fondé sur un critère objectif et rationnel en rapport avec les buts de la loi ; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que les dispositions législatives posant cette condition seraient incompatibles avec les stipulations combinées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention*<sup>268</sup>». D'ailleurs, la condition de régularité du séjour en France, très critiquée devant le Conseil d'Etat, reçoit toujours la qualification de « *critère objectif et rationnel*<sup>269</sup>». La référence à la Convention européenne des droits de l'homme est dès lors assez étonnante puisque la Cour de Strasbourg n'utilise pas le terme de "rationnel", et n'emploie celui d' "objectif" qu'avec parcimonie. Le seul arrêt en faisant référence date de 1968 et dit effectivement que l'utilisation d'un critère objectif ôte tout caractère discriminatoire à la mesure en cause<sup>270</sup>. Les

---

<sup>267</sup> CE, 27.02.2004, Melle AX et autres, n° 256525, Inédit au Recueil. Pour d'autres exemples montrant l'importance d'un point de vue objectif pour effectuer la comparaison : CE, 17.10.2003, Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier de Alpagnes et syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier les trois Mousquetaires, n° 255591, Inédit au Recueil, à propos de la tarification de l'eau des ensembles immobiliers ; CE, 03.12.2001, Syndicat de l'industrie pharmaceutique, n° 226514, rec. p. 624, à propos de l'assiette d'une contribution destinée à faire participer les entreprises exploitant des spécialités pharmaceutiques au financement de la protection sociale et à l'équilibre des organismes qui y concourent ; toujours à propos de la détermination de l'assiette d'une contribution : CE, 27.10.2000, Caisse de garantie des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises, n° 210838, 211816, 211926, rec. p. 1113.

<sup>268</sup> CE, 12.12.2003, M. Mokhrane, n° 235234.

<sup>269</sup> CE, 06.11.2000, G.I.S.T.I., n° 204784 ; CE, 05.03.1999, Rouquette et autres, n° 194658, 196116, rec. p. 37.

<sup>270</sup> CEDH, affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique, 23.07.1968, req. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, Série A6.



autres références faites au critère objectif se font soit pour le fonctionnement d'articles autres que l'article 14<sup>271</sup>, soit pour le calcul du dommage matériel<sup>272</sup>. En tout état de cause, que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme soit cité ou non, tous les « *critères qui ne seraient ni objectifs, ni vérifiables* <sup>273</sup> » sont refusés.

**78** - La Cour de cassation, ainsi que la Cour de justice des Communautés européennes, mettent en avant la même condition. La première l'utilise de préférence en matière d'égalité de rémunération. C'est ainsi qu'un employeur doit justifier d'une différence de rémunération de ses salariés à partir de « *critères objectifs* <sup>274</sup> ». Ainsi, seule l'utilisation d'un critère objectif peut écarter toute discrimination<sup>275</sup>. Quant à la jurisprudence communautaire, depuis 1954<sup>276</sup>, elle ne cesse de rappeler la nécessité du caractère objectif du *tertium comparationis*, à tel point que l'on peut considérer cela comme « *une exigence cardinale du respect de l'interdiction de la discrimination en droit communautaire* <sup>277</sup> ». La jurisprudence de la Cour rappelle fréquemment le besoin d'objectivité du critère afin de procéder à la comparaison<sup>278</sup>.

**79** - *A priori*, le choix d'un point de vue objectif semble opportun. S'y référer constamment permet l'instauration d'une certaine sécurité juridique renforcée par sa neutralité. En droit, la référence à l'objectivité est souvent synonyme de simplification et de lisibilité de la norme. Elle est souvent associée à une conception abstraite du droit en cause. Elle a notamment donné lieu, en droit civil, au standard du « *bon père de famille* <sup>279</sup> ». La

---

<sup>271</sup> CEDH, 25.02.1997, Gregory c/ Royaume-Uni, req. 22299/93, rec. 1997-I (RSC, 1998, p. 392, obs. R. Koering-Joulin), à propos de l'article 6-1 et le droit à un procès équitable.

<sup>272</sup> En l'absence de critère objectif pour effectuer ce calcul, la Cour a recours à une somme forfaitaire. Pour exemple : CEDH, 11.01.2001, P.M. c/ Italie, req. 24650/94.

<sup>273</sup> CE, 06.10.2000, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, n° 215145, Inédit au Recueil.

<sup>274</sup> Cass. Soc, 09.12.2003, 01-43039, Inédit ; Cass. Soc, 09.04.2002, n° 99-44534, Inédit titré.

<sup>275</sup> Cass. Soc, 13.02.2002, n° 00-41390, Inédit titré ; Cass. Soc, 13.02.2002, n° 00-41391, Inédit titré, Cass. Soc, 23.11.1999, n° 97-42940, Bull. 1999, V, n° 447, p. 329.

<sup>276</sup> CJCE, 21.12.1954, France c/ Haute Autorité, 1/54, rec. p. 00007.

<sup>277</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 388.

<sup>278</sup> CJCE, 30.06.1988, Commission c/ France, C-318/86, rec. p. I-3559, point 26 ; CJCE, 07.05.1991, Commission c/ Royaume de Belgique, C-229/89, rec. p. I-2205, point 18.

<sup>279</sup> Ce standard, transversal du droit civil, est mentionné à plusieurs reprises dans le Code civil. En matière de baux : article 1728 : Le preneur est tenu de deux obligations principales :

1° D'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances à défaut de convention ;

2° De payer le prix du bail aux termes convenus.

Article 1766 du Code civil : Si le preneur d'un héritage rural ne le garnit pas des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation, s'il abandonne la culture, s'il ne cultive pas en bon père de famille, s'il emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou, en général, s'il n'exécute pas les clauses du bail, et qu'il en résulte un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail.

En cas de résiliation provenant du fait du preneur, celui-ci est tenu des dommages et intérêts, ainsi qu'il est dit en l'article 1764 du Code civil.

méthode d'interprétation objective est une méthode qui « *ne se limite pas, ou qui ne peut correspondre à la seule recherche d'intention ou de la volonté des auteurs de l'acte juridique* »<sup>280</sup>. Pour l'égalité, ce critère objectif traduit un éloignement volontaire des réalités sociales, impliquant dès lors l'absence d'interaction entre les situations personnelles en présence. Cet aspect est renforcé par l'adjonction du terme "rationnel". Pour « *assurer le respect du principe d'égalité, le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels* »<sup>281</sup>, en fonction « *des buts qu'il se propose* »<sup>282</sup>. Par exemple, en matière d'accueil des gens du voyage, « *la distinction opérée (...) entre les communes qui se sont conformées à leurs obligations que leur impose la loi du 5 juillet 2000 (...) relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage et les communes qui ont négligé de le faire repose sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec le but que s'est assigné le législateur en vue d'accueillir les gens du voyage dans des conditions compatibles avec l'ordre public et les droits des tiers* »<sup>283</sup>. Le choix de ce critère objectif et rationnel est en parfaite adéquation avec l'orientation formelle et abstraite de l'égalité puisqu'il permet à la même règle de s'appliquer à tous, quelle que soit la situation en fait sur laquelle elle vient prendre appui<sup>284</sup>. Cependant, cela reste de l'ordre du principe, puisqu'en pratique, le choix du point de vue s'avère difficilement dissociable des considérations factuelles.

---

Article 1806 du Code civil concernant le bail à cheptel : Le preneur doit les soins d'un bon père de famille à la conservation du cheptel.

En matière de contrats et conventions, article 1137 du Code civil : L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.

En matière de droit d'usage et d'habitation, article 627 du Code civil : L'usager, et celui qui a un droit d'habitation, doivent jouir en bons pères de famille.

En matière d'emprunt, article 1880 du Code civil : L'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu.

En matière de gestion d'affaire, article 1374 du Code civil : Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille.

Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant.

En matière d'usufruit, article 601 du Code civil : Il (l'usufruitier) donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit ; cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution.

<sup>280</sup> B. Gelot, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques. Aspects théoriques et pratiques*, Bibliothèque de droit privé, Tome 403, LGDJ, 2003, § 8. Il oppose cette méthode à l'interprétation subjective qui a pour « *finalité exclusive* » « *la recherche de la volonté individuelle ou de la commune intention des parties* ».

<sup>281</sup> CC, 11 et 12.01.2002, 2001-455 DC, Loi de modernisation sociale.

<sup>282</sup> CC, 18.12.1997, 97-393 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998.

<sup>283</sup> CC, 13.03.2003, 2003-467 DC, Loi pour la sécurité intérieure.

<sup>284</sup> M. Miné, *Droit et discrimination sexuelle au travail*, entretien avec C. Coste, Cités, 2002, n°9, p. 91.

## b. Une comparaison concrète en pratique

**80** - En théorie, le critère objectif se fonde sur « *les buts de la loi* »<sup>285</sup> ou sur le but d'un simple accord lorsque sont en cause des relations interpersonnelles<sup>286</sup>. Ce critère objectif peut également être entendu de manière indirecte. La loi peut ainsi donner un but à atteindre pour un établissement, but qui va servir de socle à une interprétation objective du critère de comparaison. Par exemple, au vu de l'objectif fixé à la caisse de garantie, la détermination des cotisations dues concernant la responsabilité civile professionnelle en fonction de la base du montant des fonds et sur celle du chiffre d'affaire n'est pas discriminatoire. Cela ne crée pas « *entre les cotisants de discrimination constitutive d'une atteinte au principe d'égalité ou en tout état de cause d'une violation de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »<sup>287</sup>. Pourtant cette objectivité trouve des limites en pratique. Certains domaines, comme l'égalité en matière de rémunération, supposent la prise en compte d'éléments, qui, bien qu'objectifs, font appel aux faits. D'une manière générale, la comparaison en matière d'égalité subit le mouvement général de matérialisation du droit.

---

<sup>285</sup> CC, 18.12.1997, 97-393 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998 ; CE, 12.12.2003, M. Mokhrane, n° 23523 ; CE, 17.10.2003, Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier Les Alpes, n° 255591, Inédit au Recueil ; CE, 28.10.2002, Mme Veuve X... Y..., n° 241855 ; CE, 03.12.2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, 226514, Rec. p. 624 ; CE, 06.11.2000, G.I.S.T.I., 204784 ; CE Ass., 05.03.1999, Rouquette et autres, n° 194658 et 196116, Rec. p. 37 ; CE Ass., 28.03.1997, Société Baxter, 179049, 179050, 179054, rec. p. 114, RFDA, 1997, p. 458, obs. F. Mélin-Soucramanien ; CJCE, 17.09.2002, Lawrence et autres c/ Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group, Mitie Secure Services Ltd, C-320/00, point 12 : le principe d'égalité hommes-femmes « *qui constitue l'expression spécifique du principe général d'égalité interdisant de traiter de manière différente des situations comparables, à moins que la différenciation ne soit objectivement justifiée, fait partie des fondements de la Communauté* ». Voir également sur ce point : CJCE, 30.06.1988, Commission c/ France, C-318/86, Rec. p. I-3559, point 26 ; CJCE, 07.05.1991, Commission des Communautés Européennes c/ Royaume de Belgique, C-229/89, Rec. I-2205, point 18.

<sup>286</sup> Cass. Soc, 17.06.2003, 01-41588, Inédit, Cass. Soc, 17.06.2003, 01-41524, Inédit titré, Cass. Soc, 17.06.2003, 01-41557, Inédit titré.

<sup>287</sup> CE, 27.10.2000, Caisse de garantie des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises, n° 210838, 211816, 211927, rec. p. 1113 ; voir aussi : CE, 29.12.1999, Compagnie des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises du ressort de la Cour d'appel de Paris, n° 205077, 205115, 205140, rec. p. 870.

## α. La définition matérielle du travail en matière d'égalité de rémunération

**81** - La Cour de cassation, en matière de rémunération, indique très clairement que le critère à prendre en compte pour évaluer si les salariés ont droit au même salaire ou aux mêmes primes, doit être « *la différence du travail fourni* » selon les postes de travail<sup>288</sup>. La solution est justifiée puisqu'il s'agit d'appliquer la règle "à travail égal, salaire égal". Le but de cette règle est d'assurer une égalité de traitement dès lors que deux salariés effectuent un travail identique. Il est alors naturel que l'analyse se porte sur le travail effectivement à fournir par chaque salarié<sup>289</sup>. Il est aussi possible pour l'employeur de prendre en compte les connaissances demandées pour un niveau d'échelon dans l'entreprise afin de déterminer l'équivalence ou non des postes de travail<sup>290</sup>. En revanche, la simple référence à l'ancienneté ne semble pas être un critère suffisant<sup>291</sup>. Un employeur qui se fonde sur des fiches d'évaluation du travail de chaque salarié, ainsi que sur l'assiduité et la ponctualité au travail, n'apporte aucun critère objectif pour effectuer la comparaison<sup>292</sup>. L'objectivité ne vient pas du travail réalisé par la personne, mais du travail qu'il doit en principe effectuer au regard du poste qu'il occupe. Un employeur qui se fonde sur la qualité médiocre du travail pour moins bien rémunérer le salarié ne rapporte pas l'existence d'un « *critère objectif tenant à la différence du travail fourni* »<sup>293</sup>.

L'analyse du poste de travail est au cœur de l'égalité de rémunération. Il est incontestable que l'application de la règle "à travail égal, salaire égal" demande un examen des éléments de fait afin de pouvoir décrire chaque travail considéré. Si cette analyse conserve un critère objectif, elle est irrémédiablement empreinte d'une certaine matérialité. Il arrive aussi parfois que ce soit la neutralité du critère qui soit remise en cause.

---

<sup>288</sup> Cass. Soc, 09.12.2003, n° 01-43039, Inédit.

<sup>289</sup> Cass. Soc, 26.11.2002, n° 00-41633, Bull. 2202, V, n° 354, p. 347 : « *L'employeur ne rapportait pas la preuve que l'inégalité de traitement dont le salarié a été victime, reposait sur un critère objectif tenant à la différence du travail fourni* ».

<sup>290</sup> Cass. Soc, 05.03.2003, n° 01-42851, Inédit.

<sup>291</sup> *Ibid.* : « *Mais attendu, que la Cour d'appel, qui ne s'est pas seulement fondée sur l'ancienneté des agents, a relevé que les fonctions donnant accès au niveau 7 ne requéraient pas les mêmes connaissances que pour le niveau 6 ; qu'elle a dès lors décidé, au vu des éléments de preuve et sans encourir les griefs du moyen, que l'employeur s'était fondé sur des critères objectifs pour classer les salariés en fonction de leur compétence professionnelle, que le moyen n'est pas fondé* ».

<sup>292</sup> Cass. Soc, 09.04.2002, n° 99-44534, Inédit titré.

<sup>293</sup> Cass. Soc, 26.11.2002, 00-41633, Bull. 2002, V, n° 354, p. 374.

### β. Un critère généralement subjectif ou matériel

**82** - L'arrêt Posthumus<sup>294</sup> rendu par la Cour de Luxembourg nous indique ce qu'est un critère objectif : « *Selon le sens ordinaire de ces termes, considérés dans leur contexte, [il] ne vise que des critères objectivement vérifiables, fixés de manière générale et à l'avance.* » Cependant, l'interprétation de ces termes est fluctuante. Si l'on se fonde sur la différence de nationalité comme critère objectif afin d'établir la comparaison, la solution sera différente suivant la loi en cause et suivant les objectifs que le législateur a fixés. C'est ainsi que faire une distinction en fonction de la nationalité à propos de l'octroi de l'allocation adulte handicapé en imposant une condition de régularité de séjour aux étrangers ne constitue pas un critère discriminatoire puisque le but même de la loi est d'établir cette distinction<sup>295</sup>. Notons au passage combien l'argumentation est poussive : le critère est justifié simplement parce qu'il existe. La généralisation de l'acception d'un tel critère justifié peut faire frémir quant à la protection effective de l'égalité en général et de l'égalité formelle en particulier.

**83** - En revanche, le fait de se fonder sur la différence de nationalité après l'accession à l'indépendance d'Etats antérieurement rattachés à la France pour refuser l'octroi de pension de retraite pour les agents publics ne peut être considéré comme prenant appui sur un critère objectif. Le but de la loi est d'offrir « *une rémunération différée destinée à leur assurer, ou à assurer à leurs ayants cause, des conditions matérielles de vie en rapport avec la dignité des fonctions passées de ces agents* »<sup>296</sup>. L'objectivité dépend de l'objectif assigné par la loi ; or, on ne peut pas dire que ce critère remplisse réellement les caractéristiques que l'on attribue habituellement à une interprétation objective. En matière d'acte juridique, « *la subjectivité du juge n'est pas celle des parties* »<sup>297</sup>, ce qui signifie que la subjectivité du juge existe. Elle peut avoir d'autant plus de poids en matière d'égalité que l'interprétation du but de la loi n'est pas

---

<sup>294</sup> CJCE, 08.12.1991, Posthumus c/ Oosterwoud, C-121/90, rec. p. I-5859.

<sup>295</sup> CE, 12.12.2003, M. Mokhrane, n° 235234 : « *le législateur, en subordonnant à une condition de régularité du séjour le bénéfice, pour les étrangers, de l'allocation aux adultes handicapés, a entendu tenir compte de la différence de situation entre les étrangers selon qu'ils satisfont ou non aux conditions de régularité du séjour posées tant par la loi que par les engagements internationaux souscrits par la France ; qu'il s'est ainsi fondé sur un critère objectif et rationnel en rapport avec les buts de la loi* ».

<sup>296</sup> CE, 28.10.2002, Mme Veuve X... Y..., n° 241855.

<sup>297</sup> B. Gelot, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques. Aspects théoriques et pratiques*, Bibliothèque de droit privé, Tome 403, LGDJ, 2003, § 7.

toujours possible objectivement. Toute loi ne décrit pas ses objectifs et le juge confronté à ce non-dit doit rechercher l'intention du législateur au moment de la création de la loi. Dans ce cas, rechercher la volonté de la loi, c'est rechercher la volonté du législateur<sup>298</sup>. Le choix d'un critère objectif est dépassé car la volonté du législateur dépend avant tout d'une interprétation subjective. En matière de loi, que l'on peut aussi qualifier d'acte<sup>299</sup>, une double subjectivité peut être mise à jour lors de l'exercice de la comparaison : celle du juge et celle du législateur. Nous sommes loin de la neutralité qui devrait caractériser l'égalité formelle.

**84** - De plus, prendre en compte l'objectif de la loi pour déterminer si une situation peut être qualifiée d'équivalente à une autre, n'est pas autre chose qu'analyser les situations en cause d'un point de vue pratique. C'est-à-dire considérer la situation par rapport à ses conséquences quant au but assigné à la loi par le législateur. Par exemple, en matière de pollution, régler la circulation en fonction des plaques d'immatriculation paires et impaires n'est pas un critère arbitraire car il « *permet de réagir dans les meilleurs délais aux pointes de pollution selon un critère objectif, aisément applicable par les usagers et contrôlable par les agents chargés du contrôle* <sup>300</sup> ». Ce qui est analysé, c'est l'efficacité du critère utilisé, jugé objectif, par rapport à l'objectif de la loi. Cet aspect de l'égalité est fortement marqué par l'évolution générale du droit. Nous assistons depuis le milieu du 20<sup>ème</sup> siècle à une troisième période du droit privé<sup>301</sup> qui se traduit par une « *rematérialisation du droit* <sup>302</sup> », grâce principalement aux théories de l'analyse économique du droit<sup>303</sup>. Cela a pour effet de modifier substantiellement le contenu du droit. « *Il ne s'agit plus pour le droit de fixer les règles du jeu social, mais, pour l'essentiel, d'atteindre des objectifs substantiels ... Dans l'ensemble, les valeurs matérielles priment sur toute autre catégorie de valeurs, reléguées à l'arrière plan des préoccupations du droit* <sup>304</sup> ». Le principe d'égalité est atteint par cette évolution. La Cour européenne des droits de l'homme, rappelant très souvent que « *la Convention a pour but de*

---

<sup>298</sup> CC, 13.03.2003, 2003-467 DC, Loi pour la sécurité intérieure : « *la distinction opérée (...) entre les communes qui se sont conformées à leurs obligations que leur impose la loi du 5 juillet 2000 (...) relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage et les communes qui ont négligé de la faire repose sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec le but que s'est assigné le législateur en vue d'accueillir les gens du voyage dans des conditions compatibles avec l'ordre public et les droits des tiers.* »

<sup>299</sup> F. Saint-Bonnet, *Loi*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 959 ; D. Godefridi, *L'égalité devant la loi dans les jurisprudences de la Cour d'Arbitrage de Belgique et de la Cour Suprême des Etats-Unis*, RIDC, n°2, 2003, p. 331 : La loi est « *une règle, l'acte administratif nominatif et le jugement des normes individuelles* ».

<sup>300</sup> CE, 28.02.2000, M. Petit-Perrin, 189082, rec. p. 812.

<sup>301</sup> B. Gelot, *Op. cit.*, § 15.

<sup>302</sup> B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 167.

<sup>303</sup> *Economique*, « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », Sous la direction de A.J.Arnaud, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, p. 216.

<sup>304</sup> B. Oppetit, *Op.cit.*, p. 167.

*protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs*<sup>305</sup>», ajoute que l'appréciation de la situation faite par les juridictions internes ne doit pas se faire « *in abstracto et en fonction de considérations de caractère général*<sup>306</sup>». Une analyse contraire conduit à la violation de l'article 14. La Cour admet dans le même temps que le critère appliqué doit être objectif, pour autant, il doit prendre en compte les situations concrètes en présence. La matérialisation du principe d'égalité est alors inéluctable.

**85** - Tout cela démontre que, dans son fonctionnement, si l'on considère la règle selon laquelle les situations jugées équivalentes doivent être traitées de manière identique, l'égalité ne peut être que matérielle, ou tout au moins sensible à la matérialité de la règle. Cela emporte deux conséquences. La première est que le bastion de l'égalité formelle ne résiste pas à l'assaut de l'égalité matérielle. La seconde réside dans le constat de consubstantialité des deux règles depuis la première manifestation de l'égalité car, dans ce cas, la critique selon laquelle les discriminations positives obligent à un choix entre l'égalité formelle et l'égalité matérielle tombe *de facto*. Même si traiter de manière identique des situations équivalentes ne fait pas partie du champ d'application des discriminations positives, nous pouvons constater que cela ne va pas à l'encontre de leur existence.

## **2. Le choix de la situation de référence**

**86** - Déterminer un critère de comparaison n'est pas suffisant pour pouvoir effectuer cette dernière, il faut aussi spécifier quels vont être le comparé et le comparant. Le premier pose peu de difficulté en pratique : il s'agit de prendre la caractéristique principale qui a trait au litige de la personne qui se prétend victime d'une discrimination. Concrètement, c'est l'aspect minoritaire de la situation de la personne qui sera pris en compte. Nous entendons par le terme "minorité", non pas un groupe de personnes quantitativement défavorisés, mais

---

<sup>305</sup> CEDH, 09.10.1979, Airey c/ Irlande, req. 6289/73, Série A32. Voir aussi CEDH, 13.06.1979, Marckx c/ Belgique, req. 6833/74, A31, § 64 ; CEDH, 23.07.1969, Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique, req. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

<sup>306</sup> CEDH, 16.12.2003, Palau-Martinez c/ France, req. 64927/01. En l'espèce la Cour estime que les juridictions françaises ayant retiré le droit de garde d'une mère appartenant aux témoins de Jéhovah et s'étant fondées sur ces considérations n'ont pas suffisamment motivé leur décision, la Cour admet alors la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

un groupe qualitativement défavorisé, c'est-à-dire, un groupe qui se plaint d'une discrimination, quel que soit le nombre de personnes en faisant partie<sup>307</sup>. Cette orientation permet ainsi d'inclure les femmes, qui, bien que majoritaires en nombre dans la population, ne bénéficient pas toujours d'une réelle égalité dans les faits<sup>308</sup>. En revanche, la définition du comparant s'avère plus délicate. D'une part, si par définition il appartient à la majorité, il faut en plus déterminer la caractéristique qui lui permet d'appartenir à cette majorité relativement à la demande de la personne issue de la minorité. D'autre part, ce tri peut s'avérer hautement stratégique car le choix de la situation de référence peut ôter toute possibilité de constat de discrimination. L'un des enjeux principaux de la comparaison est donc de déterminer la personne « étalon<sup>309</sup> » et sa situation pour la mettre en balance avec celle du comparé. De ce point de vue, une fois de plus, l'inconstance des juridictions se fait fortement ressentir.

**87** - En matière d'égalité hommes-femmes, il paraît logique de comparer la situation des femmes à celle des hommes. Si une femme se plaint d'être discriminée, elle l'est par sa position de femme face à la situation d'un homme. C'est ainsi qu'en matière de rémunération, la Cour de Luxembourg indique que « *selon l'article 1<sup>er</sup> de la directive 75/117, le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail, énoncé à l'article 119 du traité (...) implique, pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale, l'élimination, dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération, de toute discrimination fondée sur le sexe*<sup>310</sup> ». Dans ce cas, aucune difficulté n'apparaît, il suffit de comparer la rémunération d'une femme avec celle d'un homme occupant un poste de travail équivalent.

**88** - En revanche, la rémunération d'une femme enceinte est un problème particulier. « *À cet égard, les femmes qui bénéficient d'un congé de maternité prévu par la législation nationale se trouvent dans une situation spécifique qui exige qu'une protection spéciale leur soit accordée, mais qui ne peut pas être assimilée, notamment, à celle d'un homme ni à celle d'une femme qui occupe effectivement son poste de travail. Dès lors, les intéressées ne peuvent utilement invoquer le bénéfice des dispositions de l'article 119 du traité pour*

---

<sup>307</sup> S. Pierré-Caps, *Minorités*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 1031 : « *L'étymologie décline les deux significations acquises consécutivement par le mot « minorité », lesquelles marquent toujours sa définition contemporaine en ce qu'elles figurent un rapport de subordination, puis d'infériorité numérique* ».

<sup>308</sup> *Ibid.* : ce que l'auteur appelle les « *minorités de genre* ».

<sup>309</sup> R. Wintemute, *Libertés et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles en Europe*, in « *Homosexualités et droit* », sous la direction de D. Borillo, 2<sup>ème</sup> éd. mise à jour, PUF, 1999 p. 198.

<sup>310</sup> CJCE, 30.03.2004, Alabaster, C-147/02, point 41.



revendiquer le maintien, pendant leur congé de maternité, de leur rémunération intégrale comme si elles occupaient effectivement, comme les autres travailleurs, leur poste de travail<sup>311</sup>». La situation d'une femme en congé de maternité ne peut donc être comparée, ni à celle d'un homme, ni à celle d'une femme à partir du moment où ils occupent effectivement leur poste de travail<sup>312</sup>. Cela voudrait dire que la seule situation qui puisse être mise en balance avec celle d'une femme en congé de maternité est celle d'une personne qui, quel que soit son sexe n'est pas effectivement à son poste de travail. Cette acception semblerait alors recouvrir uniquement la situation des salariés qui sont en congé maladie. La situation d'une femme en congé maternité doit être identique à celle des autres salariés en congé maladie, qui ne sont pas effectivement à leur poste de travail pour qu'il n'existe pas de discrimination. Les circonstances peuvent parfois venir modifier le choix du comparant. Dans le cadre d'un report pour prendre un poste suite à un concours pour cause de grossesse, la comparaison de la situation de la femme se fait en fonction de la situation des autres personnes qui ont eu ce même concours et non en fonction des autres personnes qui demandent le même type de report<sup>313</sup>. On recherche la situation qui est la plus proche de celle de la personne qui se plaint d'une discrimination. Ce n'est pas toujours l'éloignement du poste de travail que peut traduire le congé maternité, ce peut être aussi les circonstances dans lesquelles il s'effectue. Si le cadre défini de manière classique ne fonctionne pas, il faut alors changer de personne qui va servir de référence. Une fois de plus, une analogie peut être dressée avec le droit international privé et la méthode des conflits de lois qui demande de trouver un critère qui permet de découvrir la loi en présence qui offre le plus de liens avec le litige<sup>314</sup>. Par exemple, pour les litiges relatifs à l'état des personnes, le critère retenu sera celui de la nationalité. Le mécanisme est le même en matière de comparaison égalitaire : *a priori*, c'est le critère de l'éloignement du poste de travail qui paraît le plus proche de la situation d'une femme en congé maternité. De même, lorsqu'il s'agit d'un problème de discrimination "classique"<sup>315</sup> ce sera l'homme placé dans la même situation (ou qui effectue le même travail) qui deviendra le comparant. Ce n'est que

---

<sup>311</sup> *Ibid.*, point 46.

<sup>312</sup> CJCE, 13.02.1996, Gillespie e.a., C-342/93, rec. p. I-475, point 17.

<sup>313</sup> CJCE, 16.02.2006, Sarkatzis Herrero, C-294/04, point 47 (RJS, 2006, p. 662, Chr., J-P. Hernoult) : « la directive 76/207 s'oppose à une législation nationale qui ne reconnaît pas à un travailleur féminin se trouvant en congé de maternité les mêmes droits que ceux reconnus à d'autres lauréats du même concours de recrutement en ce qui concerne les conditions d'accès à la carrière de fonctionnaire en reportant son entrée en fonction à l'échéance de ce congé sans prendre en considération la durée dudit congé pour le calcul de l'ancienneté de service de ce travailleur ».

<sup>314</sup> Pour un examen complet et technique de cette méthode : B. Audit, *Droit international privé*, Economica, Coll. Corpus droit privé, 4<sup>ème</sup> édition, 2006.

<sup>315</sup> En ce sens que le problème ne touchait pas une différence physiologique ou physique entre les sexes.

lorsque les circonstances viennent modifier l'état des relations entre les personnes pouvant servir de référence et le comparé que l'on va procéder à une modification du référant.

**89** - Ce changement n'apparaît cependant pas toujours aussi clairement justifié et lié à des considérations pratiques. Ainsi, dans l'affaire Grant de 1998<sup>316</sup>, une femme se plaignait de l'absence de réduction sur les prix de transport en tant que concubine du seul fait qu'elle vivait avec une autre femme. Elle jugeait cette situation discriminatoire au regard des concubins hétérosexuels qui pouvaient bénéficier de tels avantages. Or, la Cour de justice, pour juger du caractère discriminatoire de cette situation, ne compare pas la situation des concubines homosexuelles avec les couples hétérosexuels, mais utilise la situation des concubins homosexuels masculins<sup>317</sup>. Fort logiquement, sur cette base, la Cour estime qu'il n'y a aucune discrimination, les situations des homosexuels masculins et féminins étant traitées de manière identique, c'est-à-dire par l'absence d'avantages dans les tarifications des transports. Dans sa globalité, la solution paraît manquer de cohérence : il y a bien une discrimination, que cette différence de traitement soit justifiée ou non. Cependant, la Cour parvient à conclure à l'absence de discrimination en passant par l'intermédiaire de l'égalité classique entre les hommes et les femmes. Elle se fonde en effet sur le fait que Mme Grant invoquait une discrimination entre les hommes et les femmes au motif qu'une décision différente aurait été prise « *si les avantages en cause dans le litige au principal avaient été réclamés par un homme vivant avec une femme et non par une femme vivant avec une femme* »<sup>318</sup>. La Cour interprète ce point comme l'invocation d'une discrimination entre les sexes, alors qu'il s'agit en réalité d'une discrimination selon l'orientation sexuelle. La Cour refuse de considérer ces deux formes de discrimination de manière indépendante<sup>319</sup>. Regarder la distinction en cause comme une éventuelle discrimination en fonction du sexe permet de parvenir à une solution niant l'existence d'une différence de traitement. Mme Grant ne remplit pas les conditions prévues pour bénéficier d'avantages financiers, c'est-à-dire vivre avec un conjoint de sexe opposé. Or, cette condition existe de la même manière pour un homme. Hommes et femmes bénéficient du même traitement<sup>320</sup>, c'est donc sur ce point qu'intervient le changement de comparant. Examiner ce problème comme une discrimination

---

<sup>316</sup> CJCE, 17.02.1998, L-J. Grant, C-249/96, rec. p. I-261, JTDE, 1998, p. 110, note. A. Weyembergh.

<sup>317</sup> Voir à propos de cette interprétation : A. Ezahrahoui, *Non-discrimination et sexualité(s) : apports et limites des jurisprudences européennes*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 67.

<sup>318</sup> CJCE, 17.02.1998, L-J. Grant, C-249/96, rec. p. I-261, point 16.

<sup>319</sup> Point 24 de l'arrêt : « *Il conviendra d'examiner la question de savoir si une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle constitue une discrimination fondée sur le sexe du travailleur* ».

<sup>320</sup> Point 27 de l'arrêt.

quant à l'orientation sexuelle aurait conduit à comparer la situation des homosexuels à celle des hétérosexuels et à aboutir à un constat de discrimination. En revanche, se fonder sur une discrimination fondée sur le sexe permet d'affirmer qu'il y a égalité de traitement. La Cour aurait dû se fonder sur une discrimination quant à l'orientation sexuelle qui devait conduire à un changement de la personne de référence. En effet, dans ce cas, pour une analyse « *correcte* <sup>321</sup> », le comparant ne doit pas seulement être une personne de sexe différent de la victime, mais aussi une personne qui n'a pas la même orientation sexuelle<sup>322</sup>. Dans l'affaire Grant, la personne étant une femme lesbienne, le comparant doit être non seulement un homme, mais un homme hétérosexuel. Dans ce cas, il aurait été difficile de ne pas admettre la discrimination puisque la différence de traitement était particulièrement visible. Cet arrêt est l'illustration de l'importance du choix de la personne qui va servir de référence pour le processus égalitaire. Il est possible pour le juge d'agir sur ce point pour modifier la relation d'égalité telle qu'il l'entend, ce qui ne correspond pas toujours à ce que la réalité objective laisse entrevoir.

**90** - Cette constatation illustre l'idée selon laquelle le juge préfère se pencher sur le problème de la comparaison, plutôt que sur celui de la justification de la mesure, afin d'appliquer le principe d'égalité. C'est ainsi que l' « *on observe une tendance à déplacer toute justification d'une discrimination matérielle au niveau de la comparaison des situations* <sup>323</sup> ». L'égalité est alors fortement teintée de politique, voire d'arbitraire « *qui empêche le contrôle de la justification* » de la mesure égalitaire contestée<sup>324</sup>. Cela explique le manque de cohérence de l'ensemble de la jurisprudence relative à la comparaison des situations équivalentes, et par voie de conséquence, des situations différentes. Le constat n'est pas fait pour favoriser les discriminations positives. Le droit français étant très réticent à leur endroit, il ne reste aux magistrats qu'à modifier les éléments nécessaires à la comparaison afin d'éviter d'entrer dans le cadre permettant l'instauration de ces mesures. D'ailleurs, certains n'ont pas manqué de remarquer dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, pourtant plus favorable à l'égalité matérielle, une certaine propension à ne pas

---

<sup>321</sup> R. Wintemute, *Loc. cit.*, p. 198.

<sup>322</sup> Sur l'explication des choix des personnes-étalon : *Ibid.*

<sup>323</sup> K. Lenaerts, D. Arts, *La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in « La personne humaine, sujet de droit », Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Paris, PUF, 1994, p. 101.

<sup>324</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 407.

avouer l'existence de discriminations susceptibles d'ouvrir la porte aux discriminations positives<sup>325</sup>.

La situation est encore plus floue au regard des situations que le juge estime équivalentes. Une fois de plus, l'égalité formelle va laisser une place importante à l'analyse matérielle.

## **Section II. L'absence d'identité absolue des situations comparées**

91 - La règle selon laquelle les situations identiques doivent être traitées de manière identique reste aujourd'hui encore le soubassement de l'égalité. Le traitement identique ne semble pas poser de difficulté particulière : il suffit que la règle soit indifférenciée. En revanche, c'est sur l'analyse de l'équivalence des situations que l'égalité va rester purement formelle ou non. La preuve en est que la Cour de justice des Communautés européennes, pourtant très ouverte à l'égalité matérielle<sup>326</sup>, présume l'équivalence des situations lorsque la preuve de la différence des situations est impossible à rapporter<sup>327</sup>. Le vocabulaire utilisé lors de la comparaison des situations atteste lui aussi de cette attitude de référence première à l'égalité formelle<sup>328</sup>. Les conséquences ne sont pas négligeables car plus les situations jugées équivalentes seront nombreuses, moins les mesures différenciatrices fondées sur une différence de situation, y compris les discriminations positives, pourront voir le jour. Cependant, moduler l'équivalence des situations a aussi de fortes incidences sur l'égalité formelle. La plupart du temps, les juges se contentent d'une identité relative entre les situations (§1.). L'aspect formel de l'égalité qui n'est pas aussi pur que le principe initial le voulait et l'égalité advient en pratique indéterminée (§2.).

---

<sup>325</sup> A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305 : « On peut reprocher à la Cour de justice de masquer l'objectif non avoué des discriminations positives. Toutefois, l'aveu de la discrimination ne modifierait peut être pas le sens de ses décisions ».

<sup>326</sup> CJCE, 17.07.1963, Italie c/ Commission, C-13/63.

<sup>327</sup> CJCE, 12.12.1973, Otto Witt KG / Hauptzollamt Hamburg-Ericus, C-149/73, rec. p. 1587, point 2.

<sup>328</sup> Pour une liste exhaustive des termes employés en matière d'égalité et de non-discrimination par la Cour de justice des communautés européennes : R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 352.

## §1. Une identité relative des situations préférée

92 - Une lecture stricte de l'égalité formelle et générale voudrait que ne soient seulement visées les situations identiques afin d'aboutir à un même traitement<sup>329</sup>. Il n'y a pas lieu de procéder à une réflexion intense pour voir les limites pratiques d'une telle volonté : viser les situations identiques relève d'un idéal qui ne se présente pas souvent concrètement. Il faut cependant analyser quelles sont les indications données par la jurisprudence qui laissent entrevoir la prise en compte d'une simple identité relative des situations. Transparaît nécessairement du vocabulaire employé lors de la comparaison. De ce point de vue, les juridictions expriment rarement la nécessité d'une identité absolue des situations (A.) et développent l'emploi de termes indiquant l'identité relative (B.).

### A. La rareté des références à l'identité absolue des situations

93 - En pratique, se référer à l'identité absolue, c'est demander à ce que les situations en présence soient identiques. Cela permet un parallélisme parfait entre les situations comparées et le traitement identique qui s'ensuit. Ainsi, « *la discrimination consiste à traiter de manière différente des situations qui sont identiques, ou de manière identique des situations qui sont différentes* »<sup>330</sup>. Pourtant, en pratique, il est difficile de déceler une jurisprudence réellement ferme sur cette nécessité. La Cour de justice des communautés européennes fait effectivement parfois référence à l'identité absolue des situations, mais elle le fait au détour d'arrêts qui n'apportent pas une réelle nouveauté et qui sont suivis immédiatement par d'autres espèces qui se contentent d'une identité relative<sup>331</sup>.

94 - Parallèlement, la Cour de Strasbourg utilise de manière parcimonieuse le terme de situations identiques et le fait souvent en dehors de l'application de l'article 14 de la

---

<sup>329</sup> F. Luchaire, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, p. 1229.

<sup>330</sup> CJCE, 23.02.1983, *Kommanditgesellschaft in der Firma Wagner GmgH*, C-8/82, rec. p. 371, point 18.

<sup>331</sup> CJCE, 23.02.1983, *Kommanditgesellschaft in der Firma Wagner GmgH*, C-8/82, point 18 ; CJCE, 04.02.1982, *Buyl e.a.*, C-817/79, rec. p. 245, point 29 ; CJCE, 11.03.1982, *De Pascale*, C-164/80, rec. p. 909, point 20.

Convention. Ainsi, dans l'arrêt Lutz contre Allemagne<sup>332</sup>, relatif à l'article 6, elle estime que « *accusation en matière pénale* », « *accusé d'une infraction* » et « *accusé* » visent des « *situations identiques* »<sup>333</sup>. Il s'agit ici d'une simple catégorisation en matière de procédure pénale sans rapport avec une éventuelle discrimination entre différentes situations<sup>334</sup>. La seule autre référence à cette expression dans le corps d'un arrêt se retrouve dans l'arrêt SA Dangeville contre France<sup>335</sup>. Cette fois c'est le gouvernement français qui s'approprie le terme pour démontrer qu'il n'a commis aucune discrimination. Il est d'ailleurs assez paradoxal que le Gouvernement veuille aller jusqu'à prouver l'identité absolue des situations en cause alors que la relativité semble de mise dans la jurisprudence de la Cour. Il existe cependant un arrêt intéressant relativement à l'absence de véritable choix dans les termes consacrés à la comparaison. Dans un arrêt de 1997<sup>336</sup>, la Cour rappelle le principe selon lequel le constat de discrimination n'est possible que si l'on démontre que les situations traitées de manière différente sont analogues ou comparables<sup>337</sup>. Elle analyse ensuite la situation respective des requérantes et en déduit qu'elles se trouvaient « *dans une situation analogue, sinon identique* »<sup>338</sup>. Cet arrêt montre que la Cour européenne des droits de l'homme peut effectuer une analyse des faits approfondie et qu'elle peut qualifier l'identité des situations comme étant absolue ou simplement relative. Pour autant, elle ne se sert pas de cette échelle d'intensité. Il semble que l'identité relative soit suffisante pour spécifier l'équivalence des situations, et le traitement juridique identique qui s'y rapporte. Cet arrêt apporte la preuve que l'identité relative est suffisante pour appliquer un traitement identique, même si la Cour peut qualifier une identité absolue. L'identité absolue est rare et n'emporte aucune conséquence distincte de l'identité relative.

**95** - À quelques exceptions près, les exemples d'identité absolue des situations sont tout aussi difficiles à constater à l'examen des jurisprudences internes. Toutefois, le Conseil d'Etat indique qu'il est possible de prévoir des régimes distincts pour les médecins et chirurgiens effectuant des prestations à visée esthétique et pour les autres praticiens car ils ne sont pas

---

<sup>332</sup> CEDH, 25.08.1987, Lutz c/Allemagne, req. 9912/82, Série A. 123.

<sup>333</sup> §52 de l'arrêt.

<sup>334</sup> Pour d'autres exemples de l'utilisation de l'expression « situations identiques », cette fois au singulier, voir CEDH, 23.03.2002, SA Immeubles groupe Kossler c/ France, req. 38748/97; CEDH, 21.03.2002, APBP c/ France, req. 38436/97, JCP G., 2002, I, 157, obs. F. Sudre .

<sup>335</sup> CEDH, 16.04.2002, SA Dangeville c/ France, req. 36677/97, rec. 2002-III, Obs. J-F. Flauss, AJDA, 2002, p. 507.

<sup>336</sup> CEDH, 23.10.1997, National and provincial building sty, the leeds permanent building sty et the yorshire building sty c/ Royaume-Uni, req. 21319/93, 22449/93, 21675/93, Rec. 1997-VII.

<sup>337</sup> §88 de l'arrêt.

<sup>338</sup> §89 de l'arrêt.

« dans une situation de fait ou de droit identique<sup>339</sup> » au regard de l'obligation d'information du consommateur. De même, les syndicats issus d'une scission, pour apprécier leur souveraineté, ne sont pas dans une « situation identique » à celle des syndicats nouvellement créés, dès lors, l'application de règles différentes entre ces deux catégories ne méconnaît pas le principe d'égalité<sup>340</sup>. L'existence de situations différentes est définie de manière négative, c'est-à-dire qu'il faut considérer comme différente une situation qui n'est pas identique à celle qui sert de référence. Cela veut-il dire qu'une situation simplement comparable peut être considérée comme différente et justifier une différence de traitement ? La seule certitude reste qu'en cas de situation identique, le traitement identique s'impose<sup>341</sup>.

**96** - Un arrêt du Conseil d'Etat semble renseigner sur le contenu que prend une identité absolue des situations comparées. Il s'agissait d'un problème lié à la titularisation des agents des collectivités territoriales. Ces derniers doivent passer un examen professionnel préalable afin d'obtenir cette titularisation. L'association requérante défendant les intérêts de ces agents des collectivités territoriales se plaignait d'une méconnaissance du principe d'égalité en comparant la situation de ces agents avec celle des agents d'Etat qui ne sont pas soumis à des examens préalables afin d'obtenir une titularisation. Le Conseil d'Etat répond qu'il n'y a aucune rupture de l'égalité car ces différentes catégories d'agents « ne relèvent ni de situations semblables ni de dispositions législatives identiques<sup>342</sup> ». Le Conseil d'Etat distingue situation de fait et situation juridique. Pour la situation de fait, une simple analogie relative est suffisante. En revanche, sous un angle juridique, l'identité absolue des situations est exigée. Il est sans doute plus aisé de trouver une similarité absolue dans ce cadre, néanmoins nous avons déjà démontré que le cadre de référence juridique servait à établir une possibilité de comparaison plutôt que le résultat de cette comparaison. Dans ce cas, l'analyse de la situation de fait correspondrait effectivement à la comparaison et le cadre juridique à la comparabilité. Le principe égalitaire selon lequel « à situation similaire, traitement identique » ne pourrait s'appliquer qu'au prix d'une situation juridique identique (comparabilité) et d'une situation en fait semblable (comparaison). En conséquence, pour ce qui est de la comparaison, elle doit s'effectuer selon l'analyse des faits, et une simple analogie relative suffit pour

---

<sup>339</sup> CE, 27.04.1998, Association française des médecins esthéticiens, n° 184473 et 184557.

<sup>340</sup> CE, 12.05.1999, Confédération paysanne de l'Aveyron, n° 154897, Inédit au Recueil.

<sup>341</sup> CE, 17.10.2003, Syndicat national Force Ouvrière des personnels de préfecture, n° 247271, Inédit au Recueil : « Le principe d'égalité ne s'applique qu'entre fonctionnaires d'un même corps ou d'un même cadre d'emploi qui sont placés dans une situation identique ». Voir également : CE, 25.05.2005, Mme ZY, 269544, Inédit.

<sup>342</sup> CE, 27.02.1987, Association Nationale des Contractuels du Service Public, n° 77774, Inédit au Recueil.

qualifier les situations d'équivalentes. Cet arrêt confirme ainsi qu'il n'est pas besoin d'une identité absolue des situations pour parvenir à un constat d'équivalence.

**97** - Le domaine de l'égalité de rémunération semble être une exception sur ce point. La Cour de cassation a développé une jurisprudence révélant une certaine constance par laquelle elle indique que l'« *l'identité* » des situations<sup>343</sup> doit tendre vers l'absolu. « *L'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés pour autant que ceux-ci sont placés dans une situation identique*<sup>344</sup> ». Un arrêt de 2003<sup>345</sup> illustre de manière éloquente la volonté marquée de la Cour de cassation de se satisfaire uniquement d'une identité absolue des situations. En l'espèce, un salarié embauché en tant que fraiseur se plaignait d'une discrimination du fait d'une moindre rémunération par rapport à ses collègues embauchés dans l'entreprise depuis la fin de l'année 1995 et ayant les mêmes qualifications. La Cour d'appel, ayant procédé à la comparaison de la situation du salarié avec celle de l'un de ces collègues, aboutit à la conclusion qu'ils sont dans une « *situation comparable* » la conduisant à condamner l'employeur au paiement de sommes à titre de complément de salaires. L'arrêt est pourtant cassé par la Cour de cassation qui rappelle le principe selon lequel « *en application de la règle "à travail égal, salaire égal" énoncée par les articles L. 133-5, 4 et L. 136-2 8<sup>e</sup> du Code du travail, l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés pour autant que ceux-ci sont placés dans une situation identique* ». La Cour d'appel s'étant contentée d'une simple identité relative entre les différentes situations est censurée. Pour la Cour de cassation, le travail d'analyse de la Cour d'appel est insuffisant. Elle s'est arrêtée à la qualification des salariés, alors qu'elle aurait dû, selon la Cour de cassation, analyser la « *technicité particulière du poste de travail* »<sup>346</sup>. La Cour de cassation impose une identité absolue des situations qui passe par un examen approfondi du poste de travail. Dans d'autres espèces, elle se réfère à l'analyse du parcours professionnel afin de déterminer l'identité absolue des situations<sup>347</sup>. La seule référence à la qualification des salariés

---

<sup>343</sup> Cass. Soc., 13.01.2004, n°01-46407, Bull. 2004, n°1, p.1; Cass. Soc., 16.11.2002, n° 00-44860, Inédit titré.

<sup>344</sup> Cass. Soc., 08.03.2005, n° 04-45848, Inédit. Voir également : Cass. Soc., 20.06.2001, n° 99-43905, Inédit titré. Pour une discrimination en matière d'attribution d'avantages : Cass. Soc., 30.09.2003, n° 01-46667, 01-46668, 01-46670, 01-46694, 01-46698, Inédit. Pour le versement d'une prime : Cass. Soc. 11.10.2005, n° 04-43024, Inédit.

<sup>345</sup> Cass. Soc., 08.01.2003, n°00-41228, Inédit titré.

<sup>346</sup> La Cour de cassation admet aussi d'autres points de comparaison pour accepter l'identité des situations des travailleurs : l'ancienneté, les charges de famille « comparables ». Sur ce point : Cass. Soc., 25.06.1997, 95-43818. Cela voudrait dire, au regard de l'ensemble de cette jurisprudence sur l'égalité de rémunération que des éléments comparables peuvent aboutir à un constat global de situations identiques.

<sup>347</sup> Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-42920 ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-40447, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-40458, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-41470, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-41631, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-41676, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-42677, Inédit ; Cass. Soc.,



n'est pas suffisante, car elle ne permet pas, à elle seule, de déterminer si les situations sont réellement identiques.

**98** - L'exemple de la sévérité de la comparaison en matière d'égalité de rémunération semble bien isolé au milieu d'une jurisprudence qui, au mieux ne tient aucun compte de l'intensité de l'identité, au pire la rejette expressément. Cela a deux conséquences sur la mise en œuvre de l'égalité. La première consiste dans la limitation des mesures différenciatrices. En effet, elles ont besoin d'un constat de différence de situation pour que leur champ d'application soit concerné. En se contentant d'une simple identité relative, le nombre de constats d'équivalence des situations se multiplie, laissant moins de place aux mesures différenciatrices. La seconde conséquence touche plus directement l'égalité formelle. Le fait de pouvoir catégoriser les individus sans tenir compte de toutes les différences dans leurs situations produit un décalage entre l'égalité formelle et abstraite et l'application de l'égalité. Ce décalage est particulièrement visible lorsque la Cour de justice des Communautés européennes, définissant la discrimination matérielle, affirme qu'elle consiste « *à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes*<sup>348</sup> ». Le parallèle absolu entre l'identification des situations et le traitement juridique qui en est issu n'est pas parfait. Une identité relative est satisfaisante pour les juges afin de traiter de manière identique ces situations, c'est-à-dire, rappelons-le, d'aboutir à une règle de droit indifférenciée. Cette absence de symétrie est d'autant plus marquée que toutes les juridictions usent d'un panel de termes relevant de l'identité relative particulièrement riche.

---

03.05.2006, n° 03-442939, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-42941, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-43124, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-43647, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-44352, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-45057, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 02-46153, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-46846, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-47227, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-47766, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-48242, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-40438, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, 05-40444, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, 05-40811, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-41014, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-41677, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-41679, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-43312, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-45453, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-45468, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-46136, Inédit ; Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-46137, Inédit.

<sup>348</sup> CJCE, 17.07.1963, Italie c/ Commission, C-13/63.

## B. La multiplicité des termes traitant de l'identité relative

**99** - Certains auteurs, lorsqu'ils traitent de l'équivalence des situations, se réfèrent à une identité absolue. Ils invoquent notamment la règle « *à situations semblables, règles semblables ; à situations différentes, règles différentes*<sup>349</sup> ». Ils ne font que constater, consciemment ou non, l'orientation d'une jurisprudence interne et européenne qui se satisfait d'une identité relative des situations. Dans ce domaine, elle fait même preuve d'une richesse de vocabulaire surprenante, laissant le lecteur attentif perplexe et incapable de trouver une réponse à cette variété face à un dictionnaire des synonymes muet sur la différence d'intensité d'identité que représentent ces termes. Le lecteur s'en trouve d'autant plus marri que certaines juridictions semblent avoir leur marotte et donnent la préférence à un terme ou un autre.

**100** - La Cour de justice des Communautés européennes a une inclinaison particulière pour le terme comparable, malgré l'ambiguïté qu'il renferme. Il est de « *jurisprudence constante* » de constater qu'une « *discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables*<sup>350</sup> ». Cela n'empêche toutefois pas la Cour d'utiliser le terme de « *situations analogues*<sup>351</sup> », alors que son arrêt fondateur, Italie contre Commission admettait, en la matière, la discrimination lorsqu'il s'agissait de traiter de manière différente des « *situations similaires*<sup>352</sup> ».

**101** - Parallèlement, c'est la notion d'analogie qui semble trouver grâce aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, celle-ci déclare souvent que « *l'article 14*

---

<sup>349</sup> C. Leben, *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi*, RDP, 1982, p. 295. Voir également : O. de Schutter, *Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347.

<sup>350</sup> CJCE, 21.10.1999, Lewen, C-333/97. Pour d'autres exemples voir CJCE, 12.12.2002, Rodriguez Caballero, C-442/00 ; CJCE, 17.09.2002, Lawrence et autres, C-320/00 ; CJCE, 13.12.2001, Mouflin c/ Recteur de l'académie de Reims, C-206/00, rec. p. I-10201 ; CJCE, 29.11.2001, Griesmar c/ Ministre de l'économie et Ministre de la fonction publique, C-366/99, Rec. p. I-9383 ; CJCE, 26.06.2001, S. Brunnhofer c/ Bank des österreichischen Postparkasse AG, C-381/99, Rec. p. I-4961, CJCE, 16.09.1999, Abdoulaye et autres, C-218/98, CJCE 27.10.1998, Boyle, C-411/96 ; CJCE, 30.06.1998, Brown c/ Rentokil Ltd, C-394/96, rec. p. I-4185 ; CJCE, 17.06.1998, Hill, C-243/95 ; CJCE, 02.10.1997, Kording c/ Senator für Finanzen, C-100/95, rec. p. I-5289 ; CJCE, 13.11.1984, Firma Racke c/ Hauptzollamt-Mainz, C-283/83, rec. p. 2015.

<sup>351</sup> CJCE, 06.07.2000, Dietrich c/ Westdeutscher Rundfunk, C-11/99, point 38.

<sup>352</sup> CJCE, 17.07.1963, Italie c/ Commission, C-13/63.

*protège contre toute discrimination les individus “placés dans des situations analogues”*<sup>353</sup>». Elle semble parfois placer les situations analogues sur le même plan que les situations comparables lorsqu’elle affirme que pour qu’il y ait discrimination interdite, « *il faut établir que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d’un traitement préférentiel et que cette distinction ne trouve aucune justification objective ou raisonnable* »<sup>354</sup>. La Cour termine parfois par une analyse de l’espèce qui se limite au terme “comparable”<sup>355</sup>, ou encore change d’expression pour se conformer simplement à des situations similaires<sup>356</sup>. Elle peut aussi utiliser le terme “comparable” de manière isolée. Une jurisprudence fournie affirme que « *l’article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées en la matière dans des situations comparables* »<sup>357</sup>. Plus étonnant, dans un arrêt *Eliazer* contre Pays-Bas de 2001, il est fait mention du principe exprimé dans l’arrêt *Spadea et Scalabrino* de « *situations comparables* », tout en citant l’arrêt *Thlimmenos* qui ne parle que de « *situations analogues* »<sup>358</sup>. La véritable orientation explicite de la Cour est peut être à trouver en dehors

---

<sup>353</sup> CEDH, 28.11.1984, *Rasmussen c/ Danemark*, req. 8777/79, A 87. Voir aussi CEDH, 21.02.1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*, req. 20060/92, rec. 1997-I ; CEDH, 06.04.2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. 34369/97, rec. 2000-IV ; CEDH, 26.11.2002, *Buchen c/ République Tchèque*, req. 36541/97 ; CEDH, 23.11.1983, *Van Der Mussele c/ Belgique*, req. 8919/80, A 70 ; CEDH, 23.10.1990, *Darby c/ Suède*, req. 11581/85, A 187 (RFDA, 1991, p. 848, Chr. F. Sudre) ; CEDH, 23.10.1997, *National and provincial building sty, the leeds permanent building sty et the yorshire building sty c/ Royaume-Uni*, req. 21319/93, 22449/93, 21675/93, rec. 1997-VII ; CEDH, 27.03.1998, *Petrovic c/ Autriche*, req. 20458/92, rec. 1998-I ; CEDH, 30.07.1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, Req. 22985/93, 23390/94, rec. 1998-V (RTDH, 1999, p. 646, note M. Levinet) ; CEDH, Gde Ch., 29.04.1999, *Chassagnou et autres c/ France*, req. 25088/94, 28331/95, 28443/95, rec. 1999-III (RFDA, 1999, p. 811, note J. Andriantsimbazoviva ; RTDH, 1999, p. 901, note M. Florès-Lonjou ; RTDCiv, 1999, p. 913, obs. F. Sudre) ; CEDH, 06.06.2000, *Magee et Averill c/ Royaume-Uni*, req. 28135/95, rec. 2000-VI (JCP G., 2001, I, 291, obs. F. Sudre) ; CEDH, 03.10.2000, *Camp et Bourimi c/ Pays-Bas*, req. 28369/95, Rec. 2000-X ; CEDH, 04.06.2002 *Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas*, req. 34462/97, Rec. 2002-IV ; CEDH, 12.02.2006, *Mizzi c/ Malte*, req. 26111/02.

<sup>354</sup> CEDH, 30.7.1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, req. 22985/93, 23390/94, rec. 1998-V. Voir aussi CEDH, 23.10.1997, *National and provincial building sty, the leeds permanent building sty et the yorshire building sty c/ Royaume-Uni*, req. 21319/93, 22449/93, 21675/93, Rec. 1997-VII ; CEDH, 26.11.2002, *Buchen c/ République Tchèque*, req. 36541/97 ; CEDH, 16.11.2004, *Ünal Tekeli c/ Turquie*, req. 29865/96.

<sup>355</sup> CEDH, 07.03.2006, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. 6339/05.

<sup>356</sup> CEDH, 20.06.2006, *Zarb Adami c/ Malte*, req. 17209/02.

<sup>357</sup> CEDH, 28.09.1995, *Spadea et Scalabrino c/ Italie*, req. 12868/87, A 315-B. Voir aussi CEDH, 18.02.1991, *Fredin c/ Suède (n°1)*, req. 12033/86, A 192 (RUDH, 1992, p. 9, Chr. F. Sudre) ; CEDH, 26.11.1991, *Observer et Guardian*, req. 13585/88, A 216 (JDI, 1992, p. 813, obs. E. Decaux) ; CEDH, 26.11.1991, *Sunday Times c/ Royaume-Uni (n°2)*, req. 13166/87, A 217 (RUDH, 1992, p. 8, Chr. F. Sudre) ; CEDH, 23.06.1993, *Hoffmann c/ Autriche*, req. 12875/87, Série A 255-C ; CEDH, 21.12.1999, *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, req. 33290/96, rec. 1999-IX (RTDCiv., 2000, p. 313, obs. J. Hauser) ; CEDH, 01.02.2000, *Mazurek c/ France*, req. 34406/97, rec. 2000-II (RTDCiv., 2000, p. 311, obs. J. Hauser ; RTDCiv., 2000, p. 429, obs. J-P. Marguénaud ; Def., 2000, p. 654, obs. J. Massip ; JCP, 2000, II, 10286, obs. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre) ; CEDH, 18.02.1999, *Larkos c/ Chypre*, req. 29515/95, rec. 1999-I (JCP G., 2000, I, 203, n° 20, Chr. F. Sudre) ; CEDH, Gde Ch., 13.02.2003, *Odièvre c/ France*, req. 42326/98 (JCP, 2003, I, 120, étude Ph. Malaurie et II, 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; RTDCiv., 2003, p. 276, obs. J. Hauser e p. 375, obs. J-P. Marguénaud) ; CEDH, 07.02.2006, *D.H. et autres c/ République tchèque*, req. 57325/00.

<sup>358</sup> CEDH, 16.10.2001, *Eliazer c/ Pays-Bas*, req. 38055/97, rec. 2001-X.

du problème de l'égalité. Dans l'arrêt *Bosphorus*<sup>359</sup>, la Cour indique ce qu'elle entend par une protection équivalente des droits fondamentaux. Pour elle, ce terme désigne ce qui est « comparable » car toute « toute exigence de protection "identique" de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivie<sup>360</sup> ». Ce qui est comparable est ce qui relève de deux situations qui présentent une identité relative c'est-à-dire une ressemblance assez forte sans pour autant faire ressortir une identité absolue. Cette affirmation peut être traduite en matière d'égalité en fonction des deux étapes de la comparabilité et de la comparaison : ce qui est comparable présente des éléments de similitudes suffisants pour effectuer une comparaison, laquelle met en évidence des points de dissemblance. Au-delà de ce problème, la Cour reconnaît que la recherche de l'identité absolue ne sert pas la protection des droits fondamentaux. La recherche extrême de la ressemblance n'est pas toujours en accord avec la protection que veut offrir la Convention. On peut raisonnablement supposer qu'une telle recherche de l'absolu en matière d'égalité est tout aussi délicate, voire problématique lorsque c'est l'égalité qui est visée. Se cantonner à une identité relative peut mieux servir le respect des droits énoncés par la Convention, mais peut correspondre aussi à une quête de l'égalité réalisable. L'aspect pragmatique nécessaire à la protection de l'égalité vient ici renforcer l'affirmation de l'arrêt *Bosphorus*. La Cour qui, une fois n'est pas coutume, expose ce qu'elle entend par les termes employés, montre une préférence certaine pour l'identité relative des situations, ainsi qu'une attirance pour le terme d'équivalence. Une telle explication sémantique serait nécessaire en matière d'égalité afin d'éclaircir la position de la Cour. Il est assez surprenant qu'elle n'ait pas estimé nécessaire une telle explication dans une matière où l'emploi de ces termes est récurrente et participe pleinement d'une dynamique de protection d'un droit, alors que c'est justement ce dernier point qu'elle vise dans l'arrêt *Bosphorus*.

**102** - La jurisprudence interne ne semble pas plus sensibilisée à ces différences dans la relativité de l'intensité de l'identité des situations. Quelques variantes par rapport aux deux cours européennes peuvent toutefois être notées. Les juridictions internes se réfèrent parfois à des situations « essentiellement semblables », ce qui leur est spécifique<sup>361</sup>. Ainsi, le Conseil constitutionnel affirme que « le principe d'égalité impose seulement qu'à des situations

---

<sup>359</sup> CEDH, Gde Ch., 30.06.2005, *Bosphorus hava yollri turizm ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande*, req. 45036/98.

<sup>360</sup> *Ibid.*, § 155

<sup>361</sup> O. Jouanjan, *Egalité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 585

*semblables soient appliquées les mêmes règles*<sup>362</sup>»<sup>363</sup>. De la même manière, le Conseil d'Etat ne fait bénéficier les fonctionnaires du principe d'égalité qu'à l'unique condition qu'ils soient placés dans « *des situations semblables*<sup>364</sup> ». Sa position concernant les agents publics<sup>365</sup> ou les militaires<sup>366</sup> est identique. Pour autant, ce choix n'est pas exclusif puisqu'il arrive que le Conseil d'Etat fasse référence à l'analogie des situations. Constitue une discrimination « *une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue*<sup>367</sup> ». La même démarche est employée en matière de service public : « *le principe d'égalité s'appréci(e) entre usagers d'un même service, placés dans des situations analogues*<sup>368</sup>»<sup>369</sup>. Le Conseil d'Etat peut aussi avoir recours au terme ambigu "comparable" dans certaines espèces<sup>370</sup>. La Cour de cassation n'est pas non plus insensible à ce terme. C'est ainsi qu'à propos de la taxation de différents produits alcoolisés, elle admet à la suite de la Cour d'appel que deux boissons puissent être taxées de façon différente en raison de « *l'absence d'une situation comparable*<sup>371</sup> » compte tenu des méthodes de fabrication et des contraintes de production<sup>372</sup>. De même, en matière de succession, elle estime qu'un enfant naturel est dans une « *situation comparable* » à celle d'un enfant légitime né d'un premier mariage concernant l'atteinte à leurs droits successoraux en cas de remariage de leur auteur. Cette identité relative justifie que la protection prévue à

---

<sup>362</sup> CC, 21.01.1981, 80-128, Travail à temps partiel, rec. p. 29.

<sup>363</sup> A cet égard, cette expression montre que le droit français n'est pas particulièrement sensible aux discriminations matérielles. Le législateur n'est pas dans l'obligation de créer des mesures différentes lorsqu'il constate une différence de situation. Le champ des mesures différenciatrices et des discriminations positives s'en trouve encore plus restreint. L'identité relative conduit à l'équivalence des situations et à un traitement identique et lorsqu'il y a des situations différentes, le législateur n'est pas obligé d'agir en fonction. Sur cette divergence entre le droit communautaire et le droit français : M-F Christophe Tchakaloff, *Le principe d'égalité*, AJDA, 1996, p. 168. L'auteur nous dit que le droit interne et le droit communautaire partent du même concept égalitaire, c'est-à-dire d'une égalité à réaliser devant la loi. Malgré cette convergence, l'analyse est ensuite différente, puisque la Cour de justice s'attache plus à définir la discrimination de manière pragmatique. Le Conseil d'Etat s'appuie quant à lui sur « *une recherche négative de la non-discrimination* », rendant le respect du traitement identique des situations similaires la seule préoccupation viable en la matière.

<sup>364</sup> CE, Ass., 09.11.1973, Sieur Sierstrunck et autres, n° 85074, 85075, 85076, 85107, 85108, rec. p. 625.

<sup>365</sup> CE, 15.01.1992, Broulhet, n° 67915, Inédit au Recueil ; CE, 09.02.1994, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT, n° 111404, Inédit au Recueil.

<sup>366</sup> CE, 30.12.2003, M. X., n° 251702, Inédit au Recueil.

<sup>367</sup> CE, 28.10.2002, Mme veuve X... Y..., n° 241855.

<sup>368</sup> CE, 10.06.1988, Sociétés Bianic et Artimor, n° 74519, Inédit au Recueil.

<sup>369</sup> Pour d'autres exemples de l'utilisation de l'analogie : CE, 24.06.1991, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public, n° 53094, Inédit au Recueil ; CE, 18.03.1994, Préfet de Rhône, n° 142121, Inédit au Recueil.

<sup>370</sup> CE, 21.02.1997, Ministre de l'environnement, n° 139504, rec. p. 713 ; CE, 29.07.1998, Fédération générale des clercs de notaires, n° 146319 et 146337, rec. p. 704.

<sup>371</sup> Cass. Com., 21.03.2000, n° 97-22116, Bull. 2000, IV, n° 66, p. 55.

<sup>372</sup> Voir également sur le même problème : Cass. Com., 18.04.2000, n° 98-10250, Inédit titré.

l'endroit des enfants légitimes soit étendue aux enfants naturels. Ces deux catégories d'individus doivent bénéficier en conséquence des mêmes règles de protection<sup>373</sup>.

**103** - Toute cette jurisprudence ne relève d'aucune logique particulière. La multiplicité des termes et leur présence simultanée au sein d'une même espèce tendraient au contraire à démontrer qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les termes et que les juridictions en font une utilisation qui ne dénote aucune arrière pensée sur la question de l'intensité de l'identité. Ces inconstances montrent toutefois que l'identité relative est suffisante pour que les situations soient traitées de manière identique. La multiplicité des termes instille même l'impression de la force de cette identité relative et cantonne l'identité absolue à un rôle exceptionnel. Cette position a des incidences certaines sur l'abstraction et l'aspect formel de l'égalité.

## §2. Une égalité indéterminée

**104** - La conception de l'égalité étant constituée essentiellement d'une égalité devant la loi, elle implique dès lors la généralité de la règle. Ce qui est revendiqué, c'est « *l'égale application de la loi* » entre tous les individus, et non pas « *l'égalité des individus* »<sup>374</sup>. En droit interne, la généralité de la règle est d'ailleurs le seul aspect à valeur obligatoire<sup>375</sup>. La prégnance de cette égalité formelle est renforcée par le fait que « *l'égalité est présumée* »<sup>376</sup>. Il ne peut y avoir inégalité que si la différence de traitement alléguée est effectivement prouvée. L'égalité est donc formelle et ne doit pas introduire de distinction entre les individus. Elle n'a pas pour but la réalisation de l'égalité en pratique. Pourtant, la réalité de la jurisprudence fait apparaître le mécanisme de l'égalité de façon moins nette.

**105** - L'égalité abstraite et générale qui reste le soubassement de l'égalité en droit interne et européen, consistait initialement à nier l'égalité réelle. La loi devait être générale malgré l'existence potentielle de différence<sup>377</sup>. Cette position extrême se traduisait par une impossibilité de pratiquer une quelconque comparaison. L'adaptation fonctionnelle qu'est

---

<sup>373</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 29.01.2002, n° 99-21134 et 99-21135, Bull. 2002, I, n° 32, p. 24.

<sup>374</sup> M-F Christophe Tchakaloff, *Le principe d'égalité*, AJDA, 1996, p. 168.

<sup>375</sup> CC, 21.01.1981, 80-128, Travail à temps partiel, rec. p. 29.

<sup>376</sup> M-F Christophe Tchakaloff, *Loc. cit.*

<sup>377</sup> F. Luchaire, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, p. 1229.

l'application d'un traitement identique des situations équivalentes détruit cette négation. Théoriquement, elle doit même être exempte de critique puisqu'elle permet à la fois la réalisation de l'égalité formelle et celle de l'égalité réelle. La preuve de cette complétude est apportée par la définition de la discrimination matérielle formulée par la Cour de justice des Communautés européennes. Elle indique ainsi que : « *Le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination ; [...] une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; [...] la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes* »<sup>378</sup> <sup>379</sup>. Admettre que traiter des situations identiques de manière différente constitue une discrimination matérielle, c'est aussi admettre que traiter des situations identiques de façon identique respecte l'égalité réelle et formelle.

**106** - Cependant, cette adéquation n'est réellement possible que si l'équivalence des situations ne se dessine qu'à partir d'une identité absolue des situations. Seules les situations identiques, celles qui sont en tous points les mêmes, devraient bénéficier d'un traitement identique<sup>380</sup>. En pratique, les juridictions acceptent une simple identité relative pour appliquer une règle indifférenciée. La Cour européenne des droits de l'homme admet même que l'existence de certaines différences entre les situations n'empêche pas toujours le traitement identique<sup>381</sup>. La véritable question est finalement de « *savoir quelles différences sont négligeables ou non pour le traitement égal des objets pris en considération* »<sup>382</sup>. Il y a une réelle ambiguïté de la relation d'égalité qui vient « *donc de la nécessité de traiter de manière identique des situations qui ne le sont pas* »<sup>383</sup>. C'est la confrontation à l'aspect matériel et concret des situations qui induit ce décalage : il est lié à « *l'impossibilité d'envisager le système juridique comme un système absolument formel* »<sup>384</sup>. L'égalité formelle ne peut être qu'accompagnée d'éléments matériels. C'est d'ailleurs souvent ces derniers qui font la différence entre une identité absolue et une identité relative des situations. Se cantonner à

---

<sup>378</sup> CJCE, 17.07.1963, Commission c/ Italie., C-13/63, rec. p. 334.

<sup>379</sup> Pour d'autres exemples de définition des discriminations matérielles : CJCE, 18.05.1994, Codorniu c/ Conseil, C-309/89, rec. p. I-1853, point 26 ; CJCE, 23.02.1983, Kommanditgesellschaft in der Firma Wagner GmgH, C-8/82, point 18 ; CJCE, 04.02.1982, Buyl e.a., C-817/79, point 29 ; CJCE, 11.03.1982, De Pascale, C-164/80, point 20 ; CJCE, 13.11.1984, Firma Racke, C-283/83, Rec. p. 2015, point 7.

<sup>380</sup> B. Renauld, *Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425.

<sup>381</sup> CEDH, 12.01.2006, Mizzi c/ Malte, req. 26111/02, § 131 : « *the fact that there are some differences between two or more individuals does not exclude that they might be in sufficiently comparable positions and interests* ».

<sup>382</sup> B. Renauld, *Loc. cit.*

<sup>383</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 295.

<sup>384</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 295.

l'identité relative des situations provoque une négation de l'égalité formelle puisque cette identification se fait grâce à des éléments matériels, mais c'est aussi une négation de l'égalité matérielle puisque cela permet à des situations présentant quelques différences d'être traitées de manière absolument identique. La règle qui constitue le socle de l'égalité actuelle ne réussit à satisfaire ni l'égalité formelle, ni l'égalité réelle.



## *Conclusion du Chapitre I*

107 - Le traitement identique des situations équivalentes, présenté comme la forme traditionnelle de l'égalité<sup>385</sup>, est aussi présentée comme la forme la plus pure de l'égalité. En théorie, elle correspond à la forme la plus abstraite de l'égalité puisqu'elle est censée nier l'existence des différences et des inégalités réelles<sup>386</sup>. En France, elle reste la seule règle qui impose au législateur une action particulière<sup>387</sup>. Pourtant, cette règle ne peut s'appliquer qu'en insufflant des éléments matériels lors de la comparaison des situations, tant sur le critère de comparaison que sur les éléments des situations à mettre en balance. L'égalité formelle ne peut se faire que teintée de matérialité. L'égalité formelle n'est pas aussi pure en pratique que la théorie le laisse penser. De plus, l'introduction d'éléments matériels n'est pas non plus suffisante pour réaliser une égalité matérielle. L'absence de référence à l'identité absolue des situations pour les considérer comme équivalentes conduit à nier certaines différences factuelles. La matérialité de l'égalité formelle désavoue l'égalité réelle. L'égalité formelle, source de l'application de règles identiques à des situations identiques, se trouve en pratique vivement malmenée, alors que nous sommes dans l'élément du principe d'égalité qui est le moins critiqué et qui semble le plus proche de l'égalité telle qu'elle est classiquement entendue. La règle intangible qui consiste à traiter de manière identique des situations identiques n'arrive finalement pas, dans beaucoup de cas, à réaliser l'égalité matérielle, et contrevient par ailleurs au principe de l'égalité formelle. Pourtant elle reste le fondement de l'égalité telle qu'elle est construite aujourd'hui. Elle ne devrait donc pas être soumise à de moindres critiques que les discriminations positives à qui l'on reproche de préférer l'égalité matérielle à l'égalité formelle<sup>388</sup>.

---

<sup>385</sup> E. Lépinard, Laure Bereni, *La parité ou le mythe d'une exception française*, Pouvoirs, n°111, 2004, p. 73.

<sup>386</sup> M-F. Christophe Tchakaloff, *Le principe d'égalité*, AJDA, 1996, p. 168.

<sup>387</sup> Le droit français n'est pas le seul à avoir cette conception de l'égalité. Les droits belge et américain font de même : « *L'allégation d'une discrimination suppose deux catégories de sujets de droit se trouvant dans des situations comparables : la discrimination ne se conçoit pas dans le cas contraire* », D. Godefridi, *L'égalité devant la loi dans les jurisprudences de la Cour d'Arbitrage de Belgique et de la Cour Suprême des Etats-Unis*, RIDC, n°2, 2003, p. 331.

<sup>388</sup> K. Pavis-Maurice, *La consécration internationale des droits politiques des femmes et leur mise en place en droit interne : pour une approche critique de la garantie des droits politiques des femmes*, RRJ, n°4, 2001, p.1661.



## Chapitre II

### Le traitement différent des situations équivalentes

**108** - Le législateur a l'obligation de traiter des situations équivalentes de manière identique<sup>389</sup>. La distinction de traitement entraîne donc normalement une rupture de l'égalité. A ce titre, le traitement différent des situations équivalentes peut constituer une indication pour les discriminations positives qui opèrent, elles aussi, une différenciation juridique. Dans tous les cas cela ne doit pas interagir avec les discriminations positives puisque les circonstances sont opposées. Cependant, certaines différences de traitements de situations équivalentes peuvent être justifiées par la recherche de l'intérêt général. La rupture apparente de l'égalité ne se traduit alors pas par un constat d'inégalité. Il est donc nécessaire de distinguer le traitement différent qui n'est pas justifié - les discriminations négatives - du traitement différent justifié par l'intérêt général.

Nous verrons donc dans un premier temps la notion de discriminations négatives (Section I.), pour étudier, dans un second temps, la justification par la recherche de l'intérêt général (Section II.).

---

<sup>389</sup> CC, 21.01.1981, 80-128, Travail à temps partiel, rec. p. 29.

## Section I. Les discriminations négatives

109 - Même si les termes de “discriminations positives” font l’objet d’une controverse très marquée<sup>390</sup>, ils restent les plus utilisés en France<sup>391</sup>. La généralisation de cette traduction des *affirmatives actions* américaines, si elle prête parfois à quelques ambiguïtés, a le mérite de mettre en lumière la notion de discrimination et notamment de repenser son aspect principal : sa contradiction avec l’égalité. Traiter différemment des situations équivalentes, sans justification, constitue une discrimination car l’on met en avant une caractéristique de la personne traitée différemment, c’est une discrimination négative car elle produit des effets contraires à l’égalité. Opposer les discriminations positives aux discriminations négatives devrait signifier qu’elles sont à l’opposé les unes des autres. Le contraste sémantique entre les deux notions devrait se retrouver sur le terrain de la réalisation de l’égalité. Il faut alors prendre en compte aussi bien l’égalité formelle (§1.) que l’égalité réelle (§2.) pour se rendre pleinement compte de ce tiraillement.

### §1. Une rupture de l’égalité formelle

**110** – L’égalité formelle suppose que des situations équivalentes soient traitées de manière identique, ce qui induit un traitement indifférencié de toutes les catégories. La rupture de cette forme d’égalité ne peut donc s’expliquer que par une différence de traitement (A.), différence traitement qui ne comporte aucune justification (B.).

---

<sup>390</sup> Certains qualifient cette référence lexicale d’ « incongrue » et de « disqualifiée ». Le droit communautaire lui préfère généralement le terme plus neutre d’actions positives : R. Badinter, *Les discriminations positives dans l’Union Européenne*, in « Les droits de l’homme au seuil du 3<sup>ème</sup> millénaire », Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 37 ; voir aussi V. De Rudder, C. Poiret, F. Vourc’h, *L’inégalité raciste. L’université républicaine à l’épreuve*, PUF, 2000, p. 185 et s..

<sup>391</sup> P. Noblet, « *Affirmative action* » aux Etats-Unis et discrimination positive en France, in « De l’égalité formelle à l’égalité réelle : la question de l’ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L’Harmattan, 2001, p. 462.

## A. Une différence de traitement

**111** - Le traitement des situations constitue le point d'achoppement des discriminations négatives et positives. Toutes deux introduisent une différenciation au sein de la règle de droit. La discrimination négative « *existe juridiquement en ce qu'elle s'exprime en une privation reconnue d'un droit ou d'une possibilité pourtant affirmé pour toute autre personne.* <sup>392</sup> » Les discriminations positives, quant à elles, « *peuvent être définies comme une différenciation de traitement* <sup>393</sup> ». Ces dernières sont d'ailleurs souvent associées à un traitement préférentiel <sup>394</sup>. Même si cette analogie n'est pas fidèle à la nature des discriminations positives <sup>395</sup>, elle montre combien elles reposent sur la technique de la différenciation. De la même manière, les discriminations négatives mettent en place « *des régimes dérogatoires qui infériorisent le statut de certaines catégories d'individus* » <sup>396</sup>. D'un point de vue purement technique, discriminations négatives et positives peuvent se confondre. En revanche, dès lors qu'apparaît le problème de la justification, des différences fondamentales se font jour.

---

<sup>392</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 276.

<sup>393</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 158.

<sup>394</sup> A. Bredimas, *Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « Nouvelles formes de discriminations », sous la direction de L-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284 ; O. de Schutter, *Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347 ; C. Vroom, *Principe d'égalité et "affirmative action" aux Etats-Unis*, RTDConst., 1995, p. 805 et s.. L'analogie n'est pas juste car la préférence est l'aspect inverse de la discrimination. Ce qui est préférence pour l'un est discrimination pour l'autre (sur ce point : P-A. Taguieff, *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, La Découverte, 1988, p. 265). Or, les discriminations positives visent justement à lutter contre les discriminations existantes par un traitement proportionné (Sur l'idée de proportionnalité des discriminations positives, cf infra, § 348 et s..)

<sup>395</sup> M. Walzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Coll. La couleur des idées, Seuil, 1997, p. 337. L'auteur nous explique que les discriminations positives peuvent effectivement ressembler à des demandes de traitement préférentiel, leur objectif est néanmoins différent puisqu'il s'agit de rétablir une égalité en fait.

<sup>396</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 276.

## B. Une différence de traitement non justifiée

112 - Le terme de discrimination s'est longtemps suffi à lui-même. Etablir une distinction de traitement permettait la qualification de discrimination. Même si confondre les deux termes serait une « *absurdité* »<sup>397</sup>, traiter de manière différente des situations identiques reste la première acception de la notion de discrimination<sup>398</sup>. L'introduction dans le discours juridique des discriminations positives a obligé à qualifier les discriminations plus connues. Le terme discrimination ayant aujourd'hui une connotation péjorative<sup>399</sup>, le qualificatif “ négatif ” permet de rendre compte de cette nature tout en montrant l'opposition avec les discriminations positives. Toutefois, l'expression n'est pas encore employée par les juridictions. L'un des seuls exemples est fourni par la Cour administrative d'appel de Marseille<sup>400</sup>. Face à une demande en nullité de délibération de jury de licence en chimie pour discrimination, elle rappelle que l'étudiant voulant obtenir la nullité de la délibération ne démontre pas qu'il « *ait fait l'objet d'une discrimination négative résultant de considérations étrangères à sa valeur, ni qu'il ait été porté atteinte à l'impartialité du jury en cause.* » Opérer une distinction en dehors de la valeur de l'étudiant, donc de son mérite, n'est pas une discrimination justifiée, ce que la Cour administrative d'appel qualifie de discrimination négative. Un autre exemple, sans doute plus significatif, provient du juge Cabral Barreto dans son opinion dissidente de l'arrêt D.H. et autres contre République tchèque<sup>401</sup>. Le juge

---

<sup>397</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 238.

<sup>398</sup> *Discrimination*, Le petit Larousse, 2006, p. 370 : La discrimination est « *l'action d'isoler et de traiter différemment certains individus ou un groupe entier par rapport aux autres* ». Voir également : J-F. Aubert, *Rapport sur l'égalité et les discriminations en droit public suisse*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 361. Le Code pénal utilise d'ailleurs le terme de distinction. Article 225-1 du Code pénal : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ».

<sup>399</sup> D'abord réservé à l'usage scientifique, le terme de discrimination a vu son utilisation devenir générale en même temps qu'il a acquis une connotation péjorative. Sur ce point : E. Ehrmann, *Les archives du magistrat*, <http://www.place-publique.fr>, le 23.06.2004 ; M. Mercat-Bruno, *Introduction*, in « Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées », sous la direction de M. Mercat-Bruno, Dalloz, Coll. Actes, 2006, p.1.

<sup>400</sup> CAA Marseille, 20.11.1997, 96MA00832, Inédit au Recueil.

<sup>401</sup> CEDH, 07.02.2006, D.H. et autres c/ République tchèque, req. 57328.

portugais, très au fait des questions de discriminations, y invoque les discriminations positives<sup>402</sup> et en vient naturellement à qualifier les autres discriminations de négatives<sup>403</sup>. Ces discriminations peuvent aussi être considérées comme arbitraires car leur caractéristique première est de ne pas être justifiées. Avec les discriminations positives et d'autres mesures différenciatrices, la discrimination devient « *un argument de lutte pour l'égalité de traitement* »<sup>404</sup>. La justification de la différenciation est placée alors au centre du processus égalitaire. Cela ne peut se traduire en pratique que de deux manières, d'une part une absence de justification formelle, d'autre part, une modification des éléments de la comparaison de manière à ce qu'elle soit en elle-même discriminatoire.

## 1. Une absence de justification

**113** - Le Conseil constitutionnel rappelle fréquemment cette exigence selon laquelle : « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »<sup>405</sup>. Seul l'intérêt général peut constituer une justification à un traitement différent de situations ayant été déclarées équivalentes. Une discrimination négative est donc, avant tout, une différenciation de la règle de droit qui ne correspond pas à la recherche de l'intérêt général. C'est ainsi que l'instruction du ministre de la défense du 18 avril 2002, qui prévoit un dispositif de formation-mobilité pour l'ensemble des personnels civils de la défense, mais duquel sont exclus les ingénieurs civils technico-commerciaux et

---

<sup>402</sup> C'est d'ailleurs seulement le deuxième juge de la Cour de Strasbourg à invoquer ce terme après le juge Pettiti sous l'arrêt Buckley (CEDH, 25.09.1996, Buckley c/ Royaume-Uni, req. 20348/92, rec. 1996-IV). Cette rareté montre combien le mécanisme des opinions séparées est positif sur des questions aussi pointues que les discriminations positives. La Cour n'a jamais utilisé ces termes dans ses arrêts, mais les opinions séparées mettent en lumière les interrogations des juges sensibles à cette question et conscients de son importance dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>403</sup> § 6 de l'opinion dissidente : « *Enfin, l'expression « tous différents, tous égaux » devrait continuer à être le principe directeur de la lutte sans fin contre la discrimination dans le respect de l'article 14 de la Convention dans sa globalité, cette disposition portant aussi bien sur la discrimination négative que, comme dans la présente affaire, sur la discrimination positive* ».

<sup>404</sup> J-F. Niort, *Personne et discrimination : approche historique et théorique*, in « *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées* », sous la direction de M. Mercat-Bruns, Dalloz, Coll. Actes, 2006, p.15.

<sup>405</sup> CC, 11 et 12.01.2002, 2001-455 DC, Loi de modernisation sociale ; pour un autre exemple : CC, 26.06.2003, 2003/472 DC, Loi « urbanisme et habitat ».

les techniciens gérés par le ministre de la défense, est illégale car la distinction ainsi faite n'est pas motivée par l'intérêt général<sup>406</sup>. Seul ce dernier peut justifier une rupture de l'égalité formelle. La recherche de l'intérêt général est absente de la distinction dès lors que le critère qui soutient cette distinction n'est pas objectif.

## 2. Un critère de distinction non objectif

**114** - Un domaine entretient des relations privilégiées avec l'intérêt général : celui de la protection du gibier et de l'encadrement de la chasse. Dans un arrêt de 1987<sup>407</sup>, la Cour de cassation, rappelant le principe selon lequel « *l'insuffisance des motifs équivaut à leur absence* », estime que le décret du 7 août 1984 réservant à certaines personnes choisies arbitrairement le droit de chasser dans le parc national des Cévennes, est contraire au principe de l'égalité des citoyens devant la loi. En effet, les juges de la Cour d'appel n'ont justifié la légalité du décret de 1984 qu'en affirmant que ce texte « *dont la finalité est la protection de la nature et du gibier n'est pas illégal parce qu'il régleme ou aménage partiellement la chasse dans certaines régions* ». La Haute juridiction juge cette argumentation insatisfaisante au motif qu'elle ne répond pas à l'articulation du moyen qui estimait que ce décret opérerait « *une discrimination qui n'était pas justifiée par des considérations d'intérêt général entre les citoyens* ». La protection du gibier semble pouvoir entrer dans le cadre de l'intérêt général puisque l'arrêt ne s'y oppose pas formellement, en revanche la manière dont s'effectue cette protection peut remettre en cause cet intérêt général. En l'espèce, le fait de ne pouvoir donner de critère objectif afin de justifier de la distinction entre certaines personnes ne peut correspondre à une distinction qui rejoint l'intérêt général. Le but de la loi n'est pas suffisant,

---

<sup>406</sup> CE, 27.02.2004, Syndicat national de l'encadrement civil des organismes du ministère de la défense – défense CGC, n° 250576, Inédit au Recueil. En l'espèce, ni le traitement différent des situations différentes, ni la recherche de l'intérêt général n'ont été invoqués afin de justifier cette distinction : « *Considérant que l'article 3-3-5-2 de l'instruction du 18 avril 2002 dispose que le bénéfice, notamment indemnitaire, du dispositif dit formation-mobilité créé par instruction du ministre de la défense du 23 décembre 1996, ne sera pas octroyé aux ingénieurs civils technico-commerciaux et techniciens gérés par le ministre de la défense, en cas de mutation résultant d'une restructuration, par dérogation aux dispositions de l'instruction du 23 décembre 1996 qui en prévoyait l'application à l'ensemble des personnels civils du ministère de la défense ; qu'il n'est ni allégué ni établi que la rupture du principe d'égalité ainsi créée trouverait son fondement dans la situation ou les circonstances particulières relatives à la catégorie de personnels visés ni ne répondrait à un objectif d'intérêt général avec lequel elle serait en rapport ; qu'il suit de là que les dispositions attaquées sont illégales, et que le syndicat requérant est fondé à demander l'annulation de l'article 3-3-5-2 de l'instruction attaquée* ».

<sup>407</sup> Cass. Crim, 15.12.1987, 87-81658, Bull. Crim. 1987, n° 464, p. 1225.



il faut que le critère de distinction puisse lui aussi être justifié dans le cadre de l'intérêt général. Si ce n'est pas le cas, la distinction sera jugée arbitraire.

**115** - La notion d'intérêt général reste fortement liée à l'utilisation de critères objectifs de différenciation. Dans un arrêt de 1989<sup>408</sup>, la Cour de cassation sanctionne les juges du fond pour avoir admis la légalité de l'arrêté ministériel du 27 août 1986 qui réglemente la chasse à la palombe. La Haute juridiction estime que l'arrêt de la Cour d'appel encourt la cassation pour insuffisance de motifs. En effet, les juges du fond ont statué « *sans rechercher si la réglementation en cause, d'une part, avait été dictée par des considérations étrangères à la prévention de la destruction des oiseaux et à l'exercice rationnel de la chasse, d'autre part, si, étant purement transitoire, elle n'avait pas été imposée par la mise en œuvre progressive d'une nouvelle réglementation dérogeant aux traditions cynégétiques locales, enfin si elle comportait entre chasseurs se trouvant dans des situations identiques une discrimination non justifiée par les intérêts généraux que l'article 373 susvisé a pour objet de sauvegarder* ». En l'espèce nous voyons bien apparaître les relations étroites qui existent entre le choix d'un critère objectif de distinction et la nécessité de la poursuite d'un intérêt général. La Cour d'appel est censurée car elle n'a pas recherché si le critère mis en place était en relation avec l'objectif de la réglementation, c'est-à-dire, la prévention de la destruction des oiseaux. Par ailleurs, la juridiction du fond n'a pas expliqué la différence de traitement entre les chasseurs, considérés comme étant dans une situation identique au regard de l'objectif de la norme qui est la poursuite de l'intérêt général. Ce n'est ici que l'application de la condition générale de critère objectif que nous avons vu lors de l'étude du mécanisme de comparaison. Le contrôle de comparaison repose sur un critère objectif<sup>409</sup>, ce qui se traduit par le choix d'un caractère qui permet de parvenir à la réalisation du but fixé par la loi. Ici, il faut que l'objectivité du critère puisse parvenir à elle seule à remplir le but de recherche de l'intérêt général<sup>410</sup>. La présence de matérialité se fait sentir en matière d'intérêt général car, encore une fois, ce sont les effets de la distinction ainsi créée qui sont importants. Dans l'espèce présentée précédemment, l'élément principal était la prévention de la destruction des oiseaux. Invoquer ce but n'est pas suffisant pour que la justification de l'intérêt général puisse être admise, il faut aussi que le critère sur lequel repose la distinction puisse parvenir à la réalisation effective de ce but.

---

<sup>408</sup> Cass. Crim, 06.06.1989, 88-84001, Bull. Crim. n° 240, p. 603.

<sup>409</sup> Cf supra §§ 77-79.

<sup>410</sup> Cass. Soc, 09.12.2003, n° 01-43039, Inédit ; Cass. Soc, 09.04.2002, n° 99-44534, Inédit titré.

**116** - Le critère de distinction est donc tout aussi important que le but recherché. Ce n'est que lorsque ces deux points sont en relation avec l'intérêt général que la justification de la distinction est admise. Ces deux critères cumulatifs rendent plus fortes les chances d'aboutir à un constat de discrimination négative. Cela paraît justifié au regard du modèle dominant que reste l'égalité par la généralité<sup>411</sup>. Cependant, la matérialité des éléments de l'égalité est encore présente. Paradoxalement, tout comme dans un cadre général, cette matérialité n'est pas suffisante pour réaliser l'égalité réelle.

## §2. Une rupture de l'égalité réelle

**117** - C'est sans doute ici que se révèle la différence la plus importante entre discriminations positives et négatives. Toutes deux constituent une rupture de l'égalité formelle, cependant que leur rapport avec l'égalité formelle est opposé. Les discriminations positives sont des mesures qui privilégient l'égalité réelle. L'inégalité juridique qu'elles font naître répond à l'idée de compensation des inégalités constatées dans les faits<sup>412</sup>. Leur philosophie repose sur l'idée « *de rétablir l'équilibre en faveur de défavorisés et d'avancer dans le sens d'une égalité de fait* »<sup>413</sup>. Les discriminations positives correspondraient alors à une « *inégalité compensatoire* »<sup>414</sup>. Le fait d'adopter une discrimination positive relève d'un acte politique qui est de préférer l'égalité réelle à l'égalité formelle. Un aspect de l'égalité est préservé, voire protégé dans ce cas<sup>415</sup>.

**118** - En revanche, la discrimination négative, si elle rompt avec l'égalité formelle, ne parvient pas non plus à l'égalité réelle. L'identification de la situation des personnes ne se fait

---

<sup>411</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 296.

<sup>412</sup> B. Renaud, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425 ; F. Mélin-Soucramanien, *Les adaptations du principe d'égalité à la diversité du territoire*, RFDA, 1997, p. 911.

<sup>413</sup> R. Pelloux, *Les nouveaux discours sur l'inégalité*, RDP, 1982, p. 909. Voir aussi Conclusion de l'avocat général S. Alber, 03.06.1999, sous l'affaire Oumar Dabo Abdoulaye e. a. c/ Régie nationale des Usines Renault SA, C-218/98 : La mesure en cause, qui prévoit une allocation aux femmes enceintes partant en congé de maternité, est une discrimination positive « *destinée à éliminer les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle* ».

<sup>414</sup> *Discrimination*, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Sous la direction de A-J. Arnaud, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 1993, p. 184 ; S. Cambon, *Evaluation d'une politique publique sectorielle : le cas de la classe de 3<sup>ème</sup> d'insertion*, Séminaire interne IREDU, <http://www.u-bourgogne.fr/REDU/sem02041.rtf>.

<sup>415</sup> D. Gutmann, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 327, 2000, § 316.

pas dans un but de protection, car il s'agit d' « identifier pour exclure <sup>416</sup> ». Dans ce cas, « l'exclu est explicitement nommé dans un statut à part et inférieur qui le soumet à des règles dérogatoires et moins favorables <sup>417</sup> ». Les catégories d'individus sont ainsi soumises à des droits qui peuvent être qualifiés d' « infra-droits » puisque « leurs “droits subjectifs” sont quasi inexistantes ; quant au “droit objectif” qui les régit, il mérite à peine d'être qualifié de droit (...) leur précarité est érigée en règle <sup>418</sup> ». La catégorie des étrangers est particulièrement touchée. En effet, ils sont soumis sans conteste à un statut particulier dans l'exercice de plusieurs droits, ce qui constitue une discrimination, et, qui plus est, une « discrimination négative institutionnalisée par le système juridique français <sup>419</sup> » <sup>420</sup>.

**119** - Les discriminations négatives représentent une rupture de l'égalité formelle qui n'est pas justifiée et qui porte atteinte en conséquence à l'égalité formelle. Les discriminations négatives sont, de ce point de vue, la forme ultime de négation de l'égalité puisqu'aucun de ses aspects n'est respecté. La lutte pour le respect de l'égalité doit passer en premier lieu par la lutte contre ces discriminations négatives, tant de manière répressive avec le volet pénal, que de manière préventive. Avant de jeter l'opprobre sur les discriminations négatives, il faut être conscient de la nécessité de les éradiquer, qu'elles aient pour origine la loi ou un acte privé. A partir du moment où une distinction n'est pas justifiée, elle doit être combattue au nom de l'égalité, quelque soit l'aspect de l'égalité que l'on souhaite préserver. Il peut arriver toutefois qu'une règle de droit qui institue une différence de traitement entre des situations équivalentes soit justifiée. La seule possibilité se situe alors dans la recherche de l'intérêt général. Encore une fois, même si la mesure est ici justifiée, nous ne nous trouvons pas dans le champ des discriminations positives.

---

<sup>416</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 267.

<sup>417</sup> Y. Attal-Galy, *Ibid.*, p. 268.

<sup>418</sup> D. Lochak, *Observations sur un infra-droit*, DS, 1976, n° 5, p. 43.

<sup>419</sup> G. Koubi, *Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France...*, RTDH, n°14, 1993, p. 243 : « Si la distinction assise sur des données juridiques conduit à la non application du principe d'égalité, la discrimination est indéniable ».

<sup>420</sup> Sur la question des différences de traitement auxquelles sont soumis les étrangers : M. Long, *Le principe d'égalité et les étrangers*, in « Rapport public 1996 sur l'égalité », Conseil d'Etat, La documentation française, 1997, p. 355 : « En France, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 93-325 du 13 août 1993, a jugé, en effet, qu'aucun principe, ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers un quelconque droit général et absolu d'accès au territoire national, ni a fortiori de séjour sur ce territoire. Il en a déduit que le législateur peut donc prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques dans le respect des libertés et des droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ».

## Section II. La justification par la recherche de l'intérêt général

**120** - Tout traitement différent de situations équivalentes n'est pas une discrimination négative. Le fait d'avoir recours à une distinction peut être parfois - et, en pratique, souvent - justifié. « *Devenu principe général du droit, l'égalité conserve au cœur de sa définition la réserve d'intérêt général* <sup>421</sup> ». Depuis la Révolution française, le principe d'égalité formelle est assorti de cette unique limite qu'est l'intérêt général<sup>422</sup>. Intérêt général et discriminations positives n'ont donc pas *a priori* le même champ d'investigation. Les discriminations positives demandent à ce que les situations comparées soient différentes, alors que l'intérêt général est la seule justification possible au traitement différent de situations équivalentes. En revanche, ces deux notions ont un trait en commun, celui d'être justifiées par la poursuite d'un objectif. En ce point, il est alors important de considérer les effets de l'intérêt général sur l'égalité pour analyser ensuite les discriminations positives. En tant que dérogation à l'égalité formelle, les effets de l'intérêt général se font surtout ressentir sur elle (§1.), mais l'égalité réelle est rompue (§2.).

### §1. Une rupture de l'égalité formelle

**121** - L'intérêt général constitue « *la justification directe d'une différence de traitement entre des situations qui ne sont pas suffisamment distinctes pour fonder une différence de traitement lors de l'opération de comparaison* <sup>423</sup> ». Quelle que soit la juridiction concernée par le constat d'égalité, en cas de situations identiques, l'intérêt général est la seule référence possible afin de rendre licite une discrimination négative<sup>424</sup>. « *La jurisprudence, même*

---

<sup>421</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 45.

<sup>422</sup> Article premier DDHC : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.* »

<sup>423</sup> G. Pellissier, *Op. cit.*, p. 46.

<sup>424</sup> CC, 26.06.2003, 2003-473 DC, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : « *la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déférée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison*

*lorsqu'elle affirme avec le plus de force le principe d'égalité, prend soin de réserver toujours le primat de l'intérêt général, qui justifie les dérogations*<sup>425</sup>». Il suffit alors « *de prouver qu'une différenciation produit plus d'utilité dans la communauté pour pouvoir s'écarter de l'égalité* »<sup>426</sup>. Ici encore, il est fait preuve d'une certaine fluctuation dans le choix du terme employé censé introduire la notion d'intérêt général<sup>427</sup>, mais ce qui frappe surtout, c'est la généralité de cette dérogation. Or, plus la justification par l'intérêt général sera admise, plus l'égalité formelle sera rompue. En ce sens, l'analyse du recours à la justification par l'intérêt général montre les contours extérieurs friables de l'égalité formelle, ce dont les discriminations positives peuvent bénéficier. La fragilité de l'égalité formelle apparaît alors grâce à deux éléments : à la généralité de la dérogation par l'intérêt général (A.), la multiplicité des cas de rupture effectifs par la recherche de l'intérêt général (B.).

## A. Une dérogation générale

**122** - Toutes les juridictions, sans exception, font appel à la notion d'intérêt général. Dans tous les cas, il s'agit de la seule justification possible à une différence de traitement dans le cadre de situations équivalentes : c'est la « *justification directe d'une différence de traitement entre des situations* »<sup>428</sup>. En droit interne, cette notion est particulièrement mise en avant et donne l'impression d'être intégrée de manière pleine et entière au principe d'égalité. La Cour européenne des droits de l'homme, sans être aussi explicite, donne une ampleur

---

*de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ».

<sup>425</sup> J. Rivero, *Les notions d'égalité et de discriminations en droit public français*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 343.

<sup>426</sup> E. Griffin-Collard, *L'évolution de la notion d'égalité de l'utilitarisme classique à l'Etat providence*, in « L'égalité », Volume V, Bruylant, Bruxelles, 1977, p. 357.

<sup>427</sup> Sur la notion d'intérêt général : D. Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse, Bordeaux, 1975 ; D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977 ; T. Hamoniaux, *L'intérêt général et le juge communautaire*, Coll. Systèmes, LGDJ, 2001 ; F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986 ; J. Chevallier, *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in « Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général », Volume I, PUF, 1979 ; J. Carbajo, *Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers dans le service public*, AJDA, 1981, p. 176 ; M-P. Dewarte, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RFDC, 1993, p. 23 ; Conseil d'Etat, *Rapport public 1999 sur l'intérêt général*, La documentation française, 2000.

<sup>428</sup> G. Pellissier, *Op. cit.*, p. 46.

importante à la dérogation de l'égalité formelle par l'intérêt. Seule la Cour de justice des Communautés européennes, tout en admettant le principe de la justification par la recherche de l'intérêt général, semble être plus nuancée quant à son affirmation.

## 1. Une forme affirmée de dérogation

**123** - La notion d'intérêt général est bien connue et particulièrement en matière d'égalité. L'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en affirmant le principe de la liberté et de l'égalité de chacun, admet dans le même temps la dérogation fondée sur l'utilité commune<sup>429</sup>. L'intérêt général apparaît depuis lors comme inhérent à l'égalité. Le Conseil constitutionnel fait souvent référence à la règle selon laquelle « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »<sup>430</sup>. Le Conseil d'Etat fait souvent mention de cette règle en des termes quasiment identiques<sup>431</sup>. Il précise que « *des considérations d'intérêt général justifient ainsi qu'il [soit] porté en l'espèce atteinte au principe d'égalité entre agents appartenant à un même corps* »<sup>432</sup>. Fort logiquement, la différenciation de situation est illégale à partir du moment où « *il n'est ni allégué ni établi que la rupture du principe d'égalité ainsi créée trouverait son fondement dans la situation ou les circonstances particulières relatives à la catégorie de personnels visés ni ne répondrait à un objectif*

---

<sup>429</sup> Article premier DDHC : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».

<sup>430</sup> Pour des exemples récents : CC, 17.07.2003, 2003-474 DC, Loi de programme pour l'outre-mer, JO, 22.07.2003, p. 12336 ; CC, 18.12.2003, 2003-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité ; CC, 04.12.2003, 2003-485 DC, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile ; CC, 14.08.2003, 2003-483 DC, Loi portant réforme des retraites.

<sup>431</sup> CE, 16.02.2004, Confédération générale du travail, n° 263181, rec. p. 74 : « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que les situations différentes soient réglées de manière différente ni à ce qu'il soit dérogé à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier* ».

<sup>432</sup> CE, 31.03.2004, Syndicat sindacatu du i travagliadori corsi, n° 242858, Inédit au Recueil Lebon. Voir aussi : CE, 17.12.2003, Syndicat autonome du personnel enseignant des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion des universités, n° 246494.

*d'intérêt général avec lequel elle serait en rapport*<sup>433</sup> ». L'intérêt général est dès lors souvent invoqué dans certaines matières où les distinctions entre catégories sont nombreuses. Le droit des étrangers en est un bon exemple, puisque le Conseil constitutionnel a affirmé qu' « *Aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; qu'eu égard à l'objectif d'intérêt général qu'il s'est assigné, tendant à instituer un statut de résident de longue durée, le législateur a pu exiger que l'obtention de la carte de résident délivrée en vertu de l'article 14 de l'ordonnance soit soumise à la double condition d'une durée de résidence ininterrompue de deux ou cinq ans sur le territoire français et d'une intégration dans la société française* »<sup>434</sup>. De la même manière, l'intérêt général peut justifier que certaines catégories de personnes supportent des charges plus importantes<sup>435</sup>. Cette notion prend une importance croissante dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la preuve en est sa présence au cœur du discours de rentrée de l'année 2006 du Président Pierre Mazeaud<sup>436</sup>.

**124** - La notion d'intérêt général n'est pas étrangère à la Cour européenne des droits de l'homme puisqu'elle est inscrite au cœur de deux des articles de la Convention. Cette référence à l'intérêt général facilite alors son application au sein de l'égalité. L'intérêt général est ainsi expressément présent au sein de l'article 1 du premier Protocole additionnel portant sur la protection des biens<sup>437</sup>. Selon la Cour, cet article contient trois dispositions distinctes dont la dernière consiste à « *réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général* »<sup>438</sup>. Il apparaît alors que le traitement différent de situations analogues ne conduit

---

<sup>433</sup> CE, 27.02.2004, Syndicat national de l'encadrement civil des organismes du ministère de la défense – Défense CGC, n° 250576, Inédit au Recueil.

<sup>434</sup> CC, 20.11.2003, 2003-484 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JO, 27.11.2003, p. 20154.

<sup>435</sup> *Ibid.* ; CC, 29.12.2003, 2003-488 DC, Loi de finances rectificative pour 2003, JO, 31.12.2003, p. 22652.

<sup>436</sup> V. Ogier-Bernaud et C. Severino, *Droit constitutionnel jurisprudentiel : panorama 2005*, D. 2006, Pan., p. 826.

<sup>437</sup> Article 1 Protocole n°1 : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.*

*Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.*».

<sup>438</sup> CEDH, 21.02.1986, James et autres c/ Royaume-Uni, req. 8793/79, § 11. Voir aussi CEDH, 23.09.1982, Sporrang et Lönnroth c/ Suède, req. 7151/75 et 7152/75, A 52, § 61 (JDI, 1985, p. 205, obs. P. Tavernier ; AFDI, 1985, p. 415, obs. V. Coussirat-Coustère) ; CEDH, 19.12.1989, Mellacher et autres c/ Autriche, req. 10522/83, 11011/84, 11070/84, A169, § 42 (JDI, 1990, p. 742, obs. P. Rolland et P. Tavernier) ; CEDH, 29.11.1991, Pine Valley Developments Ltd et autres c/ Irlande, req. 12742/87, A 222, § 50 (RUDH, 1992, p. 9, Chr. F. Sudre) ; CEDH, 09.12.1994, Les Saints Monastères c/ Grèce, req. 13092/87 et 13984/88, A 301-A, JCP G., 1995, I, 3823, obs. F. Sudre, § 56.

pas à un constat de violation de l'article 14 prohibant les discriminations, dès lors que l'Etat en cause démontre le respect de l'intérêt général. Ainsi, une législation prévoyant des charges différentes suivant la catégorie à laquelle appartient le bailleur ne peut être considérée comme une discrimination, et partant comme étant contraire à l'article 14, dès lors que la norme en cause est inscrite dans un but d'utilité publique<sup>439</sup>. A l'inverse, le constat de discrimination sera induit dès lors que l'intérêt général n'est pas démontré pour justifier la différence introduite par la mesure<sup>440</sup>. Il peut arriver à la Cour d'estimer qu'une mesure n'est pas en soi contraire à l'article 1 du protocole n° 1, mais que le critère de distinction utilisé est discriminatoire car il ne concerne en aucune façon l'intérêt général. Dans l'affaire Marckx, la Cour « *n'aperçoit pas sur quel "intérêt général", ni sur quelle justification objective et raisonnable, un Etat pourrait se fonder en limitant le droit, pour une mère célibataire, de gratifier son enfant d'un don ou d'un legs tandis que la femme mariée ne rencontre aucune entrave analogue* <sup>441</sup> ». De la même manière, la France s'est vue sanctionner à propos de la loi dite "Verdeille" sur la chasse<sup>442</sup>, prévoyant un régime distinct du droit de chasse subi par les propriétaires suivant la surface de leur terrain. La Cour estime qu'en l'espèce « *le Gouvernement n'a pas expliqué de manière convaincante comment l'intérêt général pouvait être servi par l'obligation faite aux seuls petits propriétaires de faire apport de leur droit de chasse sur leurs terrains* <sup>443</sup> ». Cet exemple est d'autant plus intéressant que la Cour avait considéré, concernant la seule violation de l'article 1 du protocole n° 1, que cette loi de 1964 répondait à un but d'intérêt général<sup>444</sup>, mais n'était pas proportionnée. Il existe une corrélation entre cette absence de proportionnalité au niveau de l'article 1 du protocole n° 1 et la violation de l'article 14 combiné avec cette même disposition. En effet, le manque de proportionnalité découle du fait qu' « *obliger les petits propriétaires à faire apport de leur droit de chasse sur leurs terrains pour que des tiers en fassent un usage totalement contraire à leurs convictions se révèle une charge démesurée qui ne se justifie pas sous l'angle du second alinéa de*

---

<sup>439</sup> CEDH, 21.02.1986, James et autres c/ Royaume-Uni, req. 8793/79, § 77.

<sup>440</sup> CEDH, 23.10.1990, Darby c/ Suède, req. 11581/85, A187 § 33 : La Cour admet la violation car le Gouvernement n'a pas prétendu à l'audience que la mesure avait un but légitime, ce qui recouvre dans l'article 1 du protocole n° 1, comme dans tout autre article un but d'intérêt général.

<sup>441</sup> CEDH, 13.06.1979, Marckx c/ Belgique, req. 6833/74, A31, § 64.

<sup>442</sup> Loi, 1.07.1964, n° 64-696, Loi dite Verdeille relative à l'élaboration des associations communales et intercommunales de chasse agréées.

<sup>443</sup> CEDH, 29.04.1999, Chassagnou et autres c/ France, req. 25088/94, 28331/95, 28443/95, Rec. 1999-III, § 92.

<sup>444</sup> § 79 de l'arrêt : « *La Cour estime, vu les buts assignés aux ACCA par la loi Verdeille, tels qu'ils sont énumérés à l'article 1 de celle-ci, et les explications fournies à ce sujet, qu'il est assurément dans l'intérêt général d'éviter une pratique anarchique de la chasse et de favoriser une gestion rationnelle du patrimoine cynégétique.* »



*l'article 1 du protocole n° 1. Il y a donc violation de cette disposition*<sup>445</sup>». L'article 14 est finalement lui aussi violé par l'absence de tout intérêt général à justifier les charges différentes pesant sur ces mêmes petits propriétaires<sup>446</sup>.

**125** - Les juges strasbourgeois procèdent de même lorsqu'est en cause une éventuelle violation de l'article 8 combiné avec l'article 14. Il s'agit ici de protéger la vie privée et familiale des requérants. Deux intérêts contradictoires vont alors être en concurrence : l'intérêt particulier du requérant d'un côté et l'intérêt général de l'autre<sup>447</sup>. Un juste équilibre est à ménager entre ces deux intérêts, ce qui implique que l'intérêt du requérant ne dépasse pas l'intérêt général<sup>448</sup>. Comme en droit interne, une règle de droit qui crée une différence de traitement ne sera pas sanctionnée dès l'instant où son but est le respect de l'intérêt général. Le problème de l'installation des tsiganes sur des zones protégées au regard de l'environnement illustre de façon frappante cette mise en balance de l'intérêt des particuliers et de l'intérêt général<sup>449</sup>. Sont analysés d'un côté l'intérêt des requérants, qui est de continuer de vivre en caravane sur le terrain dont ils sont propriétaires, et, d'un autre côté, l'intérêt général qui est le respect de la politique d'aménagement foncier. Ici, l'intérêt général est suffisant pour justifier d'une législation qui interdit aux tsiganes de pouvoir s'installer sur leur propre terrain. Nous retrouvons la même relation qu'en ce qui concerne l'article 1 protocole n° 1 protégeant la propriété. La mesure étant justifiée et proportionnée sous l'angle de l'article 8, cette même proportionnalité existe lorsque nous nous plaçons sous l'angle de l'article 14. La Cour considère que *« eu égard à sa conclusion sous l'angle de l'article 8 de la Convention, selon laquelle l'ingérence était proportionnée au but légitime que constitue la protection de l'environnement, [elle] conclut à l'absence de discrimination contraire à l'article 14 de la Convention*<sup>450</sup>». Au même titre qu'en droit interne, l'intérêt général constitue la seule dérogation possible à la généralité de la loi et permet de moins bien traiter

---

<sup>445</sup> § 85 de l'arrêt.

<sup>446</sup> § 92 de l'arrêt.

<sup>447</sup> CEDH, 24.11.1986, Gillow c/ Royaume-Uni, req. 9063/80, A109, § 41 (JDI, 1987, p. 803, obs. P. Rolland) : Il faut *« mettre en balance l'intérêt général et celui de l'individu. »* ; CEDH, 17.10.1986, Rees c/ Royaume-Uni, Série A 106, § 37 (JDI, 1987, p. 796, Chr. P. Rolland) ; CEDH, 07.07.1989, Gaskin c/ Royaume-Uni, A 160, § 42 (RTDH, 1990, p. 361, note P. Lambert) ; CEDH, 27.09.1990, Cossey c/ Royaume-Uni, A 184, § 37 ; CEDH, 21.02.1990, Powell et Rayner c/ Royaume-Uni, Série A 172, § 41 (JDI, 1991, p. 774, obs. P. Tavernier) ; CEDH, 25.03.1992, B. c/ France, A 232-C, § 44 (JCP G., 1992, II, 21955, note T. Garé) ; CEDH, 23.09.1994, Hokkanen c/ Finlande, A 299-A, § 55.

<sup>448</sup> CEDH, 25.09.1996, Buckley c/ Royaume-Uni, req. 20348/92, Rec. 1996-IV, § 81 : *« l'article 8 ne va pas nécessairement jusqu'à permettre aux préférences individuelles en matière de résidence de l'emporter sur l'intérêt général. »* Voir aussi CEDH, Gde Ch., 18.01.2001, Chapman c/ Royaume-Uni, req. 27238/95, rec-2001-I, § 113 (RTDH, 2001, p. 887, obs. F. Sudre ; RTDCiv, 2001, p. 448, Chr. J-P. Marguénaud).

<sup>449</sup> CEDH, 18.01.2001, Chapman c/ Royaume-Uni, req. 27238/95, Rec-2001-I.

<sup>450</sup> § 129 de l'arrêt.

une catégorie de personnes en vertu de la recherche de l'intérêt de la société dans son ensemble. La mise en relief de ces intérêts revêt une morphologie originale en droit communautaire.

## 2. Une affirmation nuancée en droit communautaire

**126** - Classiquement, le droit communautaire admet la dérogation à l'égalité formelle. Tout comme les autres juridictions, la Cour de Luxembourg valide des différences de traitement dès lors qu'elles sont faites dans un but d'intérêt général<sup>451</sup>. A l'inverse, il y a discrimination négative dès lors que l'intérêt général n'est pas visé. Face à un règlement du Conseil du 27 juin 1968 suspendant le prélèvement à l'importation des viandes congelées destinées à la transformation uniquement pour les opérateurs économiques nationaux alors que la Commission voulait étendre cette mesure aux opérateurs étrangers, la Cour répond que « *l'argument tiré, par la Commission, de son obligation de traiter de manière égale tous les importateurs potentiels ne saurait être retenu, alors que la suspension du prélèvement [...] a, précisément, pour objectif d'assurer, pour des raisons économiques bien déterminées, un avantage à une branche spécifique de l'industrie alimentaire* »<sup>452</sup>. Dans l'arrêt dit « Cassis de Dijon »<sup>453</sup>, elle a indiqué que les Etats membres avaient la possibilité de faire « *obstacle à la circulation intracommunautaire* », en l'occurrence il s'agissait de la libre circulation de marchandises. Cette latitude n'est offerte aux législations nationales que lorsqu'il s'agit de « *satisfaire à des exigences impératives* »<sup>454</sup>, ce qu'il faut comprendre comme des mesures poursuivant « *un but d'intérêt général* »<sup>455</sup>.

---

<sup>451</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, §409.

<sup>452</sup> CJCE, 06.03.1979, SpA Simmenthal c/ Commission des Communautés européennes, C-92/78, rec. p. 777, point 71.

<sup>453</sup> CJCE, 20.02.1979, Rewe-Zentral, C-113/81, rec. p. 649, J. Boulouis, R-M. Chevallier, D. Fasquelle, M. Blanquet, *Grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Tome 2, Droit communautaire des affaires, marché intérieur, politiques communautaires, Dalloz, 5<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 26.

<sup>454</sup> Ce qui se traduit sous la forme de règles impérieuses dans les domaines de libre circulation des personnes et de libre circulation des services : V. Hatzopoulos, *Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ?*, RTDE, 1998, p. 194.

<sup>455</sup> Points 8 et 14 de l'arrêt.

**127** - Il est à souligner ici que cette dérogation est un assouplissement par rapport à une position orthodoxe qui veut que ne soient compatibles avec le droit communautaire que les mesures créatrices de distinction relevant d'une « *disposition dérogatoire expresse* »<sup>456</sup>. Cette position plus ouverte est fondée sur l'idée que « *toute action de libéralisation comporte en elle-même les germes d'abus [...]. Ainsi, des nécessités pratiques liées au bon sens ont obligé la Cour à mettre en place un mécanisme de sauvegarde de ces intérêts "collatéraux" aux intérêts par essence communautaires* »<sup>457</sup>. Les intérêts à considérer par la Cour de justice des Communautés européennes révèlent quelques spécificités par rapport à ce que connaissent les autres juridictions. C'est la raison pour laquelle l'intérêt général est affirmé de manière moins directe. Néanmoins, « *L'intérêt commun peut seul justifier une différence de traitement de situations similaires* »<sup>458</sup>.

**128** - De ce point de vue, la considération de l'intérêt général devrait être exceptionnelle puisque c'est d'une dérogation à l'égalité formelle et générale. Pourtant, il n'est pas possible de parler de rareté en matière d'invocation de l'intérêt général. Les espèces dans lesquelles il se rencontre sont multiples. Une fois encore, la clé de la terminologie nous donne accès à une meilleure compréhension du phénomène.

## **B. Des ruptures multiples de l'égalité formelle**

**129** – Le droit interne, comme le droit européen des droits de l'homme et le droit communautaire connaissent la notion d'intérêt général. En théorie, les hypothèses de justification par la recherche de l'intérêt général sont nombreuses. En pratique, tout dépend de l'interprétation des juridictions. Or, « *l'intérêt général est une notion souple et fluctuante* »<sup>459</sup>, selon la volonté du juge car son recours lui permet « *d'adapter le contenu de sa jurisprudence aux aspirations et aux nécessités de son temps* »<sup>460</sup>. C'est une dérogation qui apparaît alors en pratique très étendue ce qui peut se traduire de deux manières : terminologique, tout d'abord,

---

<sup>456</sup> CJCE, 26.04.1988, *Bon van Adverteerders e.a. c/ Etat néerlandais*, C-352/85, rec. p. 2085, point 32.

<sup>457</sup> V. Hatzopoulos, *Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ?*, RTDE, 1998, p. 194.

<sup>458</sup> R. Henu, *Op. cit.*, §409.

<sup>459</sup> V. Donier, *Egalité et service public local*, in « *Actualité politique et juridique de l'égalité* », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 149.

<sup>460</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1999 sur l'intérêt général*, La documentation française, 2000, p. 299.

les juridictions utilisant une fois de plus des expressions fluctuant au grès des décisions, pratique, ensuite, puisque les applications de l'intérêt général se retrouvent dans de nombreux domaines.

## 1. Des fluctuations terminologiques

**130** - L'expression "intérêt général" est la plus communément admise et exploitée<sup>461</sup>, mais elle peut céder la place à d'autres termes, sans doute pour mieux cerner les questions posées dans chaque espèce.

Le Conseil d'Etat fait parfois référence à l'ordre social. Dans un arrêt de 2000<sup>462</sup>, il expose le but de la différenciation que crée la norme : « *L'octroi d'un supplément familial aux agents de l'Etat en service à l'étranger répond à une finalité d'ordre social qui est, soit de permettre à un agent célibataire, veuf, divorcé ou séparé de corps qui a au moins un enfant à charge de subvenir aux besoins de ce dernier, soit, dans le cas d'un agent marié dont le conjoint n'exerce pas d'activité professionnelle, de concourir aux dépenses du couple* ». Bien que le terme ne soit pas présent, il s'agit sans nul doute ici d'une référence à l'intérêt général et non à une différence de situation préexistante. Si la différence de traitement était due à l'existence de situations différentes, il aurait suffi au Conseil d'Etat de se fonder sur l'absence d'analogie, sans devoir passer par la notion d'ordre social.

**131** - La Cour de cassation semble plus attachée à la notion d'utilité publique, se rapprochant en cela de l'utilité commune présente dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>463</sup>. Elle censure en effet une Cour d'appel ayant décidé qu'une distinction faite par la règle de droit entre les riverains bénéficiant d'un logement et ceux n'ayant qu'un local

---

<sup>461</sup> CC, 02.03.2004, 2004-492 DC, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO, 13.03.2004, p. 4637 ; CC, 29.12.2003, 2003-488 DC, Loi de finances rectificative pour 2003, JO, 31.12.2003, p. 22652 ; CC, 29.12.2003, 2003-489 DC, Loi de finances pour 2004, JO, 31.12.2003, p. 22636 ; CC, 18.12.2003, 2003-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, JO, 19.12.2003, p. 21686 ; CE, 31.05.2006, n° 273638, GISTI ; CE, 05.04.2006, n° 235776, Syndicat national et professionnel des officiers de la marine marchande ; CE, 03.04.2006, n° 288756, Société SEGC et autres ; CE, 22.03.2006, n° 288757, SARL SAJEGA et autres ; CE, 31.03.2004, Fédération des personnels des services publics et des services de la santé, n° 242858, Inédit au Recueil, à propos du décompte des durées de travail effectif différentes suivant le personnel ; CE, 11.07.2001, Syndicat départemental CFDT de la direction départementale de l'équipement du Gard, n° 220062, 220108, rec. p. 339 ; CE, 28.07.2000, Commune d'Auxonne, n° 212982, Inédit ; CEDH, 18.07.1994, Karlheinz Schmidt c/ Allemagne, req. 13580/88, A 291-B ; CEDH, 27.06.2000, Cha'are shalom ve tsedek c/ France, req. 27417/95, rec. 2000-VII.

<sup>462</sup> CE, 15.05.2000, M. Barroux, n° 200903, rec. p. 172.

<sup>463</sup> Article premier, DDHC.

professionnel n'était pas « *prise dans un but d'utilité publique*<sup>464</sup> ». La Cour d'appel s'est justifiée par l'absence d'utilité publique alors qu'elle aurait dû se fonder sur l'existence d'une différence de situation. Dans une affaire similaire, où il s'agissait d'une distinction faite entre les résidents du centre et les autres, afin de limiter les encombrements en centre ville, la même Chambre criminelle, quelques jours plus tôt, fait référence à l'intérêt général<sup>465</sup>. Dans d'autres espèces, elle utilise l'expression d'intérêt général pour un problème de différenciation de tarifs entre certaines catégories d'usagers<sup>466</sup> ou lorsqu'il est question des emplacements réservés pour les véhicules assurant une livraison<sup>467</sup>, alors que ce sont des domaines très proches de ceux dans lesquels elle se réfère à l'utilité publique. Cela semble démontrer qu'elle ne fait pas une réelle distinction entre ces deux termes et qu'elle les emploie de manière indifférenciée.

**132** - Dans la jurisprudence communautaire, la présence de l'intérêt général comme dérogation à l'égalité est moins présente. En matière de politique sociale, la seule référence à l'intérêt général est faite dans le but de le mettre en balance avec l'intérêt personnel et d'aboutir à un constat d'absence de comparabilité entre la situation d'un travailleur obligé de suspendre son activité professionnelle pour respecter ses obligations militaires et un travailleur en congé parental<sup>468</sup>. Il est toutefois possible de trouver cette notion en matière de protection des travailleurs<sup>469</sup>. Cependant, l'intérêt général ne semble être que « *la catégorie la plus importante des intérêts publics*<sup>470</sup> ». L'un ne correspondrait pas à l'autre. De plus, les Constitutions des Etats membres ne mentionnent pas toujours les termes d'"intérêt général". Ainsi, la Constitution de la République d'Irlande<sup>471</sup> parle de « *bien commun* » afin de justifier l'expropriation de la propriété privée alors que la Constitution italienne<sup>472</sup>, à propos du même problème, mentionne le terme d' « *intérêt général* ». Le traité C.E., quant à lui, fait référence à l'intérêt général, mais mentionne aussi les expressions « *intérêt commun* » ou « *intérêt de la*

---

<sup>464</sup> Cass. Crim, 14.03.2000, n° 99-85178, Inédit.

<sup>465</sup> Cass. Crim, 08.03.2000, n° 99-85209, Inédit. Voir aussi : Cass. Crim., 01.06.1999, n° 98-82094, Inédit titré.

<sup>466</sup> Cass. Crim, 06.01.2000, n° 99-82094, Inédit titré ; Cass. Crim, 08.04.1999, n° 98-80486, Inédit ; Cass. Crim, 08.04.1999, n° 98-80487, Inédit.

<sup>467</sup> Cass. Crim, 11.03.1998, n° 97-82107, Inédit ; Cass. Crim., 25.02.1997, n° 96-588, Inédit titré ; Cass. Crim 25.02.1997, n° 96-589, Inédit ; Cass. Crim., 25.02.1997, n° 96-590, Inédit.

<sup>468</sup> CJCE, 08.06.2004, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, C-220/02.

<sup>469</sup> CJCE, 17.12.1981, Procédure pénale c/ Webb, C-279/80, rec. p. I-3305.

<sup>470</sup> T. Hamoniaux, *L'intérêt général et le juge communautaire*, LGDJ, Coll. Systèmes, 2001, p. 11.

<sup>471</sup> Constitution de la République d'Irlande, article 43, paragraphe 2, 2°.

<sup>472</sup> Constitution de la République italienne, article 2, 3<sup>ième</sup> alinéa.

*Communauté* », qui, « sans analyse préalable, autorisent à penser qu'elles renvoient elles aussi à l'intérêt général<sup>473</sup> ».

133 - De la même manière, la Cour européenne des droits de l'homme, justifie des différences de traitement en faisant appel à des expressions voisines de l'intérêt général. Elle peut se fonder, par exemple, sur l'ordre public<sup>474</sup>. Il lui arrive aussi de faire référence à l'« intérêt public<sup>475</sup> » dans la même phrase où elle se fonde sur l'absence de recherche de l'intérêt général pour sanctionner une différence de traitement. Il faut ici souligner que dans la rédaction même de la Convention différents termes sont utilisés. En effet, l'article 1 du Protocole n°1 dans son premier alinéa parle de la privation de la propriété pour la seule raison d'utilité publique. En revanche, le deuxième alinéa ménage la possibilité pour les Etats de réglementer « l'usage des biens conformément à l'intérêt général ». Certains requérants ont d'ailleurs voulu s'engouffrer dans cette brèche afin de mettre en défaut l'Etat dont ils étaient ressortissants. Dans l'arrêt James<sup>476</sup>, les requérants se plaignaient d'une différence de traitement entre les bailleurs. « D'après les requérants, un principe généralement reconnu d'interprétation des traités oblige à présumer que l'emploi d'expressions diverses dans le même contexte – « utilité publique » dans le premier alinéa du paragraphe 1, « intérêt général » dans le second – révèle l'intention de viser des contextes dissemblables<sup>477</sup> ». La Cour ne suit pas cette argumentation et refuse de donner des sens différents aux deux expressions : « Aux yeux de la Cour, quand bien même il existerait des différences, à l'article 1 entre les notions d' « utilité publique » et d' « intérêt général », sur le point dont il s'agit on ne saurait établir entre elles aucune distinction fondamentale comme le font les requérants<sup>478</sup> ». L'enseignement de cet arrêt est assez ambigu puisque la Cour ne réfute pas l'existence de différence entre ces deux notions, mais ne les estime pas suffisantes pour leur

---

<sup>473</sup> T. Hamoniaux, *Op. cit.*, p. 12.

<sup>474</sup> CEDH, 13.07.2004, Pla et Puncernau c/ Andorre, req. 69498/01, § 61 : « Rien n'indique que des motifs d'ordre public exigeaient que le niveau de protection accordé par la juridiction d'appel andorrane aux demanderesses à l'action prévale sur celui de requérant ». Il est à souligner que cette affaire, où la Cour a conclu à la violation de l'article 8 combiné avec l'article 14, conduit le juge européen à déclarer l'interprétation faite par un tribunal interne d'un acte juridique privé, en l'occurrence, un testament. En l'espèce, la juridiction andorrane a accepté une lecture du testament créant une différence de traitement entre les enfants naturels et les enfants adoptés. Sur cet arrêt : J-P. Marguénaud, RTDCiv, 2004, p. 804, n° 5 ; F. Sudre, JCP, G., 2005, I, 103, n° 15 ; F. Boulanger, JCP, G., II, 10052.

<sup>475</sup> CEDH, 29.04.1999, Chassagnou et autres c/ France, req. 25088/94, 28331/95, 28443/95, Rec. 1999-III, § 92.

<sup>476</sup> CEDH, 21.02.1996, James et autres c/ Royaume-Uni, req. 8793/79.

<sup>477</sup> § 43 de l'arrêt.

<sup>478</sup> § 43 de l'arrêt.

donner un sens différent dans le cas présent<sup>479</sup>. *A contrario*, dans d'autres cas, la Cour pourrait éventuellement admettre que ces deux expressions aient un sens différent. Il est vrai que cette difficulté ne vaut que pour ce qui concerne l'atteinte à la propriété privée. En effet, « *la notion d'utilité publique a été forgée à l'origine pour justifier l'expropriation* »<sup>480</sup>. Aujourd'hui, en droit interne, l'utilité publique sert surtout à apprécier l'intérêt général d'un projet. C'est grâce à la déclaration d'utilité publique que le projet sera déclaré conforme à l'intérêt général<sup>481</sup>. L'utilité publique ne serait donc que le moyen d'aboutir à l'appréciation de l'intérêt général<sup>482</sup> ; le second étant lié au sort de la première. C'est sans doute en ce sens que la Cour a voulu dans l'arrêt James admettre une différence trop minime entre ces termes pour en tenir compte.

**134** - La fluctuation des termes en matière d'égalité ne représente pas une réelle volonté de distinguer les expressions, c'est surtout la marque de la capacité d'adaptation de la notion d'intérêt général qui lui permet ainsi de s'adresser à un maximum d'espèces : adaptation en fonction des termes employés en droit interne et dans les textes européens et communautaires pour les cours de Strasbourg et de Luxembourg, adaptation aux espèces pour ce qui relève des juridictions internes. La multiplicité du vocabulaire, loin de fragmenter la notion d'intérêt général, vient au contraire renforcer sa présence et confirme son importance au sein de l'égalité. Cela en fait une dérogation qui n'a plus réellement de caractère exceptionnel au vu des nombreux cas d'espèce qui y font référence.

## 2. Une application variée

**135** - Si « *L'intérêt général, depuis plus de deux cents ans, est au cœur de la pensée politique et juridique française. Il est considéré comme la fin ultime de l'action publique* »<sup>483</sup>,

---

<sup>479</sup> La méthode est exactement identique à celle utilisée en matière de comparaison des situations où la Cour ne semble vouloir prendre en compte que les différences « sensibles » : CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. 34369/97, rec. 2000-IV, § 44.

<sup>480</sup> Conseil d'Etat, *L'utilité publique aujourd'hui*, La documentation française, Coll. Les études du Conseil d'Etat, 1999, p. 17.

<sup>481</sup> *Ibid.*, pp. 67 et 68.

<sup>482</sup> Les deux notions sont pourtant distinctes selon certains auteurs. Voir sur ce point : B. Stirn, *Intérêt*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 837.

<sup>483</sup> R. Denoix de Saint Marc, *Editorial*, in « Rapport public du Conseil d'Etat sur l'intérêt général », 1999, La documentation française, 2000, p. 7.

il reste « *difficile à cerner avec précision*<sup>484</sup> ». Il fait partie de « *ces concepts, qui expriment en apparence une idée simple, prennent des sens variables selon les époques, les contextes et les individus qui les emploient*<sup>485</sup> ». Le Conseil d'Etat a affirmé solennellement dans le célèbre arrêt Denoyez et Chorques que le principe d'égalité pouvait être écarté pour des motifs d'intérêt général<sup>486</sup>, mais les contours de cette notion n'ont pas été définis. Par nature, c'est une notion volatile et qui doit évoluer dans le temps<sup>487</sup>. Il est difficile de lui offrir un cadre précis. Il est néanmoins possible de déterminer des matières qui sont particulièrement soumises à la justification de la recherche de l'intérêt général. Le Conseil d'Etat accepte généralement de faire intervenir l'intérêt général afin d'institutionnaliser des discriminations dans le but de protéger certaines espèces animales ou de réglementer la chasse ou la pêche<sup>488</sup>, et plus généralement pour respecter l'environnement<sup>489</sup>. C'est ainsi que dans un arrêt de 2004, le Conseil d'Etat rappelle, à propos de la gestion des ressources halieutiques, que la seule dérogation possible au mécanisme de l'égalité reste l'intérêt général<sup>490</sup>. Il en profite pour affirmer que cet intérêt général ne s'apprécie pas spécialement au cas d'espèce qui lui est soumis, mais de manière globale : « *le respect de ce principe ne peut pas être apprécié pour une campagne déterminée zone par zone ni espèce par espèce, mais doit l'être globalement, eu égard à l'ensemble des attributions* » du ministre chargé de la pêche maritime. La santé<sup>491</sup> ou encore l'action de soutien aux détenus<sup>492</sup> constituent également des domaines de prédilection de l'intérêt général. En revanche, ne correspond pas à un but d'intérêt général la distinction faite entre les propriétaires d'un chauffage électrique et les propriétaires d'autres systèmes de chauffage qui offre aux premiers certains avantages de tarification<sup>493</sup>. Enfin,

---

<sup>484</sup> B. Stirn, *Loc. cit.*, p. 837.

<sup>485</sup> F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, Coll. politique comparée, 1986, p.7.

<sup>486</sup> CE, 10.05.1974, Denoyez et Chorques, n° 88032 et 88148, rec. p. 274 ; note : C. Franc et M. Boyon, AJDA, 1974 p. 298 ; P. Tedeschi, D., 1975, Doct. 393 ; M. Waline, RDP, 1974, p. 467 ; F. Moderne, RA, 1974, p. 440.

<sup>487</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1999 du Conseil d'Etat sur l'intérêt général*, La documentation française, 2000, p. 299. Voir sur ce point : M-C. Laval-Reviglio, *Egalité et éducation : les discriminations justifiées, l'exemple de Sciences-Po*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 115 ; F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica/PUAM, Coll. Droit public positif, Paris/Aix-en-Provence, 1997, p. 44.

<sup>488</sup> CE, 09.05.2001, Syndicat départemental de la propriété agricole, n° 224982, Inédit au Recueil, à propos de la nidification des oiseaux d'eau.

<sup>489</sup> CE, 28.02.2000, Petit-Perrin, n° 189082, Rec. p. 812, à propos de la réduction des sources des émissions d'ozone et de dioxyde d'azote.

<sup>490</sup> CE, 03.03.2004, Fonds régional d'organisation du marché du poisson, n° 251093, rec. p. 846.

<sup>491</sup> CE, 03.12.2001, Confédération des syndicats médicaux français, n° 229539, rec. p. 1197 ; CE, 24.10.2001, Confédération des syndicats médicaux français et autres, n° 224760, rec. p. 1198.

<sup>492</sup> CE, 27.07.2001, Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière – Direction, n° 215550, 220980, rec. p. 395 ; CE, 29.05.2002, Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière – Direction, n° 235806, Inédit.

<sup>493</sup> CE, 25.11.2002, Union fédérale des consommateurs Que Choisir de la Vienne, 240821, rec. p. 515.



domaine privilégié de l'intérêt général, au même titre que la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle il lui arrive de se référer, celui des biens et de la propriété<sup>494</sup>.

**136** - La Cour de cassation, de par sa compétence de Haute juridiction judiciaire est moins confrontée à l'intérêt général que ne l'est le Conseil d'Etat. Néanmoins, elle admet, de la même façon que ce dernier, qu'il est possible de prévoir des traitements différents à l'intérieur d'un même service public dès lors qu'est en jeu l'intérêt général<sup>495</sup>. Dans le reste de sa jurisprudence, l'intérêt général intervient au détriment du jeu classique de l'égalité surtout en ce qui concerne les problèmes de stationnement en centre ville comportant des statuts dérogatoires<sup>496</sup>. Pour finir, elle a eu à interpréter l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant un procès équitable et en a déduit qu'il était possible d'aller à l'encontre de l'égalité lorsque l'équilibre financier du système bancaire dans son ensemble, voire par voie de conséquence, l'économie générale, se trouve menacé. Dans ce cas, d'« *impérieux motifs d'intérêt général* »<sup>497</sup> font accepter le fait que l'intervention du législateur, qui a pour but la préservation de cet équilibre, vienne modifier une donnée des litiges en cours au détriment d'une des parties<sup>498</sup>. Toujours en s'appuyant sur cet article 6, la Haute juridiction considère « *qu'il n'[a] pas pour but d'interdire au législateur national de modifier les règles de droit substantielles mais de garantir aux parties les principes d'égalité, de contradiction et de loyauté des débats, et qu'en ce qu'il était destiné à régulariser des situations anciennes en vue d'éviter, dans un souci d'intérêt général, le développement du contentieux bancaire et les inconvénients économiques subséquents* ». Ce dernier objectif implique que le législateur puisse modifier les droits substantiels sans pour autant contrevenir à l'article 6 et au respect de l'égalité<sup>499</sup>. Ces deux derniers exemples sont topiques de l'importance que revêt l'intérêt général sur les situations individuelles. Il peut ainsi modifier la situation d'une partie, voire la

---

<sup>494</sup> CE, 12.06.2002, Caisse autonome de retraite des médecins de France, n° 229599, rec. p. 581 ; CE, 06.03.2002, Louliere, n° 226248, Inédit au Recueil ; CE, 09.02.2001, Soubeyrand, n° 196040, Inédit au Recueil.

<sup>495</sup> Cass. Crim, 16.02.1999, n° 98-82575, Bull. Crim. 1999, n° 19, p. 44 ; Cass. Crim, 08.04.1999, n° 98-80486 et 98-80487, Inédit.

<sup>496</sup> Cass. Crim, 14.03.2000, n° 99-85178, Inédit ; Cass. Crim, 08.03.2000, n° 99-85209, Inédit ; Cass. Crim, 01.06.1999, n° 98-85464, Inédit titré ; Cass. Crim, 11.03.1998, n° 97-82107, Inédit ; Cass. Crim, 25.02.1997, n° 96-82588, Inédit titré ; Cass. Crim, 25.02.1997, n° 96-82589, Inédit ; Cass. Crim, 25.02.1997, n° 96-82590, Inédit ; Cass. Crim, 27.11.1991, n° 91-82487, Bull. Crim. 1991, n° 442, p. 1126.

<sup>497</sup> L'emploi de ce terme est important car il semble réaliser un équilibre avec les modifications importantes subies par les données fondamentales du litige, pourtant cela ne relève que d'un pléonisme puisqu'il n'existe pas d'échelle dans l'intérêt général. Dès lors qu'il est qualifié, les mesures en cause doivent le respecter puisqu'il est impérieux dans tous les cas.

<sup>498</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 09.07.2003, n° 99-15569, Inédit titré.

<sup>499</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13.11.2002, n° 00-11415, Bull. Civ. 2002, I, n° 268, p. 209.

léser, et ce en toute légitimité, puisque même « *les données fondamentales du litige*<sup>500</sup> » peuvent être atteintes.

**137** - Les cours européennes viennent élargir cet éventail de domaines déjà assez varié. Si la Cour de justice des Communautés européennes s'intéresse elle aussi à la protection de l'environnement<sup>501</sup>, elle admet la référence dans des domaines plus spécifiques du droit communautaire comme la question de la détérioration des conditions d'approvisionnement de proximité dans les régions relativement isolées d'un Etat membre<sup>502</sup>, la protection des destinataires de service, la protection de la propriété industrielle, la protection de la production cinématographique ou encore la conservation du patrimoine historique et artistique<sup>503</sup>.

**138** - La jurisprudence de la Cour de Strasbourg offre moins de diversité. Il semble que, pour l'instant, l'invocation de l'intérêt général intervient essentiellement dans le cadre d'une combinaison avec l'article 14. De ce point de vue, l'article 8<sup>504</sup> et surtout l'article 1 du protocole 1<sup>505</sup> sont privilégiés. La Cour a néanmoins exploité l'intérêt général dans d'autres contextes. C'est ainsi qu'elle a accepté la dérogation tenant au respect de l'intérêt général dans le cadre de l'article 9 relatif à la liberté de religion. Dans l'arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek*<sup>506</sup>, il était question de la dérogation faite en faveur de personnes d'origine juive désirant manger de la viande *casher* qui leur permet d'effectuer un abattage rituel en conformité avec leur religion, mais en opposition avec les normes habituelles d'abattage. L'association requérante, orthodoxe, désirait que la Cour constate une violation de l'article 9 pris isolément et combiné avec l'article 14, au motif que ces mesures dérogatoires n'étaient pas suffisantes pour pouvoir se procurer de la viande *glatt*<sup>507</sup>. La Cour estime que « *la circonstance que le régime dérogatoire visant à encadrer la pratique de l'abattage rituel la*

---

<sup>500</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 09.07.2003, n° 99-15569, Inédit titré.

<sup>501</sup> CJCE, 09.07.1992, *Commission c/ Belgique*, C-2/90, rec. p. I-4431.

<sup>502</sup> CJCE, 13.01.2000, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, C-314/98, rec. p. I-151, Europe, 03.2000, Comm. n° 73, p. 14, note A. Rigaux.

<sup>503</sup> Pour un catalogue complet, voir V. Hatzopoulos, *Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ?*, RTDE, 1998, p. 194 et R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 415.

<sup>504</sup> CEDH, 18.01.2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, req. 27238/95, Rec-2001-I ; CEDH, 25.09.1996, *Buckley c/ Royaume-Uni*, req. 20348/92, Rec. 1996-IV.

<sup>505</sup> CEDH, 21.02.1996, *James et autres c/ Royaume-Uni*, req. 8793/79 ; CEDH, Gde Ch., 29.04.1999, *Chassagnou et autres c/ France*, req. 25088/94, 28331/95, 28443/95, Rec. 1999-III ; CEDH, 13.06.1979, *Marckx c/ Belgique*, req. 6833/74, A 31.

<sup>506</sup> CEDH, 27.06.2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*, req. 27417/95, Rec. 2000-VII.

<sup>507</sup> L'abattage se fait sur le même principe que pour la viande *casher*, mais des contrôles plus importants au niveau de la recherche d'une éventuelle maladie de la bête sont exigés.

*réserve aux seuls sacrificateurs habilités par des organismes religieux agréés n'est pas en soi de nature à faire conclure à une ingérence dans la liberté de manifester sa religion. La Cour estime, avec le Gouvernement, qu'il est dans l'intérêt général d'éviter des abattages sauvages, effectués dans des conditions d'hygiène douteuses, et qu'il est donc préférable, si abattage rituel il y a, que celui-ci soit pratiqué dans des abattoirs contrôlés par l'autorité publique. En accordant en 1982 le bénéfice de l'agrément à l'ACIP, émanation du Consistoire central, l'organisme le plus représentatif des communautés juives de France, l'Etat n'a donc nullement porté atteinte à la liberté de manifester sa religion<sup>508</sup>». L'intérêt général étant ici représenté aux yeux de la Cour par la protection de la santé et de l'ordre publics<sup>509</sup>. Il n'y a donc pas de violation de l'article 9. Pour ce qui est de sa combinaison avec l'article 14, la Cour considère que « la mesure litigieuse poursuivait un but légitime » et que « si différence de traitement il y a eu, elle trouvait en l'espèce une justification objective et raisonnable au sens de la jurisprudence constante de la Cour<sup>510</sup>». Le but légitime de cette dérogation est sans aucun doute donné par l'intérêt général que vise cette mesure. Avec l'entrée en vigueur du nouveau protocole n° 12, il y a fort à parier que l'intérêt général verra son domaine d'action s'élargir. L'examen du respect de l'égalité se fait dorénavant de manière indépendante, ce qui amènera sans doute la Cour à plus de latitude dans l'admission de la dérogation à l'égalité formelle. L'indépendance du principe d'égalité devrait conduire à une multiplication de ces dérogations.*

Ce panel de jurisprudences, malgré son absence d'exhaustivité, montre toute la vigueur de la notion d'intérêt général au sein du principe d'égalité. Les exemples de son acceptation sont nombreux et touchent des domaines particulièrement variés, dont le nombre ne fera sans doute que croître devant la Cour européenne des droits de l'homme avec le protocole n° 12. Cette vitalité est assez étonnante au regard de sa place de dérogation à l'égalité formelle, elle paraît même regrettable au regard de la rupture de l'égalité réelle ainsi provoquée.

---

<sup>508</sup> § 77 de l'arrêt.

<sup>509</sup> § 84 de l'arrêt.

<sup>510</sup> § 87 de l'arrêt.

## §2. Une rupture de l'égalité réelle

**139** – Les discriminations positives, si elles contreviennent à l'égalité formelle sont en accord avec l'égalité réelle. C'est face à cette dernière que les différences avec l'intérêt général doivent se faire jour. Le but poursuivi n'est pas le même dans les deux cas, ce qui devrait conduire à une très nette distinction, en pratique, entre ces deux formes de dérogations à l'égalité formelle. En ce sens, il est surprenant que des dérogations aussi éloignées dans leurs effets (A.) soient souvent confondues dans leur utilisation (B.).

### A. Un résultat opposé aux discriminations positives

**140** - Si les deux dérogations permettent une rupture identique de l'égalité formelle, leurs conséquences sont en revanche opposées au regard de l'égalité réelle. Cela s'explique par le fait qu'elles n'ont pas la même source. Les différences de situation sont un « *critère d'ajustement interne de l'égalité* », alors que l'intérêt général est au contraire un « *critère externe de modulation* »<sup>511</sup>. Les différences de situation sont inhérentes à l'égalité car elles proviennent directement du résultat de la comparaison, alors que l'intérêt général est un élément qui est extérieur à la relation égalitaire. De ce fait, chaque domaine est exclusif de l'autre<sup>512</sup>. Ne s'appliquant pas aux mêmes types de situations et n'ayant pas la même source, leur application provoque des effets contraires. Traiter de manière distincte des situations différentes est en adéquation avec l'égalité réelle<sup>513</sup>. En revanche, traiter de manière inégale des situations qui sont équivalentes provoque un déséquilibre au sein de l'égalité réelle. Certains vont avoir plus que d'autres ou vont être soumis à des charges supérieures au nom de

---

<sup>511</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, pp. 253 à 261.

<sup>512</sup> Sur ce point, il est cependant regrettable que l'auteur, qui a exprimé nettement cette différence de source, admet paradoxalement que l'intérêt général peut intervenir dans la détermination des différences de situation. Il n'y a plus alors de caractère d'extériorité pour l'intérêt général : *Ibid.*, p 259.

<sup>513</sup> J. Rivero : « *Traiter également des situations égales, est-ce respecter, de l'égalité, autre chose qu'une forme extérieure* », cité par M. Sousse, *Le principe de non-discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français*, AJDA, 1999, p. 985.

l'intérêt général. La rupture de l'égalité formelle provoque également une rupture de l'égalité réelle<sup>514</sup>.

**141** - Face à une éventuelle dérogation à l'égalité, la jurisprudence montre un grand soin à présenter les deux possibilités que sont le traitement différent des situations différentes et la recherche de l'intérêt général<sup>515</sup>. Cette relation est parfaitement relatée dans une décision du Conseil constitutionnel de 2003 à propos de la loi relative à l'élection des conseillers régionaux<sup>516</sup>. Après avoir fait mention de l'application classique de l'égalité, il recherche s'il existe une situation particulière à l'Assemblée de Corse pour justifier une différence de traitement et estime que *« compte tenu de leurs compétences, de leur place dans l'organisation décentralisée de la République et de leur règle de composition et de fonctionnement, l'Assemblée de Corse et les conseils régionaux ne se trouvent pas dans une situation différente au regard de l'objectif<sup>517</sup> »* de la loi. Il ne reconnaît pas plus l'existence d'une raison d'intérêt général. Ni l'un ni l'autre étant présents, la différence de traitement se

---

<sup>514</sup> Le constat est fort logique puisque, en théorie, le traitement identique des situations identiques aboutit à une complétude de la réalisation de l'égalité puisque l'égalité formelle et l'égalité réelle sont réalisées. Ne pas traiter ses situations de cette manière a nécessairement des conséquences sur ces deux versants de l'égalité.

<sup>515</sup> Le Conseil d'Etat marque bien l'alternative dans sa jurisprudence. Par exemple, dans un arrêt de 2004, il rappelle que *« le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que les situations différentes soient réglées de manière différente ni à ce qu'il soit dérogé à l'égalité pour des raisons d'intérêt général »*. Pourtant, cette indépendance n'est pas toujours mise en exergue. En effet, le rapport public du Conseil d'Etat de 1996 consacré à l'égalité indique que la différenciation des droits n'est admise que lorsque *« l'intérêt général résultant de l'objectif de réduction des inégalités rend juridiquement possible une dérogation raisonnable apportée au principe d'égalité des droits »*. Pourtant dans le même temps, ce rapport met au premier plan l'alternative. Il peut y avoir inégalité de traitement à la condition que celle-ci soit justifiée en droit par l'un des deux motifs suivants : soit l'existence de "différences de situation appréciables", soit la présence d'une "nécessité d'intérêt général" : Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 113 ainsi que p. 41 et s.. Le Conseil constitutionnel fait de même : CC, 07.01.1988, 87-232 DC, Mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole, rec. p. 17, RJC I-317 ; CC, 04.07.1989, 89-254 DC, Modalités d'application des privatisations, Rec. p. 45, RJC, I-352 ; CC, 09.01.1990, 89-266 DC, Re conduite à la frontière, rec., p. 15 RJC, I-378 ; CC, 06.12.1990, 90-280 DC, Concomitance des élections régionales et cantonales, rec., p. 88, RJC, I-412 ; CC, 08.01.1991, 90-283 DC, Loi contre le tabagisme et l'alcoolisme, rec., p. 11, RJC, I-417 ; CC, 06.05.1991, 91-291 DC, Fonds de solidarité des communes, rec. p. 40, RJC, I-445 ; CC, 24.07.1991, 91-298 DC, Dispositions fiscales rétroactives, rec., p. 82, RJC, I-465 ; CC, 21.06.1993, 93-320 DC, Loi de finances rectificative pour 1993, RJC, I-526 ; CC, 20.07.1993, 93-321 DC, Code de la nationalité, RJC, I-529 ; CC, 13.08.1993, 93-325 DC, Maîtrise de l'immigration, RJC, I-539 ; CC, 29.12.1993, 93-330 DC, Loi de finances pour 1994, RJC, I-558 ; CC, 27.01.1994, 93-336 DC, Statut de la magistrature, rec., p. 47, RJS, I-579 ; CC, 26.01.1995, 95-358 DC, Aménagement du territoire, rec., p. 183, RJC, I-624 ; CC, 28.12.1995, 95-369 DC, Loi de finances pour 1996, rec., p. 257, RJC, I-646 ; CC, 09.04.1996, 96-375 DC, Diverses dispositions d'ordre économique et financier, rec., p. 60 ; CC, 23.07.1996, 96-380 DC, Loi relative à l'entreprise nationale France télécom, rec., p. 107 ; CC, 18.12.1997, 97-393 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, JO, 23.12.1997, p. 18649 ; CC, 05.05.1998, 98-399 DC, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, JO, 12.05.1997, p. 7902 ; CC, 10.06.1998, 98-401 DC, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JO, 14.06.1998, p. 9033 ; CC, 27.12.2002, 2002-464 DC, Loi de finances pour 2003 ; CC, 22.08.2002, 2002-460 DC, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure ; CC, 06.12.2001, 2001-452 DC, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

<sup>516</sup> CC, 03.04.2003, 2003-468 DC, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques.

<sup>517</sup> Considérant n° 26.

trouve injustifiée. Les deux dérogations sont sur un pied d'égalité dans le sens où l'une ne supplante pas l'autre. Il n'y a aucune hiérarchie car elles ne correspondent pas aux mêmes hypothèses d'application.

**142** - Un arrêt illustre parfaitement ces conséquences au regard de l'égalité. En 2004<sup>518</sup>, le Conseil d'Etat a dû faire face à une différence de traitement entre agents d'un même corps, en l'occurrence les sapeurs-pompiers, relativement au décompte du temps de travail annuel. Il s'avère, selon lui, que les mesures attaquées peuvent être justifiées, sur plusieurs points distincts, par les deux régimes dérogatoires. Sur un premier point, l'association requérante se plaignait d'une différence de traitement entre les sapeurs-pompiers suivant leur centre de rattachement. Le Conseil d'Etat accepte que l'on puisse justifier cette atteinte à l'égalité par l'intérêt général. Les mesures en cause « visent à permettre d'adapter le temps de travail aux contraintes locales pesant sur les centres ainsi qu'aux caractéristiques, au nombre et à la nature des interventions qu'ils effectuent » ; « des considérations d'intérêt général justifient ainsi qu'il ait été porté en l'espèce atteinte au principe d'égalité entre agents appartenant à un même corps ». Sur un deuxième point, était en cause une différence de traitement entre les agents travaillant de jour et ceux exerçant leur activité de nuit. Cette fois, le Conseil d'Etat va faire référence à la différence de situation existant entre les activités. Il considère que « les travailleurs travaillant de jour se trouvant, au regard de l'objet même du droit du travail et de la disposition en cause, dans une situation différente de ceux qui travaillent de nuit, les requérants ne sont pas fondés à invoquer une quelconque inégalité de traitement entre sapeurs-pompiers placés dans une situation identique ». Au travers de cet exemple, nous voyons clairement que les conséquences entre l'intervention des différences de situation et celle de l'intérêt général ne sont pas les mêmes. Traiter de manière différente des situations différentes n'entraîne pas de rupture de l'égalité. La règle de traitement identique des situations identiques n'est pas applicable en cas de situations différentes. La seule explication de cette inapplicabilité est que le traitement différent permet ici de réaliser une égalité matérielle. Cela n'est pas le cas en ce qui concerne l'intérêt général qui constitue une rupture générale de l'égalité. Dans cette dernière hypothèse, la rupture de l'égalité se concrétise aussi bien dans son aspect formel que dans son aspect réel.

**143** - L'intérêt général ainsi que les discriminations positives ont pour premier effet de rompre l'égalité formelle. Cependant, là où les discriminations positives s'attachent, grâce à

---

<sup>518</sup> CE, 31.03.2004, Syndicat sindacadu di i travagliadori corsi, n° 242858, Inédit au Recueil.

cette rupture, à obtenir une égalité réelle, l'intérêt général permet de justifier l'existence d'une discrimination non seulement formelle, mais aussi matérielle. Cette inégalité matérielle est renforcée par le fait que l'intérêt général est une structuration hiérarchique des intérêts en présence. Ce fait est particulièrement marqué en droit privé et notamment en droit des contrats<sup>519</sup>. L'optique de l'intérêt général et des discriminations positives est opposée : le premier fonctionne sur une hiérarchie, alors que les secondes luttent contre une hiérarchie et une domination<sup>520</sup>. Il est étonnant de constater à quel point une dérogation qui emporte une contradiction avec un principe si fortement ancré dans le droit français ne subit aucune critique, alors que les discriminations positives, qui ne font qu'apporter une nouvelle lecture de l'égalité sont aussi fortement rejetées. Nous pouvons citer à titre d'illustration les propos que l'on pourrait qualifier de violents<sup>521</sup>, voire outranciers, de Mme Le Pourhiet indiquant que le recours aux discriminations positives provoque « *le retour du droit des orangs-outans* <sup>522</sup> » ou encore de M. Slama invoquant « *le sentiment de scandale* » qu'il éprouve par le seul développement des débats autour des discriminations positives<sup>523</sup>. Ces auteurs se réfèrent à la toute puissance de l'égalité formelle pour rejeter ces mesures<sup>524</sup>. Le principe de l'égalité de droit ne doit subir en aucune manière une quelconque atteinte, fut-elle dans le but de parvenir à une égalité réelle. Il est alors d'autant plus surprenant, au regard de cette virulence, que l'intérêt général n'ait jamais soulevé de critique puisqu'ici l'égalité formelle est aussi atteinte, et cela sans aucun objectif d'égalité concrète. Cette justification permet d'entériner une discrimination de droit et de fait. Il apparaît d'ores et déjà que la rupture avec l'égalité formelle n'est pas la seule raison qui pousse certains juristes à exprimer leurs sentiments de manière assez extrême.

Ces excès relèvent d'une volonté de porter une réelle attention à l'égalité, mais ces propos ne sont pas complets. Si ces auteurs sont si opposés aux mesures différenciatrices et aux discriminations positives en particulier, ils devraient surtout s'attacher à l'application

---

<sup>519</sup> Pour une étude complète sur ce point : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 411, 2004.

<sup>520</sup> M. Behar-Touchais, *Existe-t-il un droit privé des minorités ?*, in « Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert », *Economica*, 2004, p. 205.

<sup>521</sup> Cette violence a été mise en avant notamment par E. Keslassy dans une réponse à un entretien donnée par A-M. Le Pourhiet pour l'observatoire du communautarisme: E. Keslassy, *Réponse à A-M. Le Pourhiet*, 19.11.2005, Observatoire du communautarisme, <http://www.communautarisme.net>.

<sup>522</sup> A-M. Le Pourhiet, *La discrimination positive marque "le retour du droit des orangs-outans"*, 10.10.2005, Observatoire du communautarisme, <http://www.communautarisme.net>.

<sup>523</sup> A-G. Slama, *Contre la discrimination positive. La liberté insupportable*, *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 133.

<sup>524</sup> Voit notamment A-G. Slama, *L'égalité des droits*, in « République et particularisme », Dossier réalisé par J. Costa-Lascoux, *Problèmes politiques et sociaux*, n° 909, 02.2005, p. 28.

jurisprudentielle des deux dérogations car l'analyse montre une certaine instabilité qui se fait aussi bien au détriment des mesures différenciatrices que de l'intérêt général. De manière globale, c'est l'égalité dans son ensemble qui se trouve ébranlée par cette confusion.

## **B. Une confusion dans l'utilisation**

**144** - Une norme qui prévoit une différence de traitement doit, pour être validée, s'appuyer soit sur l'intérêt général, soit sur les différences de situation. Nous avons vu que la source et le champ d'application de ces deux dérogations ne peuvent normalement pas se confondre. Pourtant, la jurisprudence dessine souvent mal la frontière qui délimite les deux dérogations. La confusion est entretenue à la fois par un manque de référence explicite à l'une ou l'autre des justifications, mais aussi par leur utilisation commune dans certaines espèces.

### **1. Des traitements différents justifiés sans référence**

**145** - La notion d'intérêt général apparaît aux yeux de certains « *plus politique que juridique* <sup>525</sup> ». Cela se traduit dans les faits par une application variable qui, mise en balance avec les différences de situation, manque de clarté. La Cour de justice des Communautés européennes n'est pas toujours attentive au choix de la justification d'un traitement différent. Dans l'affaire Denkavit<sup>526</sup>, elle a été confrontée à un règlement instituant un régime d'aide destiné à favoriser l'écoulement du lait écrémé à destination de l'alimentation pour animaux. Pour ce faire, une aide supplémentaire était prévue au profit du lait écrémé liquide, au détriment du produit en poudre. Il existe une différence objective entre ces deux produits au regard de leur conservation. Le lait écrémé liquide ayant une conservation moins longue, il est logique de lui faire bénéficier d'une aide supplémentaire. La différence de situation est donc

---

<sup>525</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1999 sur l'intérêt général*, La documentation française, 2000, p. 44.

<sup>526</sup> CJCE, 14.01.1981, Denkavit Nederland BV c/ Produktschap voor Zuivel, C-35/80, rec. p. 45.



établie par rapport à l'objectif de la mesure. Pourtant, la Cour, sans passer par l'exercice de la comparaison des situations, « *estime que l'intérêt commun justifie la différence de traitement* <sup>527</sup> ». Sans contrôle de comparaison explicite, il est impossible de savoir si nous nous trouvons face à des situations équivalentes ou non, et par conséquent de savoir quelle est la justification qui a vraiment servi à la différence de traitement.

**146** - Le Conseil d'Etat peut lui aussi se montrer allusif. Ainsi, il estime qu'un décret qui prévoit un montant de primes de sujétions spéciales pénitentiaires différent en fonction du statut des directeurs ne contrevient pas au principe d'égalité. Après avoir rappelé la règle classique selon laquelle il n'est possible de déroger au jeu du traitement identique que dans l'hypothèse d'une différence de situation ou dans un but d'intérêt général, le Conseil d'Etat justifie la différence de traitement sans faire référence de manière explicite à l'une des deux dérogations qu'il a lui-même citées : « *en prévoyant le versement aux directeurs de deuxième classe, qui se voient confier des missions plus directement liées à l'encadrement des détenus, d'une prime fixée en pourcentage du traitement brut, à un taux supérieur à celui prévu pour les directeurs de première classe et pour les directeurs hors classe, l'auteur du décret attaqué, qui a instauré une différence de traitement en rapport avec l'objet de la réglementation dont s'agit, n'a pas méconnu le principe d'égalité* <sup>528</sup> ». L'argumentation semble mettre en avant une différence de situation, mais ces arguments pourraient tout aussi bien être avancés pour la recherche d'un intérêt général. Il est difficile de déterminer quelle justification a réellement utilisé le Conseil d'Etat en l'espèce. Il semble cependant qu'il ait opté pour l'une ou pour l'autre. Cela n'est pas toujours le cas.

## **2. Une application conjointe**

**147** - Intérêt général et traitement différent des situations différentes se rejoignent au moins sur un point, celui de la justice sociale. Traiter différemment des situations qui sont inégales est assurément une forme de justice sociale <sup>529</sup>. De son côté, l'intérêt général peut être

---

<sup>527</sup>R. Hernu, *Op. cit.*, § 409.

<sup>528</sup> CE, 27.07.2001, Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière – Direction, n° 215538, rec. p. 813.

<sup>529</sup> Sur ce point : J. Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, 1997.

considéré comme « *une conciliation entre l'intérêt commun, immanent aux particuliers, et l'intérêt public, transcendant ces mêmes intérêts* <sup>530</sup> ». Il « *exprime l'idée que la collectivité a des exigences qui dépassent les intérêts des groupes et des individus qui la composent et se traduisent par des mesures qui peuvent froisser ces intérêts* <sup>531</sup> ». Par l'intervention du législateur, il devient alors plus qu'une simple justification d'une atteinte à l'égalité, « *il exprime le modèle de justice sociale que le politique entend réaliser juridiquement au moyen de l'acte contesté* <sup>532</sup> ». La logique à laquelle obéissent ces deux dérogations pour parvenir à la justice sociale est opposée. Les traitements différents des situations différentes, et spécialement les discriminations positives, font en sorte qu'une situation minoritaire ne soit pas juridiquement prise en compte au nom de l'égalité formelle. Au contraire, la justification par la recherche de l'intérêt général concrétise un intérêt collectif qui dépasse la somme des intérêts individuels <sup>533</sup>. Il paraît difficile de concilier en pratique ces deux dérogations. Toutefois, il est possible de trouver des cas où intérêt général et situations différentes se trouvent mêlés. Ces relations entretenues entre les deux dérogations sont plus ou moins cohérentes au regard du principe d'égalité. Parfois, l'intérêt général peut servir à expliquer des différences de situation, mais il peut aussi se confondre avec elles de situation de par une argumentation parfois flottante des juridictions.

#### **a. L'intérêt général qui crée des différences de situation**

**148** - Dans un arrêt de 2004 <sup>534</sup>, le Conseil d'Etat, à propos du classement des sites dont la préservation s'avère nécessaire, prend en compte l'intérêt général afin de placer les sites dans la catégorie de ceux qui doivent être sauvegardés : « *Aux termes de l'article L 341-1 du Code de l'environnement, peuvent faire l'objet d'un classement les sites dont la conservation ou la préservation présente, au point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, un intérêt général ; qu'il ressort des pièces du dossier que le site de la Vallée de l'Ysieux et de la Thève, tel qu'il est délimité par le décret attaqué et les plans qui lui sont*

---

<sup>530</sup> F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986, p. 7.

<sup>531</sup> D. Truchet, cité par B. Stirn, *Intérêt*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 837.

<sup>532</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 46.

<sup>533</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 409.

<sup>534</sup> CE, 05.04.2004, Chambre interdépartementale d'agriculture de l'Ile de France, n° 247645, Inédit au Recueil.

*annexés, présente, au point de vue pittoresque, et compte tenu en outre de l'intérêt qui s'attache à la préservation des paysages naturels qui subsistent à proximité de l'agglomération parisienne, un intérêt général de nature à justifier son classement au titre des articles L 341-1 et suivants du Code de l'environnement* ». C'est l'intérêt général qui justifie le classement dans une catégorie préexistante. Une autre espèce est encore plus explicite. Un décret concernant l'exercice d'une activité libérale par les praticiens hospitaliers à temps plein, dans les établissements publics de santé, était contesté car il instituait une distinction entre certains praticiens. Le Conseil d'Etat estime ce traitement différent justifié. En effet, « *les praticiens qui exercent une activité d'intérêt général étant dans une situation différente de celle des autres praticiens, les auteurs du décret attaqué pouvaient fixer des règles spécifiques en ce qui concerne la possibilité de cumuler cette activité avec l'activité libérale* <sup>535</sup> ». La relation entre l'intérêt général et la différence entre les situations apparaît ici très nettement. L'intérêt général sert à la définition de catégories différentes qui déterminent des situations différentes. L'intérêt général est ici un critère de distinction qui amène à la constatation de situations différentes. Il n'est plus utilisé en tant que dérogation, mais en tant que critère légitime de distinction entre des situations. Ce cas est singulier puisque nous ne nous trouvons pas face à l'affrontement de deux dérogations, mais en présence d'une dérogation - la différence de situation - servie par un critère légitime qu'est l'intérêt général. Des différences de traitement « *peuvent être introduites pour des motifs d'intérêt général* <sup>536</sup> ». Ainsi, pour qu'un conservatoire municipal, dont l'existence est d'intérêt général, « *puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction de leurs possibilités financières* », le Conseil d'Etat admet qu'il existe des différences de situation qui permettent une modulation des tarifs <sup>537</sup>.

**149** - Aussi spécifique que soit cette hypothèse de rencontre entre intérêt général et différences de situation, elle ne porte pas atteinte au mécanisme de l'égalité. Au contraire, il s'agit de la forme la plus avancée de justification d'atteinte à l'égalité formelle : deux justifications viennent se superposer afin de déroger au jeu classique de l'égalité. Néanmoins, le fait de trouver l'intérêt général et les différences de situation ainsi mêlés peut provoquer une certaine difficulté de lisibilité de l'égalité. Ce n'est vraiment que lorsque les deux

---

<sup>535</sup> CE, 03.02.2003, Syndicat de défense pour l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, n° 235066, rec. p. 618.

<sup>536</sup> B. Stirn, *Loc. Cit.*

<sup>537</sup> CE, 29.12.1997, Commune de Gennevilliers, n° 147425, rec. p. 499. Nous soulignons ici, contrairement à ce qu'affirme M. Stirn, qu'il ne s'agit pas ici de mesures de discriminations positives. Toute mesure différenciatrice n'est pas une discrimination positive : cf infra § 157 et s..

dérogations sont confondues sans raison apparente que la situation devient réellement confuse.

### **b. L'absence critiquable de distinction entre les deux dérogations**

**150** - La réglementation en matière de chasse offre un exemple lumineux d'une certaine confusion dans l'utilisation de l'intérêt général et des différences de situation. Des distinctions peuvent être faites dans ce domaine suivant le territoire. Généralement, ces différences sont fonction de la nécessité de protection de certaines espèces animales. On voit ici apparaître la notion d'intérêt général, d'autant plus que nous sommes dans une matière privilégiée pour cette dérogation. Cependant, le Conseil d'Etat, ne se satisfaisant pas de cette seule justification, peut également se référer aux différences de situation, et cela dans la même espèce. Ainsi, dans un arrêt de 2001<sup>538</sup>, il estime de manière classique que « *la protection des oiseaux d'eau présents dans les zones de grande nidification durant leur période de reproduction et de dépendance répond à l'objectif d'intérêt général* ». Cependant, il est ajouté qu'« *au surplus, au regard de cet objectif, les chasseurs de ces zones ne sont pas placés dans la même situation que les chasseurs du reste du territoire* ». Les deux dérogations sont ici appliquées de manière cumulative. L'objectif d'intérêt général poursuivi entraîne la création d'une différence de situation, laquelle justifie une différence de traitement. L'intérêt général est utilisé ici dans son acception complète et non plus comme un critère objectif de différence de situation. Le Conseil d'Etat se contente normalement de l'une ou l'autre des dérogations<sup>539</sup>, ce qui est logique au regard de leur caractère alternatif. Pour que la différence de traitement soit admise, il faut qu'elle rentre dans le champ d'application de l'intérêt général ou des différences de situation<sup>540</sup>.

---

<sup>538</sup> CE, 09.05.2001, Syndicat départemental de la propriété agricole, n° 224982, Inédit au Recueil.

<sup>539</sup> CE, 16.02.2004, Confédération générale du travail, n° 263181, rec. p. 74 ; CE, 10.12.2003, Syndicat solidaires – unitaires – démocratique – sud douanes, n° 219093, Inédit au Recueil ; CE, 03.10.2003, Groupement des agriculteurs biologistes et bio dynamistes du Maine-et-Loire, n° 253696, rec. p. 631 ; CE, 29.09.2003, TF1, n° 243654, Inédit au Recueil Lebon ; CE, 23.07.2003, M. X., n° 253767, Inédit au Recueil Lebon ; CE, 26.06.2003, Mme X., n° 240898 ; CE, 02.04.2003, M. X., n° 225728.

<sup>540</sup> C'est ainsi qu'à propos de la différence de taxation sur une même œuvre en fonction de son utilisation le Conseil d'Etat estime que « *cette différence de taxation liée aux conditions d'exploitation d'une même œuvre dont la création est le fruit de la seule initiative privée n'est pas justifiée par une différence de situation pertinente au regard de l'objet du décret, qui ne peut résulter de la circonstance, invoquée par le ministre de la*

**151** - La Cour de cassation offre aussi des exemples similaires de confusion. Elle accepte généralement les traitements dérogatoires en matière de stationnement dans les zones urbaines<sup>541</sup> ou la création de zones de livraison<sup>542</sup> en raison d'un objectif d'intérêt général. A l'inverse, c'est la différence de situation qui pousse la Haute juridiction à justifier les règles de stationnement qui font la différence entre les riverains qui disposent d'un local professionnel et ceux qui disposent d'un logement<sup>543</sup>. Les deux aspects sont parfois conjointement évoqués par la Cour de cassation. Elle considère ainsi que « *la réglementation méconnue par le prévenu, conçue pour limiter les encombrements de la circulation urbaine, est conforme à l'intérêt général, et qu'il existe entre les résidents du centre et les autres usagers une différence de situation de nature à justifier que les tarifs de stationnement réduits leur soient offerts sur certaines voies*<sup>544</sup> ». La coexistence est ici plus frappante que dans la jurisprudence du Conseil d'Etat car on voit nettement que les deux dérogations sont utilisées sans que l'une serve à la qualification de l'autre.

**152** - Dans ces exemples jurisprudentiels, les dérogations ne sont plus alternatives, mais cumulatives. On pourrait penser de prime abord que, comme toute exception qui demande des conditions cumulatives, cela sert le principe, de l'égalité formelle. Cependant, au regard des divergences entre ces deux dérogations concernant aussi bien leur source, leur champ d'application, ou leurs effets, cela ne bénéficie aucunement à l'égalité. Confondre ainsi l'intérêt général et les différences de situation rend le principe d'égalité difficile à cerner et incohérent. Ces flottements sont dommageables pour la protection d'une notion centrale d'une démocratie. L'égalité formelle est plus particulièrement touchée car admettre les différences de situation concomitamment à l'intérêt général fait entrer l'égalité réelle dans une justification qui concerne l'égalité formelle. Mêler intérêt général et différences de situation a l'effet paradoxal de faire en sorte qu'il soit dérogé directement à l'égalité formelle - et non

---

*culture et de la communication, que les producteurs et les exploitants de lieux de représentation publique rattachés à une collectivité publique ou subventionnés par celle-ci sont soumis, du fait de ces rattachement ou subvention à des sujétions particulières ; qu'une telle discrimination n'est pas non plus rendue nécessaire par des considérations d'intérêt général en rapport avec l'objectif poursuivi par le décret ; qu'elle méconnaît, par suite, le principe de l'égalité devant les charges publiques* ». CE, 30.12.2002, Syndicat national des entrepreneurs de spectacles, n° 218242, rec. p. 493.

<sup>541</sup> Cass. Crim, 08.03.2000, n° 99-85209, Inédit ; Cass. Crim, 01.06.1999, n° 98-85464, Inédit titré ; Cass. Crim, 25.02.1997, n° 96-82588, Inédit titré ; Cass. Crim, 25.02.1997, n° 96-82589, Inédit ; Cass. Crim, 25.02.1997, n° 96-82590, Inédit ; Cass. Crim, 27.11.1991, n° 91-82487, Bull. Crim. 1991, n° 442, p. 1126.

<sup>542</sup> Cass. Crim, 11.03.1998, n° 97-82107, Inédit.

<sup>543</sup> Cass. Crim, 14.03.2000, n° 99-85178, Inédit.

<sup>544</sup> Cass. Crim., 08.03.2000, n° 99-85209, Inédit ; Cass. Crim., 01.06.2000, n° 98-85464.

plus seulement de constater son inapplicabilité parce que les situations sont différentes - au nom d'une préoccupation qui concerne l'égalité réelle.

## *Conclusion du Chapitre II*

**153** - Le traitement identique des situations identiques, en tant que socle du principe d'égalité, devrait faire l'objet d'une attention particulière de tous afin qu'il soit respecté. Cela induit logiquement une limitation très forte des dérogations. Pourtant, les possibilités de traitements différents ne sont pas définies de manière spécialement stricte. Les discriminations qui ne sont pas justifiées ne sont que rarement spécifiées en tant que discriminations négatives, ce qui est pourtant nécessaire avec l'entrée des discriminations positives dans le champ juridique. De même, l'atteinte au traitement identique que constitue la recherche de l'intérêt général ne fait pas l'objet d'un véritable effort de caractérisation en pratique. Ce manque de netteté ne peut être que regrettable, car néfaste pour le principe d'égalité qui reste primordial dans une société démocratique<sup>545</sup>. Il est remarquable que les détracteurs des discriminations positives qui leur reprochent de préférer l'égalité réelle à l'égalité formelle et de créer pour ce faire des différenciations<sup>546</sup>, ne se penchent pas plus sur les conditions actuelles d'application de l'égalité formelle. Cette dernière n'est pas malmenée en premier lieu par les discriminations positives, mais par une application nébuleuse qui fait aussi bien souffrir l'égalité formelle que l'égalité dans son ensemble.

---

<sup>545</sup> Ce constat s'adresse aussi bien au principe considéré au niveau général qu'à ses applications dans certains domaines plus particuliers comme l'égalité homme-femme par exemple. Sur le caractère fondamental de ce dernier : Recommandation, 30.04.2002, 2002(5), Comité des Ministres des Etats-membres, La protection des femmes contre la violence. Sur le caractère fondamental du principe d'égalité de traitement dans son ensemble : CJCE, 19.06.2003, Pasquini, C-34/02, point 70.

<sup>546</sup> Sur ce mécanisme de différenciation : E. Keslassy, *De la discrimination positive*, Bréal, 2004, p. 10.

## *Conclusion du Titre Premier*

**154** - Le résultat de la comparaison qui aboutit à considérer les situations comme équivalentes aurait dû être l'occasion de montrer la toute-puissance de l'égalité formelle, tant philosophique que pratique. La pratique est pourtant souvent malhabile à faire ressortir la force de cette égalité formelle. L'application du traitement identique des situations équivalentes demande des compromis qui sont tels qu'ils contreviennent aussi bien à l'égalité réelle qu'à l'égalité formelle. La dérogation qu'est l'intérêt général n'apporte aucune précision supplémentaire car il ne bénéficie que d'une utilisation confuse. Pire, cela a pour conséquence de faire entrer l'égalité réelle dans la seule justification possible à l'égalité formelle. L'absence d'une volonté nette de définir les notions qui se logent au sein de l'égalité est alimentée le plus souvent par une terminologie confuse et fluctuante. Le constat est paradoxal au regard des discriminations positives dont la locution fait l'objet de nombreuses railleries<sup>547</sup>. L'égalité, « *idée-force de notre vie juridique et politique* »<sup>548</sup> demande une caractérisation plus poussée qu'elle n'est actuellement. Les discriminations positives, en amenant de nouvelles questions relatives à l'égalité, nous montrent que ce tiers de la devise républicaine manque cruellement de cadres véritablement établis. C'est aussi finalement l'occasion de renforcer l'égalité formelle et la règle de traitement identique des situations équivalentes. En effet, les discriminations positives nécessitent une étude globale du principe d'égalité et nourrissent une réflexion intense sur une application claire et protectrice des valeurs qui accompagnent l'égalité.

---

<sup>547</sup> Sur les problèmes posés par le choix d'une telle terminologie : P. Noblet, « *Affirmative action* » aux Etats-Unis et *discrimination positive en France*, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 462 ; *Personnes handicapées : analyse comparative et prospective du système de prise en charge*, [http://www.sante.gouv.fr/htm/actu/handicapes/1\\_5.htm](http://www.sante.gouv.fr/htm/actu/handicapes/1_5.htm).

<sup>548</sup> R. Pelloux, *Les nouveaux discours sur l'inégalité*, RDP, 1982, p. 909.



## Titre second

### Les situations différentes dues à un préjugé retenues dans le champ des discriminations positives

155 – Dès lors que les situations apparaissent équivalentes grâce à la comparaison, les discriminations positives n'entrent pas en jeu. Il faut donc se concentrer sur le constat de situations différentes afin de délimiter la notion de discriminations positives. Or, « *le traitement différent de situations différentes est le pendant du traitement identique des situations semblables*<sup>549</sup> ». Les discriminations positives feraient donc partie des mesures qui répondent au constat de situations différentes par une différence juridique de traitement. La définition des discriminations positives se fait l'écho de cette question plus générale soulevée par une égalité aux contours plus matériels. Elles représentent « *le revers positif de la discrimination de facto ou indirecte, qui résulte de l'application d'un traitement uniforme à des situations essentiellement distinctes*<sup>550</sup> ». Les mesures différenciatrices sont le symbole d'une égalité volontariste qui correspond à une « *dynamique positive*<sup>551</sup> ». Elles constituent un « *rachat de la discrimination*<sup>552</sup> » puisqu'elles introduisent un traitement juridique différent

---

<sup>549</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 10.

<sup>550</sup> O. de Schutter, *Le droit au mode de vie tzigane devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1997, p. 47.

<sup>551</sup> A. Rouyère, *Réflexions sur la sanction juridictionnelle du principe d'égalité (De la règle de non-discrimination au droit à la différence en passant par l'exigence d'égalité réelle...)*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 233. Certains auteurs parlent aussi d' « *attitude positive* » : J. Robert, *La liberté religieuse*, RIDC, n° 2, 1994, p. 629.

<sup>552</sup> P. Rodière, *Droit social de l'Union Européenne*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2002, n° 267.

justifié<sup>553</sup>. Les discriminations positives font partie de cette nouvelle orientation parce qu'elles créent des catégories destinées à recevoir un traitement différent en fonction du résultat du contrôle de comparaison. La plupart des réflexions portées sur les discriminations positives s'arrêtent au mécanisme apparent de ces dernières, celui de la différenciation juridique. Cependant, toutes les mesures différenciatrices ne sont pas des discriminations positives<sup>554</sup>. Penser à la seule mécanique de ces mesures n'est toutefois pas satisfaisant. En effet, sans définition précise de la notion des discriminations positives, il est impossible de les mettre en place ou de refuser leur mise en œuvre.

**156** - « *La question de la différence de situation, sur laquelle se fonde la différence de traitement juridique, est désormais le pivot autour duquel s'établit le discours sur l'égalité et sur l'inégalité*<sup>555</sup> ». La réflexion doit se porter sur le critère qui permet de différencier les discriminations positives des autres mesures créant des différences de traitement. Si la réponse ne peut être trouvée dans leur forme, c'est donc leur source qui peut expliquer leur spécificité. La différence de situation provient d'un facteur exogène à la personne qui est victime d'un déséquilibre égalitaire. Les discriminations positives sont « *un aveu nécessaire* », celui que « *nous ne vivons pas dans un monde parfait, dans lequel le libre jeu des acteurs sociaux ne favorise aucun groupe particulier au détriment d'un autre pour des raisons indépendantes de leurs "mérites" d'individus* »<sup>556</sup>. Le mérite de chacun peut être enfermé dans un jugement de valeur qui ne fait qu'enfermer l'individu derrière un voile élimant les contours de son individualité. Par une attitude dénuée de neutralité, les acteurs sociaux viennent contredire une égalité définie de manière abstraite. Le besoin en discrimination positive correspond alors aux conséquences de préjugés qui ôtent toute possibilité à des personnes possédant une différence particulière de pouvoir jouir d'une réelle égalité. La notion de préjugé est alors la quintessence des discriminations positives qui doivent en conséquence être définies par son intermédiaire. Mettre le préjugé au centre du

---

<sup>553</sup> Sur cette idée : M-A. Moreau, *La justification des discriminations*, DS, 2002, p. 112.

<sup>554</sup> M. Walzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 1997, p. 337. Pour un avis contraire : B. Jorion, *Egalité et non-discrimination en droit public français*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 141. Il est à noter que l'auteur affirme que la définition généralement faite des discriminations positives n'est pas recevable ; pour autant, il ne donne aucune définition personnelle de ces dernières faisant une simple référence aux politiques de quotas. Or, cette forme d'action ne constitue pas l'intégralité des mesures de discriminations positives, beaucoup plus vastes et hétéroclites que la mise en place de chiffres ou de pourcentages à respecter.

<sup>555</sup> G. Koubi, G.J. Guglielmi, « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », La découverte, Coll. Recherches, 2000, Introduction, p. 9.

<sup>556</sup> O. de Schutter, *Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347.

raisonnement est indispensable pour découvrir la réelle nature des discriminations positives. La première des conséquences directes est de placer le droit privé au cœur de ces mesures. La présence de préjugé intéresse avant tout une relation interindividuelle qui fait apparaître un rapport de force entre les acteurs en présence.

Il convient donc d'examiner le préjugé en tant qu'élément de définition des discriminations positives, ce qui sera l'objet du premier chapitre, pour ensuite étudier cette notion en tant que facteur de privatisation des discriminations positives, ce qui relèvera du second chapitre.



# Chapitre I

## Le préjugé, critère de la différence de situation

**157** - La différence de traitement des situations différentes apparaît alors comme la suite nécessaire du traitement identique de situations identiques<sup>557</sup>. Il serait même possible d'aller jusqu'à qualifier cette règle de « *règle d'or de la justice*<sup>558</sup> ». L'apport des discriminations positives est de ce point de vue assez conséquent puisqu'elles réagissent face à l'existence de préjugés portés sur certaines personnes qui détruisent la relation égalitaire<sup>559</sup>. Le constat de préjugés ne peut à lui seul mettre en œuvre les mesures différenciatrices. « *L'appréhension du concept d'égalité s'accompagne, désormais du constat pragmatique des inégalités*<sup>560</sup> ». Pour que les préjugés puissent être la source des discriminations positives, il faut donc que leurs conséquences soient palpables au sein de l'égalité. Autrement dit, pour que les préjugés puissent être la source des discriminations positives, leur conséquences doivent se traduire par un résultat de situations différentes lors de la comparaison entre la situation des personnes victimes de préjugés et celle des personnes qui ne le sont pas. Les situations doivent être différentes par la faute des conséquences négatives des préjugés.

Il faut tout d'abord déterminer l'existence d'un préjugé (Section I.), pour ensuite savoir s'il influe sur la création d'une différence de situation spécifique (Section II.).

---

<sup>557</sup> Voir les travaux de Kelsen. Sur ce point : F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997.

<sup>558</sup> N. Bobbio, *Droite et gauche (Essai sur une distinction politique)*, Seuil, 1996, p. 130.

<sup>559</sup> Notamment envers les personnes étrangères : O. de Schutter, *Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347.

<sup>560</sup> G. Koubi, G.J. Guglielmi, *L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives*, La découverte, Coll. Recherches, 2000, Introduction, p. 8.

## Section I. L'exigence d'un préjugé

**158** - Le préjugé est une « *opinion préconçue souvent imposée par le milieu, l'époque, l'éducation* <sup>561</sup> ». En matière d'égalité, ce parti pris va se concrétiser par une discrimination persistante à l'égard de personnes ayant une caractéristique perçue avec défaveur par l'ensemble de la société. Cette caractéristique est propre à un ensemble de personnes et c'est elle qui est la source du préjugé discriminatoire. Sous un « *prétexte apparemment objectif* <sup>562</sup> » la personne est rejetée sur la simple présence d'une différence objective initiale sans rapport avec ses compétences et aptitudes réelles. La personne sera jugée négativement à cause de la présence de cette caractéristique et non en fonction d'elle-même. Le préjugé consiste alors à transformer cette différence en moteur d'appréciation globale de la personne, sans prendre en considération les autres éléments constitutifs de cette même personne. La différence initiale est objective parce qu'elle existe de manière naturelle. La différence de traitement qui s'ensuit n'est que très rarement remise en cause - tout au moins quant à son fondement, car sa nécessité ne fait aucun doute -. Il ne s'agit pas ici d'effacer une inégalité de fait entre dominants et dominés ou désavantagés<sup>563</sup>, mais simplement de mettre sur un plan d'égalité deux ensembles d'individus qui ont des besoins identiques ou différents et cela sans hiérarchie. Dans ces deux postulats, la caractéristique qui est propre à ces groupes ne va pas être entendue pleinement et va entraîner l'existence de préjugés qui vont enlever tout espoir de réalisation d'une égalité réelle. Le préjugé représente la transformation d'une différence objective initiale en différence dans le contrôle de comparaison dont l'existence est due à des préjugés. L'action de la discrimination positive peut se concentrer sur une relation directe entre la caractéristique de la personne (§1.) ou sur une relation indirecte qui passe par la situation économique et sociale des victimes de discrimination (§2.).

---

<sup>561</sup> *Préjugé*, Le Petit Robert.

<sup>562</sup> F. Chabas, *Rapport de synthèse*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 1.

<sup>563</sup> J. Bidet, *Egalité des chances et principe de différence. Une réinterprétation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 51.

## **§1. La considération directe d'une caractéristique**

**159** - Tous les êtres humains ont une ou plusieurs caractéristiques qui les différencient de la majorité. Elles peuvent être neutres, c'est-à-dire ne pas créer un déséquilibre égalitaire, ou porter en elles une inégalité. Dans chaque hypothèse, cette différence est objective : elle se constate objectivement et doit faire l'objet d'un traitement juridique adéquat afin de tenir compte de cette caractéristique. Par exemple, les femmes ont des besoins particuliers qui peuvent être pris en compte par le droit afin qu'elles ne soient pas discriminées. La différence entre les hommes et les femmes se constate objectivement. Il peut malheureusement arriver que ces différences objectives et naturelles donnent naissance à des situations d'exclusion, de rejet, ou plus largement, de discrimination envers les personnes possédant cette caractéristique particulière. Le préjugé qui donne lieu à cette nouvelle situation a toujours un fondement, et quel autre fondement peut-il trouver que celui de la caractéristique qui différencie la personne ? Pour qu'il y ait préjugé, il faut toujours une caractéristique particulière. Ce besoin technique est démontré par les cas effectifs de discrimination positive. Il peut donner lieu également à une analyse prospective au regard des grandes différences et inégalités objectives qui font déjà l'objet d'un traitement spécifique par le droit. La source du préjugé peut être soit une différence objective (A.), soit une inégalité objective (B.).

### **A. La création du rapport inégalitaire par le préjugé**

**160** - Certaines caractéristiques sont *a priori* neutres sur la relation égalitaire, car elles ne sont que de simples différences sans que l'on puisse parler d'inégalité. Pourtant, il est possible de constater parfois une inégalité. Dans ce cas, ce ne peut être que les conséquences d'un préjugé venant se greffer sur la différence neutre qui peut expliquer cette inégalité. L'exemple des hommes et des femmes vient rapidement à l'esprit, mais les éléments de la vie privée peuvent eux aussi servir l'illustration au rôle créateur d'inégalité du préjugé.

## 1. Les différences entre les hommes et les femmes

**161** - La glorification de la nature féminine par certains auteurs comme Rousseau<sup>564</sup> n'a souvent conduit qu'à leur assujettissement. « *Ce qu'on appelle aujourd'hui la nature de la femme est un produit éminemment artificiel*<sup>565</sup> ». Malgré ce constat, il reste des différences objectives qui amènent à un traitement différent selon le sexe de la personne concernée. La différence des sexes est une construction due à une différence physiologique. Les femmes possèdent deux caractéristiques qui les différencient fondamentalement des hommes : la maternité et les différences en termes de force physique. Ces deux éléments peuvent ou doivent être pris en compte sans que cela ne doive mener à une discrimination envers les femmes.

**162** - Le mot "femme" vient du latin et signifie "qui allaite"<sup>566</sup>. La femme est donc celle qui enfante<sup>567</sup>. Par cette spécificité biologique, les femmes ne forment pas seulement la moitié de l'humanité, mais aussi un groupe d'intérêt particulier. Il est possible de croire au premier abord que ces besoins qui leur sont propres donnent naissance à des discriminations positives. Beaucoup d'auteurs considèrent ainsi que « *sont des discriminations positives et légitimes, celles qui sont fondées sur la fonction génitrice de la femme : règles protectrices de la femme enceinte ou de la maternité*<sup>568</sup> ». Il faut cependant se ranger à l'opinion inverse selon laquelle les discriminations positives ne cherchent pas à compenser un « *désavantage naturel* » tel que la maternité<sup>569</sup>. Le droit communautaire vient clairement donner vie à cette position, car il distingue nettement la protection de la maternité et les autres hypothèses de règles protectrices des femmes nécessitées par les obstacles de fait qu'elles rencontrent. La directive de 1976 sur

---

<sup>564</sup> Sur ce point : D. Youf, *Mari et femme : l'évolution des places de l'homme et de la femme dans la pensée occidentale*, RRJ, 2004, p. 1467.

<sup>565</sup> J. S. Mill, *De l'assujettissement des femmes*, Trad. française M-E. Cazelles, Avatar, Paris, 1992, p. 45.

<sup>566</sup> E. Dhonte-Isnard, *Essai d'une approche transversale de la distinction homme/femme*, RRJ, 2004, p. 1480.

<sup>567</sup> Il est à remarquer qu'aucun système juridique n'a jamais défini le contenu des mots "homme" et "femme" se contentant d'une distinction entre les sexes fondée sur une donnée naturelle immuable : *Ibid.*

<sup>568</sup> J. Amiel-Donat, *Egalité des sexes*, Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 589. Voir aussi : M. Darmon, J-G. Huglo, *L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes : un univers en expansion*, RTDE, n°, 1992, p. 1.

<sup>569</sup> B. Renaud, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425.



l'égalité entre les hommes et les femmes<sup>570</sup> prévoit dans son article 2 paragraphe 3 que « *la présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité* »<sup>571</sup>, tandis que le paragraphe suivant indique que « *la présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 1*<sup>572</sup> ». Si les deux types de mesures sont ainsi distingués c'est qu'ils ne réagissent pas aux mêmes situations. Le premier cas se rencontre lorsqu'une salariée est enceinte ou qu'elle vient d'accoucher. La distinction de traitement juridique n'existe qu'à partir de ce moment et s'éteint lorsque les liens particuliers existant entre la mère et l'enfant n'apparaissent plus comme justification à un traitement particulier. D'ailleurs, la Cour de justice des Communautés européennes semble se montrer particulièrement sévère quant à la durée de ces mesures protectrices<sup>573</sup>. La différence entre les sexes n'apparaît qu'à la grossesse de la salariée, et encore à un certain stade de la grossesse, puis disparaît après l'accouchement. Il ne faut pas que la mesure protectrice envers les femmes soit trop forte et devienne un obstacle au développement de leur activité salariée. A l'inverse, la femme ne doit subir aucun traitement défavorable en raison de son état. Une femme en congé de maternité doit avoir les mêmes droits que les autres salariés, notamment en ce qui concerne les conditions d'accès à la carrière de fonctionnaire après un concours de recrutement<sup>574</sup>. C'est la situation personnelle de la salariée qui est prise en compte à un moment donné, situation qui ne peut exister que par la spécificité biologique de la femme. La maternité devient alors un élément à prendre en considération à l'intérieur du principe d'égalité afin de déterminer l'existence d'une discrimination<sup>575</sup>. Le droit français prévoit aussi cette protection de manière très encadrée, mais assez large pour tenir compte de tous les aspects de la maternité. Sont pris

---

<sup>570</sup> Directive, 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>571</sup> Pour une vue d'ensemble sur la protection de la maternité au niveau communautaire : A. Masselot, K. Berthou, *La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non-discrimination – vers une clarification ?*, CDE, 2000, n°5-6, p. 637.

<sup>572</sup> Les domaines concernés sont, selon la directive, « *l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle ainsi que les conditions de travail et, dans les conditions prévues au paragraphe 2, la sécurité sociale* ».

<sup>573</sup> J-P. Marguénaud et J. Mouly, obs. sur l'arrêt CEDH, 27.03.1998, Petrovic c/ Autriche, D. 1999, Jur., p. 141.

<sup>574</sup> CJCE, 16.02.2006, Sarkatzis Herrero, C-294/04.

<sup>575</sup> Sur ce point : P. Icard, *La maternité élément signifiant de la discrimination*, Commentaire sous CJCE, 18.11.2004, Sass, C-284/02, D., 2005, Jur., p. 699.

en compte la maternité elle-même<sup>576</sup>, mais aussi les suites de l'accouchement<sup>577</sup> et les problèmes de santé qui y sont liés<sup>578</sup>, ainsi que les problèmes de réintégration dans l'entreprise<sup>579</sup>. Le Code du travail tient aussi compte de l'état de santé de l'enfant afin de déterminer les droits de la mère<sup>580</sup>, ce qui est en adéquation avec ce que prévoit l'article 2 paragraphe 3 de la directive de 1976 qui cite les relations particulières entre la mère et l'enfant. C'est la condition biologique qui induit la différence de traitement, une fois qu'elle disparaît, la différence de traitement ne doit plus être faite, au risque d'être discriminatoire envers les hommes<sup>581</sup>. Au contraire, toutes les situations visées par le paragraphe 4 de l'article 2 de la directive de 1976 ne servent qu'à protéger les femmes au nom de leur appartenance au sexe féminin et non plus seulement en tant que mères ou futures mères. La mesure ne s'applique pas en fonction de l'analyse de la situation particulière d'une femme, mais s'attache à pouvoir être appliquée dès lors qu'une femme se trouve sur le marché du travail, indépendamment de sa situation personnelle.

**163** - Les femmes font l'objet d'une protection du même ordre lorsqu'il s'agit de leur force physique. Normalement, un employeur ne peut pas écarter de la procédure de recrutement une femme à cause de sa seule appartenance à ce sexe. L'article L. 123-1 du

---

<sup>576</sup> Art. L. 122-26 Code du travail : « *La salariée a le droit de suspendre le contrat de travail pendant une période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci. Lorsque des naissances multiples sont prévues, cette période commence douze semaines avant la date présumée de l'accouchement, vingt-quatre semaines en cas de naissance de plus de deux enfants et se termine vingt-deux semaines après la date de l'accouchement* ».

<sup>577</sup> Le chapitre 4 du titre 2 du livre 2 du Code du travail est entièrement consacré au repos des femmes en couches et des femmes allaitant leurs enfants.

<sup>578</sup> Art. L. 122-26 Code du travail : « *Quand l'accouchement a lieu avant la date présumée, la période de suspension du contrat de travail pourra être prolongée jusqu'au terme des seize, des vingt-six, des trente-quatre ou des quarante-six semaines de suspension du contrat auxquelles la salariée peut avoir droit.*

*Si un état pathologique attesté par un certificat médical comme résultant de la grossesse ou des couches le rend nécessaire, la période de suspension du contrat prévue aux alinéas précédents est augmentée de la durée de cet état pathologique dans la limite de deux semaines avant la date présumée de l'accouchement et de quatre semaines après la date de celui-ci* ».

<sup>579</sup> Art. L. 122-25-1-2 Code du travail : « *Lorsque la salariée en état de grossesse médicalement constaté ou ayant accouché, durant une période n'excédant pas un mois après son retour de congé postnatal au titre des répercussions sur sa santé ou sur l'allaitement qu'elle pratique, occupe un poste de travail l'exposant à des risques déterminés par décret en Conseil d'Etat, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi compatible avec son état, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude de la salariée à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que l'aménagement de son poste de travail ou l'affectation temporaires dans un autre poste de travail. Cet aménagement ou cette affectation temporaires ne doivent entraîner aucune diminution de la rémunération* ».

<sup>580</sup> Art. L. 122-26 Code du travail : « *Lorsque l'enfant est resté hospitalisé jusqu'à l'expiration de la sixième semaine suivant l'accouchement, la salariée peut reporter à la date de la fin de l'hospitalisation tout ou partie du congé auquel elle peut encore prétendre* ».

<sup>581</sup> CJCE, 25.10.1988, Commission c/ France, C-312/86, rec. p. 6315, point. 14. Sur ce point : H. Surrel, *Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe*, RTDH, n° 57, 2004, p. 141.

Code du travail précise que « *sous réserve des dispositions particulières du présent code et sauf si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle, nul ne peut :*

- a) Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi, quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé, ou dans toute autre forme de publicité relative à une embauche, le sexe ou la situation de famille du candidat recherché ;*
- b) Refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe ou de la situation de famille ou sur la base de critères de choix différents selon le sexe ou la situation de famille ;*
- c) Prendre en considération du sexe toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation ».*

En principe, la différence de traitement n'est pas admise sauf lorsqu'est en cause une activité professionnelle qui nécessite la présence d'un salarié de l'un des deux sexes. Néanmoins, il existe certains emplois qui sont interdits aux femmes en raison des conditions de travail qui nécessitent une certaine force physique. Ces emplois concernent les travaux souterrains effectués dans les mines et les carrières<sup>582</sup>. Cette restriction pour les femmes est également évoquée dans la convention n° 45 de l'OIT, mais elle se limite seulement aux activités souterraines minières alors que le droit français l'étend aux travaux dans les carrières<sup>583</sup>. Il s'agit bien d'éviter des travaux pénibles aux femmes puisque ne sont visés que les travaux souterrains. Les postes administratifs ou de direction restent accessibles aux femmes. Il est vrai qu'en pratique, cette dérogation se rencontre peu, et de moins en moins. D'ailleurs, sur ce point, la Cour luxembourgeoise est soucieuse d'une protection équilibrée des femmes et rejette une interdiction de travailler en milieux hyperbare<sup>584</sup>. En effet, dans une affaire concernant la législation autrichienne qui admet cette limitation d'accès à l'emploi pour les femmes de la même manière que la convention n° 45 de l'OIT, la Cour décèle une discrimination non justifiée au détriment des femmes. Elle estime que la limitation prévue est trop générale. Pour la Cour, il « *n'est pas permis d'exclure les femmes d'un emploi au seul motif qu'elles sont en moyenne plus petites et moins fortes que la moyenne des hommes, tant*

---

<sup>582</sup> Article L. 711-3 Code du travail : « *L'emploi de personnel du sexe féminin est interdit dans les travaux souterrains des mines et carrières* ».

<sup>583</sup> Article 2 de la convention n° 45 de l'OIT du 21.06.1935 : « *Aucune personne de sexe féminin, quel que soit son âge, ne peut être employée aux travaux souterrains dans les mines* ».

<sup>584</sup> CJCE, 01.02.2005, Commission c/ Autriche, C-203/03.

que les hommes ayant des caractéristiques similaires sont admis à cet emploi<sup>585</sup>». Cette législation ne serait en accord avec la directive 76/207 et son paragraphe 3 qu'à la condition que cette limitation ne fasse que protéger les besoins spécifiques des femmes relativement à la maternité<sup>586</sup>. On en revient ici à la protection de la maternité, qui devient le seul exemple de protection de la femme<sup>587</sup>. L'interdiction d'employer les femmes dans des activités dangereuses ne se justifie que relativement aux risques subies par elles en fonction de la grossesse. La législation française est, de ce point de vue, contraire à cette jurisprudence, car, si elle limite les emplois interdits aux femmes, elle ne le fait pas explicitement en fonction des risques liés à la grossesse.

**164** - Il reste cependant deux cas résiduels de prise en compte de la pénibilité de la tâche. L'un est relatif à l'accès des femmes à certains postes dans l'armée. Même si depuis la fin des années 1990 le principe du recrutement est inversé<sup>588</sup>, certains postes ne leur sont pas accessibles. Antérieurement, elles ne pouvaient accéder à ces postes que par dérogation. Aujourd'hui, leur admission est la règle. Néanmoins il subsiste encore certains corps et fonctions auxquels elles ne peuvent prétendre. La promiscuité ainsi que la nécessité d'une capacité physique suffisante leur interdisent d'appartenir au corps des fusiliers-marins et d'être affectées dans les sous-marins<sup>589</sup>. Nous retrouvons dans l'armée le mécanisme général qui régit l'égalité homme-femme en matière d'emploi : les femmes disposent des mêmes droits que les hommes, sauf aménagement spécifique induit par la nature de travail en cause. L'autre cas résiduel intéresse plus spécifiquement les mineurs. En droit du travail, le principe est l'interdiction du travail rémunéré des enfants, à l'exception d'activités particulières telles que la publicité ou le cinéma qui nécessitent la présence d'enfants<sup>590</sup> - et encore de manière

---

<sup>585</sup> Point 46 de l'arrêt.

<sup>586</sup> Point 47 de l'arrêt : « l'interdiction générale figurant à l'article 2, paragraphe 1, dudit décret reste très large dans la mesure où celle-ci exclut les femmes même des travaux qui ne sont pas physiquement contraignants et qui, par conséquent, ne présentent pas un risque spécifique pour la préservation des capacités biologiques de la femme de devenir enceinte et d'accoucher, ou pour la sécurité ou la santé de la femme enceinte, accouchée ou allaitante, ou encore pour le fœtus ».

<sup>587</sup> La Cour interprète ici de manière très restrictive la directive de 1976. En effet, la question préjudicielle portait sur l'article 2§3 de cette directive qui indique que « la présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ». La grossesse et la maternité qui semblaient être des exemples parmi d'autres avec l'emploi de l'adverbe notamment, deviennent les seules exceptions justifiées au titre du paragraphe 3 de l'article 2.

<sup>588</sup> Décret, 16.02.1998, n° 98-86, Décret modifiant divers décrets portant statuts particuliers de certains corps d'officiers et de sous-officiers et officiers marinières des armées, de la gendarmerie et de la délégation générale pour l'armement, JO, 18.02.1998, p. 2556.

<sup>589</sup> A. Haquet, *L'accès des femmes aux corps de l'armée*, RFDA, 2000, p. 342.

<sup>590</sup> Article L. 211-6 Code du travail : « Les enfants de l'un ou de l'autre sexe qui n'ont pas dépassé l'âge de la fréquentation scolaire obligatoire ne peuvent, sans autorisation individuelle préalable, être, à quelque titre que ce soit, engagés ou produits, soit dans une entreprise de spectacles, sédentaire ou itinérante, soit dans une

très encadrée pour les mineurs de plus de 16 ans<sup>591</sup> -. Lorsqu'il est admis qu'un mineur peut être embauché, il est nécessaire que le travail en cause n'entraîne aucune fatigue anormale pour l'enfant. Cette analyse est faite en fonction de son âge, mais aussi de son sexe<sup>592</sup>. Le caractère pénible du travail est donc, dans ce cas, fonction du sexe du mineur. Un enfant de sexe masculin peut ainsi être légalement employé à une tâche qui sera jugée trop pénible pour une jeune fille du même âge qui ne pourra alors être recrutée. La pénibilité de la tâche en fonction du sexe du travailleur est prise en compte depuis l'âge minimum auquel on peut être employé jusqu'à la fin de la vie active, mais elle reste une exception au principe de l'égalité de traitement qui devient de plus en plus restreinte. La seule véritable exception demeure la maternité et les évènements qui y sont liés.

**165** - Dans le cadre de la protection de la grossesse, nous nous trouvons alors à « *l'orée de la technique de la discrimination positive* »<sup>593</sup>. Dans le cas de la maternité, c'est la différence biologique qui est au cœur du raisonnement alors que pour les discriminations positives, ce sont les obstacles de fait qui surviennent lorsque les femmes veulent exercer certaines activités qui sont les moteurs de la différenciation juridique. Il s'agit ici de prendre en compte « *les rapports sociaux* » entre les sexes<sup>594</sup>. Le droit communautaire, conscient de la difficulté qu'éprouvent certaines femmes à faire des carrières analogues à leurs collègues masculins recommande aux Etats membres de mettre en œuvre une législation compensatrice des « *effets préjudiciables qui, pour les femmes, dans la vie active, résultent d'attitudes, de*

---

*entreprise de cinéma, de radiophonie, de télévision ou d'enregistrements sonores. Une autorisation individuelle préalable est également exigée pour les enfants engagés ou produits par une personne physique ou morale en vue d'exercer une activité de mannequin au sens de l'article L. 763-1* ». Article R. 211-2 Code du travail : « *Toute personne désirant engager ou produire pour un spectacle ou une production déterminés, à quelque titre que ce soit, soit dans une entreprise de cinéma, de radiophonie, de télévision ou d'enregistrement sonore un enfant de l'un ou l'autre sexe n'ayant pas dépassé l'âge de seize ans doit déposer préalablement une demande d'autorisation auprès du préfet du département où se trouve le siège de l'entreprise. Lorsque le siège de l'entreprise se trouve à l'étranger ou lorsque l'entreprise n'a pas de siège fixe, la demande est déposée auprès du préfet de Paris* ».

<sup>591</sup> Article D. 211-1 Code du travail : « *L'emploi des mineurs de seize ans est autorisé uniquement pendant les périodes de vacances scolaires comportant au moins quatorze jours ouvrables ou non, sous réserve que les intéressés jouissent d'un repos continu d'une durée qui ne peut être inférieure à la moitié de la durée totale desdites vacances* » ; Article D. 211-2 Code du travail : « *La durée du travail des intéressés ne peut, en aucun cas, excéder 35 heures par semaine ni 7 heures par jour. Leur rémunération ne peut être inférieure au salaire minimum de croissance, compte tenu d'un abattement au plus égal à 20 p. 100* ». Sur cette protection : P. Hilt, *Les enfants artistes de moins de seize ans : un emploi sous haute surveillance*, AJ Famille, 4/2006, p. 136.

<sup>592</sup> Article D. 211-3 Code du travail : « *L'emploi des enfants visés aux articles précédents ne peut être autorisé que pour des travaux dont l'exécution n'entraîne, eu égard au sexe et à l'âge des intéressés, aucune fatigue anormale, tant à raison de la nature propre des tâches considérées qu'à raison des conditions particulières dans lesquelles elles doivent être accomplies. Est notamment interdit l'emploi des enfants à tous travaux répétitifs ou exécutés dans une ambiance ou à un rythme qui leur confère une pénibilité caractérisée* ».

<sup>593</sup> P. Icard, *Loc. cit.*.

<sup>594</sup> L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n° 2, 1996, p. 281.

*comportements et de structures fondés sur l'idée d'une répartition traditionnelle entre les hommes et les femmes dans la société*<sup>595</sup>». Ce sont les pratiques discriminatoires constatées qui sont ici visées<sup>596</sup>. Nous ne nous trouvons pas si éloignés de la réalité de la maternité. Les employeurs préfèrent souvent embaucher, à qualification équivalente, un homme à une femme, par peur que cette dernière n'interrompe sa carrière pour cause de grossesses, de périodes d'allaitements ou encore de tâches ménagères. Le rôle traditionnel des femmes est donc bien toujours l'élément central de la réaction de l'employeur<sup>597</sup>, les femmes continuant à avoir des « *responsabilités particulières (...) dans le ménage et à l'égard des enfants*<sup>598</sup> ». La soi-disant protection des femmes peut aussi être un obstacle à leurs choix professionnels ou autres. La pénibilité de la tâche peut se révéler être un facteur de discrimination. Ainsi, la Cour de cassation a admis qu'il était possible pour une Cour d'appel de prononcer un divorce aux torts partagés alors que la procédure avait été déclenchée par la femme au motif que le mari avait commis des fautes constituées par son « *agressivité* » à l'égard de son épouse et « *l'obligation qu'il lui faisait de se livrer à des travaux d'une pénibilité extrême pour une femme* »<sup>599</sup>. Le fâcheux revers de cette argumentation est de laisser entendre que les femmes ne sont pas physiquement aptes à exercer certaines tâches ou activités alors qu'un homme pourrait le faire. C'est une valeur dépréciative qui transparait dans cette argumentation. La pénibilité extrême de la tâche aurait dû suffire pour régler le divorce. Que la victime soit un homme ou une femme n'a aucune importance au regard de la personne qui impose ces tâches. L'arrêt cité induit que si les mêmes tâches avaient été imposées à un homme, cela n'aurait pas suffi pour obtenir les torts partagés. Or, si elles sont d'une « *pénibilité extrême* », il y a fort à parier qu'elles le soient quelle que soit la personne qui les réalise. Ce problème de pénibilité de la tâche se retrouve au sein même de la législation. Cette justification était avancée en matière d'interdiction du travail de nuit pour les femmes<sup>600</sup>. Toutes ces dérogations à l'égalité

---

<sup>595</sup> Rec. du Conseil, 84/635/CEE, 13.12.1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes.

<sup>596</sup> J. Laufer, *L'entreprise et l'égalité des chances*, Secrétariat chargé des droits des femmes, La Documentation française, 1992, p. 41.

<sup>597</sup> Voir sur les raisons d'une discrimination toujours présente : Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 5<sup>ème</sup> Recommandation, 43<sup>ème</sup> session, Supplément n° 38 (A/43/38), point 29.

<sup>598</sup> P. Rodière, *Droit social : famille et égalité de traitement*, RTDE, 1989, p. 297.

<sup>599</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 15.03.2001, n° 99-14883, Inédit.

<sup>600</sup> Certains auteurs qualifient pourtant ces mesures de discriminations positives : J-P. Marguénaud, *Requiem pour l'adage Ubi lex distinguit ? La Cour européenne des Droits de l'Homme pourfend les lois trop générales qui n'établissent pas de discrimination positive*, CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, Chr., RTDCiv., 2000, p. 434 ; Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 288 ; M. Darmon, J-G. Huglo, *L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes : un univers en expansion*, RTDE, n°, 1992, p. 1 ; J. Amiel-Donat, *Egalité des sexes*, Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D.

formelle correspondent en fait à une conception « paternaliste <sup>601</sup> » de l'égalité fondée sur la faiblesse physique de la femme et sur « l'infériorité de sa masse musculaire <sup>602</sup> ». Il est à noter que la véritable justification de cette prohibition ne correspond pas à la protection des femmes contre des risques qui leur sont propres <sup>603</sup>, mais plutôt au rôle spécifique de la femme dans la famille <sup>604</sup>. Jean Robelin écrit ainsi que « la généralisation du travail de nuit des femmes est destructrice de la famille et de l'éducation des enfants ». En choisissant l'admission du travail de nuit des femmes, « le droit a choisi la productivité sociale contre la famille et ses fonctions » <sup>605</sup>. A la suite de la condamnation de la France par la Cour de justice des Communautés européennes <sup>606</sup>, la législation française a admis le travail de nuit des femmes, et s'est orientée vers une protection de tous les travailleurs de nuit par rapport aux personnes qui travaillent de jour <sup>607</sup>. La protection a ainsi été transférée des femmes à l'ensemble des travailleurs de nuit, en passant d'une interdiction à une protection accrue dans le travail <sup>608</sup>.

**166** - C'est de la justification du traitement différent que naît une discrimination positive. Si la protection s'arrête strictement à la maternité et aux difficultés qui y sont relatives, il s'agit d'une justification objective et sans relation avec les discriminations. En revanche, lorsque cette maternité ou la différence de force physique servent de point d'ancrage à une mise en valeur négative des caractéristiques propres aux femmes et développent une discrimination en leur défaveur au sein de la société, les discriminations

---

Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 589 ; M. Behar-Touchais, *Existe-t-il un droit privé des minorités ?*, in « Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert », *Economica*, 2004, p. 205.

<sup>601</sup> M-T. Lanquetin, *De l'égalité des chances. A propos de l'arrêt Kalanke. CJCE, 17-10-1995*, DS, n° 5, 1996, p. 494.

<sup>602</sup> J. S. Mill, *De l'assujettissement des femmes*, Trad. française M-E. Cazelles, Avatar, Paris, 1992, p. 14.

<sup>603</sup> CJCE, 25.07.1991, Stoeckel, C-345/89, rec. p. I-4047 : la Cour de justice a estimé que la législation française interdisant le travail de nuit des femmes (article L. 213-1 Code du travail) n'était pas liée à des risques spécifiques encourus par les femmes si elles travaillaient de nuit. En conséquence, cette interdiction n'était pas compatible avec la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Voir sur ce point : M. Darmon, J-G. Huglo, *L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes : un univers en expansion*, RTDE, 1992, p. 1.

<sup>604</sup> M-T. Lanquetin, *Loc. cit.*.

<sup>605</sup> J. Robelin, *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, 1994, p. 67.

<sup>606</sup> CJCE, 25.07.1991, Stoeckel, C-345/89, rec. p. I-4047.

<sup>607</sup> Art. L. 213-1 Code du travail : « Le recours au travail de nuit doit être exceptionnel. Il doit prendre en compte les impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs et doit être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ». Art. 213-4 Code du travail : « Les travailleurs de nuit bénéficient de contreparties au titre des périodes de nuit pendant lesquelles ils sont occupés sous forme de repos compensateur et, le cas échéant, sous forme de compensation salariale ».

<sup>608</sup> D. Jourdan, *Le travail de nuit, Travail et protection sociale*, Ed. du juriste, juin 2001, p. 7. Le nouveau régime du travail de nuit intègre ainsi « 3 principes :

- Le caractère exceptionnel du recours au travail de nuit
- L'existence des contreparties
- L'existence de mesures protectrices des salariés ».

positives sont appelées. Elles réagissent face aux préjugés qui ont cours et qui limitent l'activité professionnelle des femmes subissant encore, à l'heure actuelle, le fameux « *plafond de verre*<sup>609</sup> ». Une véritable discrimination positive « *a pour objet de remédier aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes, afin que ces dernières rejoignent la situation professionnelle des hommes*<sup>610</sup> ». La différence physiologique entre les sexes qui n'entraîne normalement aucun rapport de hiérarchie a pourtant, par le jeu de la société dans son ensemble, permis à une inégalité de se développer. Les discriminations positives n'ont pas pour vocation de régler les besoins particuliers des femmes face à la grossesse, puisque c'est une différence objective, mais d'agir sur les inégalités que cela provoque à l'encontre des femmes. Ce sont les rapports hiérarchiques et de dominations entre les hommes et les femmes qui sont visés et qui apparaissent lors d'une relation marquée par la subjectivité et le préjugé. Toute la spécificité des discriminations positives est justement de mettre en lumière que le traitement d'une différence objective peut mener à une inégalité subjective née d'un comportement fondé sur des préjugés. Ce même mécanisme se retrouve dans d'autres domaines.

## 2. Les éléments de la vie privée

**167** - La vie privée peut être une source importante de différences objectives. Elle véhicule des éléments inhérents à chacun ou qui relèvent d'un choix. Dans tous les cas, ces différences sont prises en compte par le droit, mais elles peuvent aussi être la source de préjugés conduisant certaines personnes à être discriminées en fonction de ces caractéristiques. Deux éléments sont plus particulièrement développés au sein de la législation et de la jurisprudence pour nous offrir un exemple du mécanisme suivi en matière de discrimination positive : l'orientation sexuelle et le mode de vie nomade.

---

<sup>609</sup> Cette expression a surtout été mise en exergue par A-L. Colmou, *Rapport du ministre de la fonction publique sur l'encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes*, La Documentation française, 1999. Voir aussi : S. Faure, *Les sommets toujours plus blancs de l'entreprise*, Libération, 25-01-2005, <http://www.liberation.fr>.

<sup>610</sup> Y. Leroy, *L'égalité professionnelle. Vers une approche générale et concrète*, RJS, 11.2002, p. 887.



## a. L'orientation sexuelle

168 - Ce problème n'a longtemps été connu en France que sous le vocable "mœurs", terme qui a été traduit dans la jurisprudence par relations homosexuelles<sup>611</sup>. Les relations homosexuelles sont objectivement différentes des relations hétérosexuelles. Cela paraît être évident, pourtant il en est généralement fait peu de cas. Cela s'explique par le fait que l'homosexualité a fait l'objet pendant très longtemps d'un traitement différent que révélait l'ampleur des préjugés envers les homosexuels. La France a été le premier pays au monde à ne plus réprimer l'acte de sodomie<sup>612</sup>, autrefois appelée "mœurs contre nature"<sup>613</sup>. A cet égard, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a montré combien certains pays avaient des difficultés à se défaire d'une telle législation discriminatoire<sup>614</sup>. La jurisprudence s'est souvent fait le relais de la discrimination. La Cour de cassation, avant la mise en œuvre du PACS<sup>615</sup>, n'a pas donné la qualité de concubins aux couples homosexuels<sup>616</sup>. Même si les exemples jurisprudentiels sont rares<sup>617</sup>, les acteurs privés participent eux aussi à cette discrimination générale envers les homosexuels, notamment en matière d'emploi<sup>618</sup>. Quelle que soit la nature de ces exemples, ils montrent tous combien la différence de traitement juridique ou factuelle n'est pas due à l'aménagement nécessaire face à la différence objective présente dans le cas des relations homosexuelles, mais elle est engendrée par des préjugés. La différence se traduit par un rejet très répandu des relations homosexuelles dans tous les pans du droit privé. La création de discriminations positives en la matière est donc possible puisque nous sommes en présence d'une différence objective qui donne lieu, encore à l'heure actuelle, à des normes et des comportements discriminatoires

---

<sup>611</sup> Sur ce point : D. Borillo, *Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi : législation dans quinze Etats membres de l'UE*, Rapport du Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle concernant la mise en œuvre jusqu'en avril 2004 de la Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/aneval/sexorintrofr.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/sexorintrofr.pdf).

<sup>612</sup> Il a fallu néanmoins attendre une loi de 1982 pour que les actes homosexuels commis avec un mineur ne soient plus réprimés : Loi, 04.08.1982, n° 82-683, Abrogation de l'article L. 331 al. 2 du Code pénal.

<sup>613</sup> D. Borillo, *Op.cit.*

<sup>614</sup> CEDH, 22.10.1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, A 45, CDE, 1982, p. 221, Chr. G. Cohen-Jonathan ; AFDI, 1982, p. 504, Chr. R. Pelloux ; JDI, 1985, p. 185, Chr. P. Rolland ; CEDH, 22.10.1988, *Norris c/ Irlande*, A 152.

<sup>615</sup> Loi, 15.11.1999, n° 99-944, Loi relative au pacte civil de solidarité.

<sup>616</sup> Cass. Soc. 11.07.1989, n° 85-46008, Bull. 1989, V, n° 514, p. 311, GP, 14.04.1990, n° 103, p. 104 ; Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 17.12.1997, n° 95-20779, Bull. 1997, III, n° 225, p. 151, JCP, 1998, p. 1045, note A. Djigo.

<sup>617</sup> Pour un exemple d'acte discriminatoire sanctionné : Cass. Soc., 17.04.1991, n° 90-42636, Bull. 1991, V, n° 30, p. 133, GP, 13.08.1991, n° 225, p. 8, note O. Echappe ; JCP, 1991, n° 21, p. 724, note A. Sériaux.

<sup>618</sup> Sur ce point : D. Borillo, *Op. cit.*

fondés sur des *a priori*. Une situation similaire se retrouve à propos des difficultés rencontrées par les Tsiganes.

### **b. Le mode de vie**

**169** - Le mode de vie des Tsiganes<sup>619</sup> est symbolisé par le nomadisme. Là encore, il n'est pas besoin de longs développements afin de démontrer l'existence d'une différence objective avec la majorité sédentaire de la population. Il n'est guère nécessaire non plus de fouiller longuement pour constater que cette situation demande des aménagements substantiels. La scolarité des enfants, et la protection du domicile sont les exemples les plus flagrants d'un besoin particulier. Malheureusement, depuis des siècles, ces besoins ont été plus ou moins pris en compte, et quand ils l'ont été, cela n'a pas toujours été dans le sens d'une égalité réelle avec les personnes sédentaires. Depuis des siècles, les Tsiganes, les Roms et les nomades en général ont été le fruit de brimades, d'incompréhension et de rejet de la part de la population majoritaire, et cela est encore le cas aujourd'hui<sup>620</sup>. La différence initiale est devenue une véritable inégalité par une discrimination qui accompagne la vie quotidienne des Tsiganes. Une fois encore, c'est la caractéristique propre aux Tsiganes, le nomadisme, qui crée les préjugés et scelle leur destin de discriminés. Ils n'auraient dus être que différents, mais ils ont été de tout temps marginalisés. Parfois, le préjugé peut venir se greffer sur un rapport qui est initialement inégalitaire.

---

<sup>619</sup> Depuis 2001, le mode de vie fait partie intégrante de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme: CEDH, 18.01.2001, Chapman c/ Royaume-Uni, req. 27238/95, Rec. 2001-I. Voir également les autres arrêts rendus le même jour : CEDH, 18.01.2001, Jane Smith c/ Royaume-Uni, req. 25154/94 ; CEDH, 18.01.2001, Lee c/ Royaume-Uni, req. 25289/94 ; CEDH, 18.01.2001, Coster c/ Royaume-Uni, req. 24876/94 ; CEDH, 18.01.2001, Beard c/ Royaume-Uni, req. 24882/94.

<sup>620</sup> Pour le simple exemple de la France : A. Gil-Robles (Commissaire aux droits de l'homme), *Rapport sur le respect effectif des droits de l'homme en France*, 15.02.2006, Bureau du Commissaire aux droits de l'homme, [http://www.coe.int/t/f/commissaire\\_d.h/](http://www.coe.int/t/f/commissaire_d.h/).

## **B. La transformation du rapport inégalitaire par les préjugés**

**170** – Toutes les différences ne sont pas neutres, certaines différences objectives peuvent porter en elles les éléments d'une inégalité. Cela se traduit par un rapport inégalitaire dans lequel est présent une certaine vulnérabilité ou faiblesse de la part des personnes qui présentent une caractéristique singulière. De la même manière qu'une différence apparemment neutre peut conduire à des attitudes fondées sur les préjugés, ces inégalités peuvent elles aussi déclencher une forme patente d'hostilité ou, à tout le moins, d'indifférence discriminatoire face aux nécessités de la situation. Certaines de ces inégalités ont permis aux discriminations positives de s'installer dans le droit français car l'inégalité préexistante inhérente à la différence permet de mieux percevoir une réaction de rattrapage égalitaire. Certaines discriminations positives existent déjà et peuvent servir de références à d'autres types de différences inégalitaires.

### **1. Les cas effectifs de discriminations positives**

**171** - L'exemple historiquement le plus important de discrimination positive introduite en France est celui des personnes handicapées. Si ce sont les mesures qui font le moins face aux critiques, c'est sans doute que la discrimination positive s'attache à des préjugés qui sont fondés sur une inégalité préexistante. Cela laisse tout lieu de penser que de telles discriminations positives pourraient voir le jour à propos d'autres inégalités. C'est ce qui est en train de se dérouler en matière d'âge.

### a. Les discriminations positives en faveur des personnes handicapées

**172** - La plupart du temps, la norme parle seulement d'une déficience qui atteint la personne, sans se référer à l'origine de cette dernière. A titre d'exemple, nous pouvons citer la recommandation du Comité des ministres du 9 avril 1992 qui définit le handicap comme étant « *le désavantage social pour un individu donné, résultant d'une déficience ou d'une incapacité qui limite ou interdit l'accomplissement d'un rôle normal (en rapport avec l'âge, le sexe, les facteurs sociaux et culturels), par cette personne* <sup>621</sup> ». La personne handicapée est donc celle qui subit cette différence quelle que soit l'incapacité dont elle souffre. Cependant, même s'il n'existe pas de définition précise, beaucoup de textes distinguent deux types de handicap. Ainsi, l'article L. 323-10 du Code du travail considère « *comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite d'une insuffisance ou d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales* » <sup>622</sup>. Le handicap ne se confond pas avec la maladie de longue durée, même si le handicap s'exprime lui aussi sur une longue durée <sup>623</sup>. La déficience à considérer est soit mentale, soit physique <sup>624</sup>.

**173** - Dans ce dernier cas, nous retrouvons la même problématique que celle exposée concernant les femmes. Une différence physique ou physiologique entre différents individus peut conduire à une différence de traitement. Ici, la différence entre une personne infirme et une personne valide nécessite une différence de traitement, par exemple en termes d'accessibilité aux services publics ou aux lieux ouverts au public. La Charte sociale révisée en 1996 prévoit ainsi au bénéfice des personnes handicapées que les Parties s'engagent « *à favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale, notamment par des mesures, y compris des aides techniques, visant à surmonter des obstacles à la communication et à la mobilité et à leur permettre d'accéder aux transports, au logement, aux activités culturelles et*

---

<sup>621</sup> Rec(92)6 du Comité des ministres du 9 avril 1992 relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées. Cette recommandation s'appuie notamment sur l'article 15 de la Charte sociale européenne qui est consacré à la protection des personnes handicapées.

<sup>622</sup> Voir sur ce point : G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 66.

<sup>623</sup> CJCE, 11.07.2006, Chacon Navas, C-13/05, points 44 et 45.

<sup>624</sup> *Ibid.*, point 43 : La notion de handicap « *doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle* ».

aux loisirs<sup>625</sup>». Les difficultés éprouvées par la grande majorité de ces personnes étant d'ordre matériel, ce qui importe, en la matière, est de supprimer les «*frontières architecturales*<sup>626</sup>» dont elles sont victimes. Ces obstacles se déclinent en fonction du handicap physique considéré. Le problème de l'accessibilité est différent selon que la personne est sourde, malvoyante ou qu'elle se déplace en fauteuil roulant. Cette multitude de handicaps a conduit pendant longtemps le législateur français à ne pas donner de définition juridique de la personne handicapée. Il s'est généralement contenté de décrire la catégorie de personnes à laquelle s'attache la mesure spécifique<sup>627</sup> et de multiplier en conséquence les régimes spécifiques de protection<sup>628</sup>. Une définition a été livrée récemment par une loi de 2005<sup>629</sup> : «*Constitue un handicap (...) toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant*<sup>630</sup>». Quel que soit le pays concerné, les politiques concernant les personnes handicapées se distinguent par leur complexité en raison de «*l'extrême hétérogénéité*<sup>631</sup>» des handicaps pris en charge<sup>632</sup>. Cette individualisation des mesures, ordonnée par la multiplicité des handicaps, montre qu'il s'agit bien ici de répondre à une différence intrinsèque de la personne. Chaque traitement distinct est induit par un besoin particulier de l'individu. Besoin qui lui est propre et naturel, dans le sens où une intervention extérieure n'est pas nécessaire pour que cette différence existe. La personne handicapée est marquée «*intérieurement*» par la limitation de certaines de ses capacités<sup>633</sup>. La différence constatée vient de la personne elle-même et conditionne sa définition en tant que personne différente puisque victime d'un handicap. La réaction législative à cette différence doit viser «*la compensation des conséquences*» du handicap<sup>634</sup>. Puisque le désavantage subi par la personne handicapée naît

---

<sup>625</sup> Article 15 Charte sociale européenne révisée.

<sup>626</sup> Rec. p. 1185 (1992) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 7 mai 1992, § 6.iii.f.

<sup>627</sup> L. Denis, *Les personnes handicapées diplômées. Quand la pratique ne suit pas !*, Revue juridique de l'ouest, 2005, p. 545.

<sup>628</sup> *Personnes handicapées : analyse comparative et prospective du système de prise en charge*, [http://www.sante.gouv.fr/htm/actu/handicapes/1\\_5.htm](http://www.sante.gouv.fr/htm/actu/handicapes/1_5.htm).

<sup>629</sup> Loi, 11.02.2005, n° 2005-102, Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

<sup>630</sup> Art. L. 114 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>631</sup> *Personnes handicapées : analyse comparative et prospective du système de prise en charge*, Op. cit.

<sup>632</sup> Pour une vue d'ensemble des politiques européennes : *Réadaptation et intégration des personnes handicapées : politique et législation*, Rapport élaboré par le Comité pour la réadaptation et l'intégration des personnes handicapées, 6<sup>ème</sup> édition, Editions du Conseil de l'Europe, 2001.

<sup>633</sup> *Personnes handicapées : analyse comparative et prospective du système de prise en charge*, Op. cit..

<sup>634</sup> Loi de modernisation sociale, n° 2002-73, 17.01.2002, article 53, devenu article L. 114-1 du Code de l'action sociale et des familles.

directement de sa déficience ou de son incapacité, l'intervention du législateur doit porter directement sur la nature de cette différence. La compensation se fait en fonction de la lourdeur du handicap qui doit être évaluée « *en situation de travail, au regard du poste de travail occupé, après aménagement optimal de ce dernier* <sup>635</sup> ». De ce fait, le désavantage doit disparaître automatiquement ou être compensé si cela n'est pas possible. Par exemple, l'ajout d'un plan incliné pour permettre l'accès à un service public pour les personnes se déplaçant en fauteuil roulant fait disparaître non pas le handicap de la personne, mais la situation de handicap dont elle souffre. En effet, « *une personne dite "handicapée" auparavant qualifiée d'infirme, d'aveugle ou de débile peut ne pas se trouver en "situation de handicap" dès lors que les difficultés environnementales ont été aplanies* <sup>636</sup> ». Faute de pouvoir combattre le handicap, souvent permanent, il s'agit de faire disparaître la situation de handicap. Le travail normatif consiste à gommer la différence et à apporter une réponse adaptée au besoin particulier exprimé.

**174** - D'une manière quelque peu différente, le handicap mental ou psychique fait lui aussi l'objet d'un traitement juridique particulier. La loi a mis en place des régimes d'incapacité permettant à l'adulte de se protéger de sa propre vulnérabilité. Le majeur protégé<sup>637</sup> ne pourra pas effectuer certains actes, du moins pas sans assistance. A partir de la loi du 30 juin 1839, dite loi des aliénés, la législation n'a eu de cesse de reconnaître la population spécifique des personnes ayant des troubles mentaux<sup>638</sup> et de leur attacher des droits particuliers<sup>639</sup>. Ce régime de protection n'est pas « *ouvert de plein droit* <sup>640</sup> », il faut une « *reconnaissance préalable* <sup>641</sup> » pour que le majeur puisse y être soumis. Est concerné l'individu qu'une « *altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir à ses intérêts* <sup>642</sup> » et celui qui « *par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté*

---

<sup>635</sup> Décret, 09.02.2006, n° 2006-134, Décret relatif à la reconnaissance de la lourdeur du handicap et modifiant le Code du travail.

<sup>636</sup> L. Denis, *Loc. cit.* ; voir également : *Personnes handicapées : analyse comparative et prospective du système de prise en charge, Op. cit.*

<sup>637</sup> Terme employé depuis la réforme apportée par la loi du 3 janvier 1968, n° 68-5, loi portant réforme du droit des incapables majeurs. Auparavant, le terme employé était celui de « majeur incapable » en référence au régime d'incapacité auquel il était soumis.

<sup>638</sup> Pour une analyse de cette évolution : R. Castel, *L'ordre psychiatrique, l'âge d'or de l'aliénisme*, Edition de Minuit, Paris, 1976.

<sup>639</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 171.

<sup>640</sup> M. Bauer, T. Fossier, *Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, 2<sup>ème</sup> édition revue et augmentée, ESF éditeur, 1996, p. 33.

<sup>641</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 187.

<sup>642</sup> Article 488 al. 2 du Code civil.

s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales<sup>643</sup>». « La protection de l'incapable doit être proportionnée à la gravité de son incapacité<sup>644</sup> ». Ce régime de protection est donc pragmatique dans son existence, mais aussi dans sa mise en œuvre. Afin de prendre en compte au mieux la véritable vulnérabilité de l'individu, le Code civil met en place trois mécanismes différents de protection<sup>645</sup>. De ce point de vue, la loi de 1968 institue une réelle nouveauté puisqu'elle introduit un nouveau régime plus souple qui permet au majeur d'être un « *semi-capable*<sup>646</sup> ». La sauvegarde de justice<sup>647</sup> permet à la personne de conserver l'exercice de ses droits, la protection ne s'opérant qu'*a posteriori* afin de rescinder le contrat lésionnaire<sup>648</sup>. Les deux autres régimes sont plus stricts. La curatelle est mise en place lorsque le majeur « *a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile*<sup>649</sup> ». Pour tout acte de disposition ou pour un mariage, l'acte devra être passé avec l'assistance du curateur<sup>650</sup> ; à défaut, l'acte sera annulable. Dans certains cas, il existe une curatelle aggravée où même les actes d'administration devront être faits avec l'assistance du curateur. Enfin, le plus protecteur des régimes est celui de la tutelle où la protection a vocation à être continue et qui relève d'une incapacité générale<sup>651</sup>. L'inégalité objective subie par les majeurs souffrant de handicap mental se traduit aussi dans le droit pénal. En effet, le Code pénal prévoit des dispositions analogues dans les deux cas, c'est-à-dire que des peines spécifiques sont prévues pour les infractions dont sont victimes les majeurs protégés : le meurtre<sup>652</sup>, les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à 8 jours<sup>653</sup>, le viol<sup>654</sup>. D'une manière générale, les articles consacrés aux peines spéciales pour les auteurs d'infractions sur mineurs concernent aussi les autres populations considérées

---

<sup>643</sup> Article 488 al. 3 du Code civil.

<sup>644</sup> P. Malaurie, *Capacité*, in Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/PUF, 2003, p. 160.

<sup>645</sup> Pour un aperçu de tous les régimes de protection : J. Massip, *Les incapacités*, Defrénois, 2002.

<sup>646</sup> P. Malaurie, *Loc. cit.*

<sup>647</sup> Article 491 du Code civil.

<sup>648</sup> Article 491-2 du Code civil.

<sup>649</sup> Article 508 du Code civil.

<sup>650</sup> Article 510 et 514 du Code civil.

<sup>651</sup> Article 492 et 490 al. 1 du Code civil.

<sup>652</sup> Article 221-4 du Code pénal : « *Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis :*

*1° Sur un mineur de quinze ans ;*

*2° Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ;*

*3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ».*

<sup>653</sup> Article 222-13 du Code pénal.

<sup>654</sup> Article 222-24 du Code pénal.

comme vulnérables, notamment les personnes ayant une déficience psychique<sup>655</sup>. Il faut que cette vulnérabilité soit apparente, ou du moins connue par l'auteur de l'acte<sup>656</sup>, prouvant ainsi que c'est l'inégalité provoquée par la vulnérabilité qui est combattue par le biais du droit pénal.

**175** - Nous retrouvons le même souci que pour le handicap physique qui est de rechercher l'adéquation la plus parfaite possible entre le handicap subi par la personne et le régime de protection qui lui est attaché. La réaction législative se construit face à une inégalité objective afin de retrouver une égalité réelle, même si celle-ci conserve des traits assez artificiels. Construire un plan incliné ne rendra pas pour autant la personne valide, de même que valider le seul acte bénéfique au majeur protégé<sup>657</sup> ne peut résorber sa déficience mentale. Cependant, une égalité réelle doit être retrouvée grâce à ces mesures. Cela n'est pas toujours le cas. La disparition de la situation de handicap n'est pas toujours synonyme de disparition de l'inégalité des personnes handicapées. Si la présence de quotas au sein des entreprises est nécessaire afin d'embaucher des personnes handicapées<sup>658</sup>, si les personnes handicapées sont de plus en plus diplômées<sup>659</sup> mais restent pourtant pour beaucoup inactives<sup>660</sup>, c'est parce que

---

<sup>655</sup> Pour exemple : Article 225-12-1 du Code pénal : « *Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'un mineur qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, est puni de trois ans d'emprisonnement et 45000 euros* *d'amende.*

*Est puni des mêmes peines le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations sexuelles de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse ».*

<sup>656</sup> Cass. Crim., 13.10.2004, 03-87781, Inédit : « *Attendu que M. Brahim X. a été renvoyé devant la Cour d'assises sous l'accusation d'avoir, à Gennevilliers (92), courant 1991, 1992, 1993, et 1994, commis par violence, contrainte ou surprise des actes de pénétration sexuelle de quelque nature qu'ils soient que la personne de Jeannine X., particulièrement vulnérable en raison d'une déficience mentale, cette particulière vulnérabilité étant apparente ou connue de l'auteur ; qu'il a été condamné de ce chef par l'arrêt attaqué* ». Voir aussi : Cass. Crim., 29.04.2003, n° 02-86654, Inédit titré : déséquilibre important entre la somme versée par la victime et la prestation fournie par l'autre contractant alors que la victime « *âgée de 65 ans et illettrée, présentait, selon une expertise médicale, une vulnérabilité particulière, qui était manifeste et apparente pour les tiers* ».

<sup>657</sup> Article 1312 du Code civil.

<sup>658</sup> Ces quotas sont prévus à l'article L. 323-1 du Code du travail : « *Tout employeur occupant au moins vingt salariés est tenu d'employer, à temps plein ou à temps partiel, des bénéficiaires de la présente section dans la proportion de 6 p. 100 de l'effectif total de ses salariés* ».

<sup>659</sup> Des efforts sont faits en ce sens : Décret, 05.01.2004, 2004-13, Décret créant le certificat d'aptitude professionnelle pour les aides spécialisées, les enseignements adaptés et la scolarisation des élèves en situation de handicap et le certificat complémentaire pour les enseignements adaptés et la scolarisation des élèves en situation de handicap ; Décret, 19.10.2005, 2005-1299, modifiant le décret n° 2004-13 du 5 janvier 2004 créant le certificat d'aptitude professionnelle pour les aides spécialisées, les enseignements adaptés et la scolarisation des élèves en situation de handicap et le certificat complémentaire pour les enseignements adaptés et la scolarisation des élèves en situation de handicap ; Décret, 21.12.2005, 2005-1617, Décret relatif aux aménagements des examens et concours de l'enseignement scolaire et de l'enseignement supérieur pour les



la situation de handicap ne suffit pas à elle seule à expliquer l'inégalité dont elles sont victimes. « *La différence humaine, précisément la différence humaine de l'invalidité, est devenue (ou reste) un motif d'exclusion et non un sujet de manifestation de sympathie et d'insertion* <sup>661</sup> ». Les préjugés transforment l'inégalité objective initiale en inégalité subjective due à un comportement discriminatoire généralisé empêchant de fait les personnes handicapées d'être l'égal des personnes valides en matière d'emploi, d'accès au logement<sup>662</sup>. La loi de 2006 consacrée à la réforme des successions<sup>663</sup> montre combien l'inégalité des personnes handicapées est palpable. En effet, cette loi crée le mandat posthume destiné à favoriser la transmission des entreprises, mais aussi aider à la gestion du patrimoine en présence d'héritiers mineurs ou atteint d'un handicap. Parallèlement, elle autorise les pactes successoraux, permettant ainsi aux héritiers réservataires de renoncer à l'action en réduction. Le compte rendu du Conseil des ministres relatif à cette loi<sup>664</sup> laisse apparaître que cette nouveauté est guidée par un souci de transmission des entreprises, mais aussi que cela « *sera très utile pour les parents ayant un enfant handicapé* ». Il est difficile de déterminer la véritable nature de la mesure, mais toucher à la réserve héréditaire montre la force du besoin qui guide cette réforme. Si les successions et les libéralités doivent à ce point être modifiées en faveur des personnes handicapées, c'est sans aucun doute le signe que les personnes handicapées sont loin de parvenir à une égalité dans les faits qui s'inscrit ici entre les héritiers réservataires. Il est dorénavant possible de rompre l'égalité qui règne habituellement entre les héritiers réservataires afin d'aider ceux qui parmi eux sont handicapés. C'est bien évidemment un but de compensation qui permet la rupture de l'égalité formelle. Si la nécessité de la compensation est aussi forte, cela signifie que ne sont pas seulement visés les besoins spécifiques de la personne handicapée. Le matériel adéquat est souvent très cher et la personne lourdement handicapée doit souvent être accompagnée d'une aide dans sa vie quotidienne. De ce point de vue, la compensation est justifiée, mais elle a un goût amer après

---

candidats présentant un handicap ; Décret, 30.12.2005, 2005-1752, Décret relatif au parcours de formation des élèves présentant un handicap (rectificatif).

<sup>660</sup> L. Denis, *Loc. cit.*, p. 545.

<sup>661</sup> G. Quinn, *Les droits des handicapés dans le droit de l'UE*, in « L'Union Européenne et les Droits de l'Homme, sous la direction de P. Alston, Académie de droit européen, Institut universitaire européen, Bruylant, 2001, p. 291.

<sup>662</sup> Loi, 21.12.2001, 2001-1247, Loi visant à accorder une priorité dans l'attribution des logements sociaux aux personnes en situation de handicap ou aux familles ayant à leur charge une personne en situation de handicap.

<sup>663</sup> Loi, 23.06.2006, n° 2006-728, Loi portant réforme des successions et des libéralités. Sur cette loi : R. le Guidel, *La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Vue panoramique*, JCP, 2006, I, 161.

<sup>664</sup> Compte rendu du Conseil des ministres, 29.06.2005, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/successions-liberalites.asp>.

la loi de 2002 sur les droits des malades<sup>665</sup> qui prévoit que « *toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale* »<sup>666</sup>. La loi de 2006 revient à dire que la solidarité nationale est insuffisante pour obtenir l'égalité des personnes handicapées. Il faut y voir sans doute, en filigrane, la révélation de la persistance d'une discrimination qui a modifié la nature de la compensation. Il s'agirait donc de compenser les impossibilités pratiques pour les personnes handicapées d'obtenir un emploi et de bénéficier de ressources suffisantes pour vivre. La société dans son ensemble étant incapable de réduire l'inégalité, il est demandé à la famille de faire l'effort afin que la personne puisse avoir des moyens de subsistance satisfaisants. C'est une illustration de plus du mécanisme des discriminations positives qui ne s'adresse pas au « *problème de santé qui fonde le handicap, mais [au] processus de discrimination qu'engendre la méconnaissance des besoins et des attentes des intéressés* »<sup>667</sup>. Une situation similaire, bien que moins évidente, se développe face au problème de l'âge.

## **b. Les discriminations positives en fonction de l'âge**

**176** - L'âge peut être un vecteur d'inégalités objectives dans les deux extrêmes temporels de la vie que sont le jeune âge et la vieillesse. Le droit prend en compte ces deux âges, mais de manière différente. Les mineurs sont présumés être vulnérables, alors que les personnes âgées ne font l'objet que d'une protection au cas par cas conditionnée par une vulnérabilité avérée<sup>668</sup>.

**177** - Il n'existe sans doute aucune autre catégorie donnant lieu à des droits particuliers qui soit aussi universelle que celle des mineurs<sup>669</sup>. Quasiment tous les systèmes juridiques, et

---

<sup>665</sup> Loi, 04.02.2002, 2002-303, Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

<sup>666</sup> Article 1, loi, 04.02.2002, 2002-303, Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Le titre premier de la loi s'intitule d'ailleurs « solidarité envers les personnes handicapées ».

<sup>667</sup> S. Ebersold, *De la réadaptation à la non-discrimination*, in « *Personnes handicapées et situation de handicap* », sous la direction de I. Ville, J-F. Ravaut, Problèmes politiques et sociaux, n° 892, 09.2003, p. 18.

<sup>668</sup> Sur la notion de vulnérabilité : L. Dutheil-Warolin, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse, Limoges, 2004.

<sup>669</sup> Pour un récapitulatif historique des normes internationales protégeant les enfants ; S. Courcenet, *Les normes internationales et le travail des enfants*, AJ Famille, 4/2006, p. 150.

ce depuis l'Antiquité<sup>670</sup>, offrent une protection particulière aux mineurs afin de compenser une faiblesse qui apparaît « *incontestable* <sup>671</sup> ». C'est ainsi que tous les Etats membres de l'Union européenne ont pris acte de la vulnérabilité des mineurs dans leurs législations respectives<sup>672</sup>. Cette nécessité de protection a aussi été admise au plan international. L'article 24 § 1 du PIDCP exige de l'Etat une protection particulière en faveur des mineurs qui est reprise dans une convention des Nations Unies entièrement consacrée aux droits de l'enfant<sup>673</sup>. Cette dernière définit l'enfant comme « *tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable* <sup>674</sup> ». Il s'agit d'une définition objective, reprise en droit français<sup>675</sup>, qui doit permettre de protéger les mineurs qui n'ont pas encore une capacité de discernement et une maturité suffisantes<sup>676</sup> leur permettant de juger d'une situation de manière satisfaisante. Ce régime juridique spécifique permet de les préserver contre leurs éventuels « *actes irréfléchis* <sup>677</sup> ». Il leur est alors interdit d'effectuer certains actes ou certaines activités qui pourraient se révéler nuisibles pour eux-mêmes. Il s'agit donc d'un régime d'interdiction se traduisant par certaines incapacités civiles et sociales. Sur le plan civil, les contrats passés par des mineurs sont en principe annulables puisqu'ils n'ont pas la capacité de contracter<sup>678</sup>. Ils ne peuvent pas non plus exercer les charges de tuteur<sup>679</sup>. De même, si le Code civil prévoit la possibilité pour un mineur d'au moins 16 ans d'obtenir son émancipation<sup>680</sup>, cela ne lui permettra pas pour autant de devenir commerçant, et cela jusqu'à l'âge de 18 ans<sup>681</sup>. L'enfant est aussi limité dans sa capacité à contracter un mariage puisqu'il ne le peut qu'avec le

---

<sup>670</sup> M. Bauer, T. Fossier, *Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, 2<sup>ème</sup> édition revue et augmentée, ESF éditeur, 1996, p. 120.

<sup>671</sup> G. Cornu, *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 87.

<sup>672</sup> J. Kokott, conclusions, 11.11.2004, sous CJCE, 16.06.2005, Pupino, C-105/03.

<sup>673</sup> Convention Internationale des Droits de l'enfant de New York, 20.11.1989.

<sup>674</sup> Article 1, Convention Internationale des Droits de l'enfant de New York, 20.11.1989.

<sup>675</sup> Article 388 du Code civil : « *Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.* » Ce seuil a été fixé en 1974 : Loi, 74-631, 05.07.1974, Loi fixant à 18 ans l'âge de la majorité.

<sup>676</sup> M. Bauer, T. Fossier, *Op. cit.*, p. 120.

<sup>677</sup> P. Malaurie, *Capacité*, in Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/PUF, 2003, p. 160.

<sup>678</sup> Article 1124 du Code civil.

<sup>679</sup> Article 442 du Code civil.

<sup>680</sup> Article 477 du Code civil : « *Le mineur, même non marié, pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans révolus.*

*Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée, s'il y a de justes motifs, par le juge des tutelles, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux.*

*Lorsque la demande sera présentée par un seul des parents, le juge décidera, après avoir entendu l'autre, à moins que ce dernier soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté ».*

<sup>681</sup> Article 487 du Code civil.

consentement de ses parents ou du conseil de famille<sup>682</sup>. Sur le plan social, cette protection se traduit par l'interdiction faite au mineur d'exercer certaines activités professionnelles. Sauf autorisation préalable, les enfants en âge d'être scolarisés ne peuvent participer à des activités ou spectacles artistiques<sup>683</sup>. Ils ne peuvent pas non plus exercer d'activités dangereuses<sup>684</sup> ou de nuit<sup>685</sup>. Les juges européens n'hésitent pas à sanctionner les tribunaux internes qui ne protègent pas de manière suffisante et satisfaisante les mineurs. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme, en matière de viol, a reproché à la Bulgarie de ne pas prendre assez en considération la vulnérabilité spécifique des mineurs et en particulier des adolescents de ce point de vue. L'enquête relative au viol subi par une jeune bulgare de 14 ans n'a pas tenu compte des difficultés propres aux viols sur les adolescents, notamment au niveau de la recherche de preuve sur le consentement de la victime<sup>686</sup>. Lorsque la Cour elle-même n'accède pas dans sa majorité à la demande d'un mineur sur un traitement différencié en sa faveur afin de prendre véritablement en compte sa vulnérabilité, c'est au tour des juges, à titre personnel, d'exprimer la nécessité d'une telle protection<sup>687</sup>. Cette dernière se traduit aussi en droit pénal. Le mineur, en tant que victime, fait partie d'une catégorie particulière qui permet d'augmenter, pour l'auteur de l'acte, le maximum encouru pour certaines infractions. Une réclusion criminelle à perpétuité est ainsi encourue lorsqu'un meurtre a été commis sur un mineur de 15 ans<sup>688</sup> alors que la peine est en principe de 30 ans de réclusion criminelle<sup>689</sup>. Les exemples que proposent le Code pénal sont multiples et concernent des infractions diverses : le viol<sup>690</sup> ou autre agression sexuelle<sup>691</sup>, l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou

---

<sup>682</sup> Article 148 du Code civil : « *Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement* ». Voir aussi les articles 158 et 159 du Code civil.

<sup>683</sup> Article L. 211-6 Code du travail : « *Les enfants de l'un ou de l'autre sexe qui n'ont pas dépassé l'âge de la fréquentation scolaire obligatoire ne peuvent, sans autorisation individuelle préalable, être, à quelque titre que ce soit, engagés ou produits, soit dans une entreprise de spectacles, sédentaire ou itinérante, soit dans une entreprise de cinéma, de radiophonie, de télévision ou d'enregistrements sonores* ».

<sup>684</sup> Article L. 211-11 du Code du travail.

<sup>685</sup> Article L. 117 bis-4 du Code du travail.

<sup>686</sup> CEDH, 04.12.2003, M.C. c/ Bulgarie, req. 39272/98, Rec. 2003-XII, § 182 et 183 (JCP G., 2004, I, 107, n° 1, Chr. F. Sudre).

<sup>687</sup> M. le juge Bonello, opinion partiellement dissidente sous CEDH, 16.11.1999, E.P. c/ Italie, req. 31127/96, § 14 : « *A mon avis, la Cour n'a pas tenu compte suffisamment de la vulnérabilité de l'enfant contrecarrant ainsi tous ses efforts pour se développer normalement. Je pense que cet arrêt va être fort dissuasif pour les autorités qui ont à prendre des décisions difficiles lorsqu'elles ont affaire à des enfants sans défense* ». Voir aussi : M. le juge Bonello, opinion dissidente sous CEDH, 12.07.2001, K. et T. c/ Finlande, req. 25702/94, § 10 (JCP G., 2002, I, 105, obs. F. Sudre).

<sup>688</sup> Article 221-4 du Code pénal.

<sup>689</sup> Article 221-1 du Code pénal.

<sup>690</sup> Article 222-24 du Code pénal.

<sup>691</sup> Article 222-29 du Code pénal.

de la situation de faiblesse<sup>692</sup>, ou encore le proxénétisme<sup>693</sup>. La vulnérabilité de la victime provoque une fois de plus une réaction de droit pénal, comme cela va être aussi le cas pour les personnes âgées.

**178** - « *L'âge peut être compris sous le seul aspect d'un chiffre. Mais il peut l'être aussi sous celui d'un stade atteint de l'évolution physique, physiologique et mentale de la personne* <sup>694</sup> ». Dès lors que l'individu souffre de déficience dans ses caractéristiques intrinsèques à cause de son âge, il doit bénéficier d'une protection. Le parallèle avec la protection des mineurs est ici particulièrement frappant. Cette prise de conscience de la nécessité de protéger les personnes qui ont atteint un certain âge est assez récente<sup>695</sup>. Malgré tout, l'allongement de l'espérance de vie et l'accroissement corrélatif de la population âgée ont fait apparaître une nouvelle catégorie d'individus vulnérables<sup>696</sup> qui nécessite l'intervention du législateur. La vieillesse, appelée dans certaines lois anciennes « *l'âge des infirmités* <sup>697</sup> », correspond aujourd'hui à un groupe de personnes présentant une certaine fragilité qui a droit à « *une attention particulière* <sup>698</sup> » de par la « *diminution des capacités physiques et mentales* <sup>699</sup> » dont il souffre. Même si le but de la protection est identique aux mesures prises en faveur des mineurs, la mise en œuvre est différente. Pour les enfants, le régime est fait de manière objective, sans prendre en compte leur état de maturité, ni leurs capacités physiques. L'incapacité est mise en place dès la naissance de l'enfant et ce jusqu'à sa majorité, sans aucune distinction. Au contraire, pour les personnes âgées, le régime est plus subjectif<sup>700</sup>. D'ailleurs, il n'existe pas ici de limite d'âge précise pour déterminer la catégorie. Le seul point de départ dont on dispose est finalement l'âge de la retraite<sup>701</sup>, bien qu'il ne conditionne pas automatiquement le seuil de la catégorie des personnes âgées. Certains

---

<sup>692</sup> Article 223-15-2 du Code pénal.

<sup>693</sup> Article 225-7 du Code pénal.

<sup>694</sup> J-P. Gridel, *L'âge et la capacité physique*, D., 1998, Chr. p. 90.

<sup>695</sup> Sur l'évolution en la matière : G. Minois, *Histoire de la vieillesse de l'Antiquité à la Renaissance*, Fayard, Paris, 1987. Voir aussi : H. Thomas, *Vieillesse dépendante et désinsertion politique*, L'Harmattan, Paris, 1996. La première loi en la matière date de 1853 : Loi, 09.06.1853, Loi sur les pensions civiles, D., 1953, Lég., p. 98.

<sup>696</sup> J-P. Gridel, *Loc. cit.*.

<sup>697</sup> Loi, 22.08.1790 sur les pensions civiles des fonctionnaires affirme dans son préambule : « *Il est juste que, dans l'âge des infirmités, la patrie vienne au secours de celui qui lui a consacré ses talents et ses forces.* »

<sup>698</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 157.

<sup>699</sup> *Dépendance et solidarités. Mieux aider les personnes âgées*, Rapport de la Commission présidé par P. Schofflin, La documentation française, 1991, p. 19.

<sup>700</sup> J-P. Gridel, *Loc. cit.* : « *L'âge, par sa détermination de la majorité, conditionne l'acquisition de la capacité civile. En revanche, il n'en commande jamais la cessation : l'âge est sans effet juridique sur la perte de la capacité* ».

<sup>701</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 156.

auteurs le déterminent autour de 65 ou 70 ans<sup>702</sup>. A partir de ce moment, la personne peut entrer dans cette catégorie, ce n'est pas pour autant qu'elle en fera réellement partie. Cela dépendra de l'évolution de ses capacités<sup>703</sup>. La législation protectrice en la matière essaye d'être adaptée au mieux à l'état et à la situation de chaque personne âgée<sup>704</sup> ; elle se veut donc hétéroclite<sup>705</sup>. Nous sommes ici très proches des régimes d'incapacités<sup>706</sup>. La personne âgée peut être soumise à tous les régimes d'incapacité prévus pour les majeurs protégés, l'état de santé de la personne nécessitant soit une intervention temporaire et limitée, soit une intervention à titre général<sup>707</sup>. De la même manière que le mécanisme de protection des majeurs est construit de façon concrète et subjective, la protection des personnes âgées dépend d'une classification préalable afin d'obtenir le régime de protection le plus adapté aux déficiences de la personne. Pour la protection de l'individu contre ses propres actes<sup>708</sup>, il n'y a quasiment aucune spécificité due à la vieillesse. En revanche, en ce qui concerne la protection des individus contre les agissements extérieurs, il existe des infractions spécifiques<sup>709</sup> : l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse<sup>710</sup>, le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger<sup>711</sup>. Dans la plupart des autres infractions, suivant un mécanisme bien connu aujourd'hui, l'âge avancé de la victime constitue une « *circonstance aggravante* <sup>712</sup> ». De leur côté, les juridictions civiles analysent au cas par cas la vulnérabilité éventuelle de la personne qui a atteint un certain âge. Pour les magistrats, il n'y a pas de limite générale à partir de laquelle tout individu sera considéré comme vulnérable *a priori*. La loi n'ayant pas déterminé ce seuil, les juges ont dû trouver des critères permettant d'établir concrètement la vulnérabilité de la personne. Ainsi, pour qualifier un agissement dolosif sur une personne âgée, la Cour de cassation retient l'âge de la victime, mais aussi les circonstances qui l'entourent. Dans un arrêt de 2005, la Cour admet la vulnérabilité d'une personne âgée vivant dans une maison de retraite alors que son âge n'est pas suffisant pour qualifier l'abus de faiblesse. Ce dernier est

---

<sup>702</sup> J.-P. Gridel, *Loc. cit.*.

<sup>703</sup> *Dépendance et solidarités. Mieux aider les personnes âgées*, *Op Cit.*, p. 19 : « *Les conséquences du vieillissement et des maladies dégénératives de l'âge adulte chez les personnes âgées entraîne une diminution des capacités physiques et mentales, dont le ralentissement fonctionnel et social est largement fonction de l'environnement de la personne âgée* ».

<sup>704</sup> M. de Béchillon, *La protection juridique des personnes âgées*, in « Vieillesse et dépendance », Dossier réalisé par A. Grand, H. Bocquet et S. Andrieu, Problèmes politiques et sociaux, n° 903, 08.2004, p. 53.

<sup>705</sup> M. de Béchillon, *Loc. cit.*

<sup>706</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 157.

<sup>707</sup> M. de Béchillon, *Loc. cit.*

<sup>708</sup> P. Malaurie, *Capacité*, in Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/PUF, 2003, p. 160.

<sup>709</sup> M. de Béchillon, *Loc. cit.*

<sup>710</sup> Article L. 313-4 du Code pénal.

<sup>711</sup> Article L. 223-3 du Code pénal.

<sup>712</sup> M. de Béchillon, *Loc. cit.*. Pour un exemple : Article 229-9 du Code pénal.

constitué parce qu'une employée de l'établissement a utilisé comme moyen de pression l'incontinence nocturne dont souffrait la pensionnaire afin de lui faire signer des chèques à son nom<sup>713</sup>. Deux critères cumulatifs sont pris en compte : d'une part, inévitablement, l'âge de la victime ; d'autre part, les déficiences dont elle fait preuve et qui sont dues à son âge.

**179** - L'âge est bien pris en compte dès lors qu'il entraîne une vulnérabilité particulière. Que ce soit pour les mineurs ou les personnes âgées, cela se traduit aussi bien par une protection idoine du droit civil que par une répression appropriée pour les actes commis sur ces personnes vulnérables. L'âge est donc un facteur de catégorisation de la règle de droit rendue nécessaire par la présence d'une inégalité objective. Parallèlement, l'âge fait partie de la liste des discriminations interdites au même titre que la religion, le sexe, le handicap, l'état de santé ou l'appartenance à une ethnie<sup>714</sup>. Le droit français, suivant la directive de 2000 sur l'égalité<sup>715</sup>, prévoit que « *Les différences fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment par des objectifs de politique de l'emploi, et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.*

*Ces mesures peuvent notamment consister en :*

---

<sup>713</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 16.06.2005, n° 03-19705 : « *Mais attendu que l'arrêt retient que les fonctions de Mme Z... la mettaient régulièrement et quotidiennement au contact des pensionnaires, dans l'intimité de leurs chambres, que Mme Z... a donc pu, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, connaître l'incontinence nocturne dont souffrait Mme Y..., que Mme Z... a fait naître chez Mme Y... la crainte chimérique d'être renvoyée de la résidence, en raison de son trop grand âge et de son incontinence et s'est attribuée le pouvoir imaginaire d'empêcher le départ de la pensionnaire afin d'obtenir d'elle le tirage de chèques à son profit ou à celui de son entourage, que la circonstance que ce pouvoir aurait été exercé au détriment de l'employeur n'est pas de nature à faire de la tromperie dont les divers éléments sont indissociables un acte étranger à l'activité de Mme Z... laquelle, grâce à ses fonctions, a été mise en relation avec la victime, a pu connaître ses faiblesses psychologiques et physiques et lui faire croire à son pouvoir d'assurer son maintien dans la résidence ;*

*Que de ces constatations et énonciations, dont il résulte que Mme Y... se trouvait dans une situation de particulière vulnérabilité, la cour d'appel a pu décider, le délit d'abus de faiblesse imputable à Mme Z... n'impliquant pas nécessairement qu'elle ait agi hors du cadre de ses fonctions au sens de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, que Mme Z... n'avait pas agi hors des fonctions auxquelles elle était employée et que l'association ne s'exonérait pas de sa responsabilité ».*

<sup>714</sup> Article L. 225-1 du Code pénal. L'âge a été rajouté à la liste initiale des critères de discrimination par la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations professionnelles (Loi, 16.11.2001, n° 2001-1066, Loi relative à la lutte contre les discriminations). Cela s'est produit sous l'impulsion du droit communautaire puisque l'article 13 du traité CE a permis un élargissement des domaines concernés par la lutte contre les discriminations, dont celles faites en fonction de l'âge et qui sera suivi d'une directive générale sur l'égalité tenant compte de ce nouveau critère (Directive, 27.11.2000, 2000/78/CE, portant création d'un cadre générale en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail). Sur le rôle de l'article 13 du traité CE : M-A. Moreau, *La justification des discriminations*, DS, 2002, p. 112 ; E. Dubout, *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Coll. Thèses, 2006.

<sup>715</sup> Directive, 27.11.2000, 2000/78/CE, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

- l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;
- la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite<sup>716</sup>».

**180** – Se retrouvent ici les deux extrêmes que sont les catégories du jeune âge et de la vieillesse, mais adaptées aux réalités de la vie en entreprise, les jeunes pouvant être compris comme les jeunes diplômés qui arrivent sur le marché du travail et les travailleurs âgés comme ceux qui se situent juste avant l'âge de la retraite<sup>717</sup>. La protection qui doit être mise en place à leur endroit ne peut se concevoir en des termes identiques à celle relative à la vulnérabilité selon l'âge. Ici, il ne s'agit pas d'interdire certains actes afin de protéger la personne, mais de prendre en compte l'âge dans les politiques de l'emploi, autrement dit, d'essayer d'assurer au mieux leur présence sur le marché du travail. Ce sont donc des catégories qui sont malmenées sur le marché du travail et qui ont besoin d'une aide particulière afin d'être sur un pied d'égalité avec les autres catégories de travailleurs. C'est ce que le Conseil constitutionnel a voulu indiquer dans sa décision<sup>718</sup> relative la loi sur l'égalité des chances<sup>719</sup>. Il est possible pour le législateur de prévoir des conditions d'emploi spécifiques pour les jeunes de moins de 26 ans parce qu'«*aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées*»<sup>720</sup>. Les jeunes ne sont plus ici une catégorie vulnérable, mais une catégorie défavorisée. Puisque nous ne sommes plus dans la catégorie des mineurs, cette situation ne peut s'expliquer que par les agissements des employeurs qui refusent d'embaucher les candidats jeunes<sup>721</sup>. Ce constat de discrimination se traduit, pour le Conseil constitutionnel, par une «*précarité de la situation des jeunes sur le marché du travail, et notamment des jeunes les moins qualifiés*»<sup>722</sup>. Il existe à n'en pas douter une discrimination sur le marché de l'emploi qui met les jeunes, mais aussi les travailleurs

---

<sup>716</sup> Article L. 122-45-3 du Code du travail.

<sup>717</sup> Sur le problème de la prise en compte de l'âge dans les entreprises : P. Langlois, *Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge ?*, DS, 2006, p. 155.

<sup>718</sup> CC, 30.03.2006, 2006-535 DC, Loi pour l'égalité des chances.

<sup>719</sup> Loi, 31.03.2006, n° 2006-396, Loi pour l'égalité des chances.

<sup>720</sup> Cons. 17, CC, 30.03.2006, 2006-535 DC, Loi pour l'égalité des chances.

<sup>721</sup> Cela transparait dans l'exposé du Conseil constitutionnel lorsqu'il indique que le nouveau contrat créé à pour aobjectif de «*favoriser l'insertion professionnelle*» des jeunes.

<sup>722</sup> Cons. 17, CC, 30.03.2006, 2006-535 DC, Loi pour l'égalité des chances.



âgés<sup>723</sup>, dans une situation inégale par rapport à un travailleur qui a une certaine expérience sans être à la fin de sa carrière. Les seniors ne sont pas oubliés dans les nouvelles politiques d'embauche. Tout comme pour les jeunes travailleurs, les initiatives se multiplient afin de favoriser leur embauche. C'est ainsi que la Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse s'engage ainsi à recruter 300 seniors en CDI<sup>724</sup>. Le critère de l'âge initialement compris comme une catégorisation possible à cause d'une vulnérabilité plus sensible d'une partie de la population est transformé pour devenir aujourd'hui un critère de différenciation de traitement justifié par une inégalité concrétisée par des préjugés<sup>725</sup>. La transformation est moins nette que celle relative aux femmes, car, ici, il y a un déplacement de la catégorie et des âges, ce qui n'est pas le cas pour la discrimination en fonction du sexe. Cependant, le processus est le même dans le sens où une inégalité, qui revêt initialement un caractère purement objectif, devient subjective par le comportement des autres acteurs sociaux. De ce fait, créer des contrats spéciaux afin de permettre la neutralisation des conséquences de ces attitudes relève du mécanisme d'une politique de discrimination positive. D'autres domaines pourraient ainsi être abordés par les discriminations positives, car l'inégalité objective est présente. Si une discrimination généralisée venait à se superposer à celle-ci, une discrimination positive pourrait voir le jour.

## 2. Les cas possibles de discriminations positives

**181** - Plusieurs catégories vulnérables ont été encadrées juridiquement. Le fait que les discriminations positives réagissent à la transformation d'une inégalité objective en une inégalité due à un facteur subjectif met ces catégories en position privilégiée pour faire l'objet de telles mesures. Parmi ces personnes vulnérables, nous citerons deux exemples afin de montrer l'étendue des discriminations positives. Le premier concerne le droit pénal au travers des détenus et des personnes gardées à vue, tandis que le second atteint le droit civil et le droit du travail avec la protection du contractant en état d'infériorité.

---

<sup>723</sup> Pour les travailleurs âgés, cela se traduit surtout par une discrimination à l'embauche : C. Minni et A. Topiol, *Une discrimination par l'âge surtout à l'embauche*, in « De l'emploi des seniors à la gestion des âges », Problèmes politiques et sociaux, n° 924, mai 2006, p. 36.

<sup>724</sup> [www.actuchomage.org](http://www.actuchomage.org).

<sup>725</sup> Les réformes concernant l'emploi des "seniors" sont censées combattre les préjugés présents sur le marché du travail : L. Levet, *Une catégorisation hasardeuse*, in « De l'emploi des seniors à la gestion des âges », Problèmes politiques et sociaux, n° 924, mai 2006, p. 13.

### a. La protection des détenus et des personnes gardées à vue

**182** - La Cour de Strasbourg a développé une jurisprudence importante sur la nécessité de protéger les personnes qui sont détenues ou qui sont gardées à vue. Elle estime que « *les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité et les autorités ont le devoir de les protéger*<sup>726</sup> ». La personne se trouvant ainsi en situation de faiblesse doit bénéficier de mesures suffisantes pour que cela ne puisse influencer sur son comportement ou sur celui des autorités judiciaires. Cette protection doit être mise en place dès lors qu'une personne est privée de liberté, est en garde à vue<sup>727</sup> ou en détention<sup>728</sup>. Elle doit ainsi pouvoir bénéficier d'un examen médical pratiqué par un médecin de son choix et avoir accès très rapidement à un avocat et à un membre de sa famille<sup>729</sup>. Il s'agit d'une catégorie de sujets de droit qui sont considérés vulnérables *a priori* : dès lors qu'une personne est privée de liberté, elle doit bénéficier d'une protection supplémentaire par rapport à une personne qui a toujours cette liberté. La dérogation au traitement général s'applique de manière automatique puisque les autorités nationales sont « *responsable[s] de toute personne en détention, car cette dernière, aux mains des fonctionnaires de police, est en situation de vulnérabilité*<sup>730</sup> ». Les autorités doivent donc faire en sorte que cette fragilité, qui existe pour toutes les personnes placées dans cette situation, n'ait aucune conséquence lors de la garde à vue ou de la détention. C'est ainsi que la Turquie a dû faire face à un constat de violation dans une affaire où une femme

---

<sup>726</sup> CEDH, 17.03.2005, *Gezici c/ Turquie*, req. 34594/97, § 50.

<sup>727</sup> CEDH, 27.06.2000, *Salman c/ Turquie*, req. 21986/93, rec. 2000-VII (RTDH, 2001, p. 845, note E. van Nuffel) ; CEDH, 27.06.2000, *Ilhan c/ Turquie*, req. 22277/93, rec. 2000-VII, JCP G., 2001, I, 291, n° 11, Chr. F. Sudre ; CEDH, 21.11.2000, *Demiray c/ Turquie*, req. 27308/95, rec. 2000-XII ; CEDH, 01.03.2001, *Berkay c/ Turquie*, req. 22493/93, JCP G., 2001, I, 342, n° 1, Chr. F. Sudre ; CEDH, 27.08.1992, *Tomasi c/ France*, req. 12850/87, A 241-A, RSC, 1993, p. 33, note F. Sudre ; CEDH, 04.12.1995, *Ribitsch c/ Autriche*, req. 18896/91, A 336, RUDH, 1996, p. 9, obs. F. Sudre ; CEDH, 18.12.1996, *Aksoy c/ Turquie*, req. 21987/93, rec. 1996-VI, JCP G., 1997, I, 4000, n° 44, Chr. F. Sudre ; CEDH, 06.06.2000, *Magee c/ Royaume-Uni*, req. 28139/95, rec. 2000-VI ; CEDH, 14.02.2002, *Abdurrahman Arak c/ Turquie*, req. 31889/96 ; CEDH, 13.06.2002, *Anguelova c/ Bulgarie*, req. 38361/97, rec. 2002-IV ; CEDH, 12.03.2003, *Ocalan c/ Turquie*, req. 46221/99, JCP G., I, 160, n° 1, Chr. F. Sudre ; RDP, 2004, p. 806, Chr. M. Levinet ; CEDH, 01.04.2004, *Rivas c/ France*, req. 59584/00 ; CEDH, 03.02.2005, *Biyan c/ Turquie*, req. 56363/00 ; CEDH, 06.10.2005, *H.Y. et Hü. Y. c/ Turquie*, req. 40262/98.

<sup>728</sup> CEDH, 27.07.2004, *Slimani c/ France*, req. 57671/00, JCP G., 2005, I, n° 2-3, Chr. F. Sudre ; RDP, 2005, p. 769, Chr. M. Levinet ; CEDH, 22.07.2003, *Ayşe Tepe c/ Turquie*, req. 29422/95 ; CEDH, 27.07.2004, *A.A. c/ Turquie*, req. 30015/96 ; CEDH, 15.06.2006, *Kornakovs c/ Lettonie*, req. 61005/00 ; CEDH, 15.06.2006, *Moisejevs c/ Lettonie*, req. 64846/01.

<sup>729</sup> CEDH, 31.05.2005, *Gültekin et autres c/ Turquie*, req. 52941/99, § 26.

<sup>730</sup> *Ibid.*.

placée en garde à vue a subi contre son gré un examen gynécologique. Les autorités turques considéraient qu'il n'était pas possible d'être soumis à cet examen médical contre sa propre volonté et que la personne gardée à vue aurait pu s'y opposer à plusieurs reprises. La Cour répond à cette argumentation en estimant que « *dans les circonstances de l'espèce, on ne pouvait s'attendre à ce que la femme du requérant résistât à un tel examen, eu égard à sa vulnérabilité alors qu'elle se trouvait aux mains des autorités qui ont exercé un contrôle total sur elle tout au long de sa détention* »<sup>731</sup>. L'Etat doit faire en sorte que la vulnérabilité intrinsèque d'une personne gardée à vue ne soit pas exploitée par les agents qui ont autorité sur elle. Ces personnes gardées à vue constituent une catégorie juridique particulière qui, pour sa protection, nécessite une dérogation au principe d'égalité classique.

**183** - Toutefois, si la vulnérabilité de cette catégorie juridique existe objectivement et doit s'appliquer dans tous les cas, elle peut varier en fonction des circonstances. Toutes les personnes entrant dans la catégorie des personnes privées de liberté doivent être protégées<sup>732</sup>, mais les mesures peuvent varier en intensité selon certains contextes où les magistrats vont estimer que la personne est encore plus vulnérable à cause d'une caractéristique qui lui est propre. Par exemple, une personne détenue qui risque d'être extradée dans un pays où son sort n'est pas fixé, et qui risque une atteinte à son intégrité physique, est en droit d'attendre de la part de l'Etat dans lequel elle est détenue une attention particulière ainsi qu'une transparence sur sa situation<sup>733</sup>. Toute situation aggravant la vulnérabilité naturelle d'une personne en garde à vue ou détenue doit conduire les autorités nationales à intensifier les mesures de protection et à les adapter à la faiblesse particulière des personnes visées. Il est ainsi nécessaire de prendre en compte l'état psychologique de la personne afin de mener une garde à vue dans des conditions satisfaisantes. Dans une affaire contre la Roumanie de 2003<sup>734</sup>, un homme a été incarcéré pour tentative d'homicide. Au début de son incarcération, il fut indiqué qu'il souffrait notamment de psychopathie paranoïde. Lors de sa détention, plusieurs incidents éclatent avec ses compagnons de cellule et un examen médical montre clairement l'existence d'une dépression nerveuse qui explique le comportement agressif du détenu. Malgré ces constatations, les autorités ne modifient pas son régime d'incarcération, ce dont se plaint le

---

<sup>731</sup> CEDH, 22.07.2003, Y.F. c/ Turquie, req. 24209/94, rec. 2003-IX, § 34.

<sup>732</sup> CEDH, 12.04.2005, Chamaïev et 12 autres c/ Géorgie et Russie, req. 36378/02, § 375 : « *La Cour tient à souligner qu'un Etat est responsable de toute personne en détention, car cette dernière, aux mains de ses fonctionnaires, est en situation de vulnérabilité et les autorités ont le devoir de la protéger* ».

<sup>733</sup> CEDH, 03.02.2005, Biyan c/ Turquie, req. 56363/00.

<sup>734</sup> CEDH, 06.03.2003, Pantea c/ Roumanie, req. 33343/96, rec. 2003-IV, JCP G., 2003, I, 160, n° 3, Chr. F. Sudre.

requérant. La Cour constate qu'il existe bien ici une violation de l'article 3 de la Convention car « *les autorités internes auraient pu raisonnablement prévoir, d'une part, que l'état psychologique du requérant le rendait plus vulnérable que le détenu moyen et, d'autre part, que sa détention pouvait exacerber dans une certaine mesure son sentiment de détresse, inhérent à toute mesure privative de liberté, ainsi que l'irascibilité qu'il avait manifestée auparavant à l'égard de ses codétenus. Partant, la Cour estime qu'une surveillance accrue du requérant était nécessaire* <sup>735</sup> ». D'autre part, dans l'intensité de la protection, nous retrouvons les éléments qui peuvent conduire à une vulnérabilité de la personne, en dehors de toute privation de liberté tels que le jeune âge ou la femme enceinte <sup>736</sup>.

**184** - C'est un autre type de vulnérabilité qui peut donner lieu à d'éventuelles discriminations positives. Les Tsiganes, en tant que minorité, sont reconnus comme ayant une certaine vulnérabilité, qui « *implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre* <sup>737</sup> ». Cette situation se retrouve dans l'ensemble de l'Europe <sup>738</sup> et les conduit à éprouver des difficultés aussi bien dans le respect de leur mode de vie <sup>739</sup>, que dans la scolarité des enfants <sup>740</sup>, ou encore lors d'arrestations <sup>741</sup>. Cette vulnérabilité a la particularité d'être due aux comportements négatifs des autorités nationales à leur égard. Par des attitudes fondées sur des préjugés et des stéréotypes, les Tsiganes se retrouvent dans une situation que l'on peut qualifier de précaire. Lors d'arrestation ou de détention, il serait tout à fait imaginable de concevoir des règles particulières afin de protéger efficacement les Tsiganes qui souffrent d'une double vulnérabilité. De ce point de vue, la Cour de Strasbourg a déjà indiqué que, dans certains cas, il était possible de renverser la charge de la preuve afin que ce soit au gouvernement de prouver l'absence de violation de certains droits, notamment les articles 2 et 3, lors d'une garde à vue. Cela se justifie par le fait que « *les événements en*

---

<sup>735</sup> § 192 de l'arrêt.

<sup>736</sup> CEDH, 03.06.2004, Bati et autres c/ Turquie, req. 33097/96 et 57834/00, § 122.

<sup>737</sup> CEDH, 18.01.2001, Chapman c/ Royaume-Uni, req. 27238/95, rec-2001-I, § 96.

<sup>738</sup> Même si tous les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme consacrés aux droits de la minorité tzigane ne constatent pas de violation, tous reconnaissent les difficultés rencontrées par cette dernière : CEDH, 25.09.1996, Buckley c/ Royaume-Uni, req. 20348/92, rec. 1996-IV ; CEDH, 18.01.2001, Chapman c/ Royaume-Uni, req. 27238/95, Rec. 2001-I ; CEDH, 18.01.2001, Lee c/ Royaume-Uni, req. 25289/94 ; CEDH, 18.01.2001, Coster c/ Royaume-Uni, req. 24876/94 ; CEDH, 18.01.2001, Beard c/ Royaume-Uni, req. 24882/94 ; CEDH, 18.05.2000, Velikova c/ Bulgarie, req. 41488/98, rec. 2000-VI ; CEDH, Gde Ch., 06.07.2005, Natchova et autres c/ Bulgarie, req. 43577/98 ; CEDH, 12.02.2006, Osman c/ Bulgarie, req. 42233/98 ; CEDH, 10.05.2001, Chypre c/ Turquie, req. 25781/94, RTDH, 2002, p. 807, obs. P. Tavernier ; CEDH, 07.02.2006, D.H. et autres c/ République tchèque, req. 57325/00.

<sup>739</sup> CEDH, 18.01.2001, Chapman c/ Royaume-Uni, req. 27238/95, Rec-2001-I.

<sup>740</sup> CEDH, 07.02.2006, D.H. et autres c/ République tchèque, req. 57325/00.

<sup>741</sup> CEDH, 18.05.2000, Velikova c/ Bulgarie, req. 41488/98, rec. 2000-VI ; CEDH, Gde Ch., 06.07.2005, Natchova et autres c/ Bulgarie, req. 43577/98 ; CEDH, 12.02.2006, Osman c/ Bulgarie, req. 42233/98.

*cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités*<sup>742</sup>». La Cour n'admet ce même mécanisme que très strictement lorsque l'article 14 est en cause<sup>743</sup>. Cependant, comme le juge Bratza l'indique dans son opinion séparée de l'arrêt de Grande Chambre Natchova<sup>744</sup>, «*l'exemple d'une affaire où les preuves montreraient que les tentatives d'arrêter des personnes appartenant à un groupe ethnique particulier ont invariablement ou systématiquement abouti au décès de celles-ci, alors que l'arrestation de personnes d'une autre origine ethnique aurait rarement, voire n'aurait jamais entraîné mort d'homme. On peut également envisager des affaires où les éléments de preuve indiqueraient que dans le cadre de la préparation d'une opération d'arrestation, ce n'est que lorsque des personnes d'une certaine origine ethnique étaient impliquées que les agents chargés de l'arrestation ont été munis d'armes à feu ou autorisés à en faire usage*». Nous pouvons en tirer la même conclusion que M. le juge Bratza selon laquelle, dans ce cas, la charge de la preuve doit incomber au gouvernement. Il s'agirait bien ici d'une discrimination positive, ayant un aspect procédural, qui devrait permettre aux membres d'une minorité discriminée d'obtenir les garanties d'un traitement égal lors d'une garde à vue, ou d'une détention, par rapport à une personne appartenant à la majorité. La Cour européenne pourrait aussi dépasser le simple cadre de la preuve pour découvrir une obligation positive pour les Etats de créer des régimes de garde à vue différents suivant l'appartenance ethnique d'une personne, afin de lui garantir un traitement substantiellement égal à celui de tout autre individu placé en garde à vue. L'occasion était fort belle pour la Cour de mettre en place une telle protection puisque l'arrêt Natchova était relatif à la situation d'un Tsigane, membre d'une minorité que la Cour considère comme étant vulnérable. Les affaires relatives au traitement des Tsiganes lors d'une arrestation n'étant malheureusement pas rares, il est possible que l'arrêt Natchova ne soit qu'une étape timide vers des discriminations positives en matière de garde à vue. Cette

---

<sup>742</sup> CEDH, 27.06.2000, Salman c/Turquie, req. 21986/93, rec. 2000-VII, § 100.

<sup>743</sup> CEDH, Gde Ch., 06.07.2005, Natchova et autres c/ Bulgarie, req. 43577/98, § 157 : «*La Grande Chambre n'exclut pas la possibilité d'inviter, dans certains cas de discrimination alléguée, le gouvernement défendeur à réfuter un grief défendable de discrimination et, s'il ne le fait pas, de conclure à la violation de l'article 14 de la Convention, lorsqu'il est allégué – comme en l'espèce – qu'un acte de violence était motivé par des préjugés raciaux, une telle démarche reviendrait à exiger du gouvernement défendeur qu'il prouve que la personne concernée n'a pas adopté une attitude subjective particulière. Si dans les ordres juridiques de nombreux pays la preuve de l'effet discriminatoire d'une politique ou d'une décision dispense de prouver l'intention s'agissant d'une discrimination alléguée dans les domaines de l'emploi ou de la prestation de services, cette démarche est difficile à transposer dans une affaire où il est allégué qu'un acte de violence était motivé par des considérations raciales. S'écartant de l'approche de la chambre, la Grande Chambre estime que le manquement allégué des autorités à mener une enquête effective sur le mobile prétendument raciste des homicides ne doit pas faire peser la charge de la preuve sur le gouvernement défendeur, en ce qui concerne la violation matérielle alléguée de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2*».

<sup>744</sup> CEDH, Gde Ch., 06.07.2005, Natchova et autres c/ Bulgarie, req. 43577/98.

avancée provoquerait la mise en avant définitive du droit pénal dans les discriminations positives. Cette place est quasiment assurée et certaine lorsque le traitement de la situation des Tsiganes est mis en parallèle avec celui des Tchéchènes. Dans l'arrêt Chamaïev<sup>745</sup>, la Cour avait affaire à un problème d'extradition de Tchéchènes de la Géorgie vers la Russie. Pour ce faire, les requérants ont été placés dans un centre de détention provisoire. La Cour a dû répondre à plusieurs questions relatives aux conditions de détention et notamment aux examens médicaux subis par certains Tchéchènes. Elle y met d'ailleurs en exergue la vulnérabilité des personnes qui sont dans cette situation<sup>746</sup>. Pour le sort réservé à certains requérants, elle en profite pour insister sur « *un phénomène nouveau et extrêmement alarmant : des personnes d'origine tchéchène ayant introduit une requête devant la Cour sont victimes de persécution et de meurtre* »<sup>747</sup>. Même si la relation entre les conditions de détention créant une vulnérabilité et la situation difficile des Tchéchènes n'est pas mise en évidence, cet arrêt illustre parfaitement le fait que deux vulnérabilités peuvent se superposer et que l'une d'elle est due à un préjugé, ce qui implique l'existence d'une discrimination positive pour effacer le racisme envers les Tchéchènes, ou envers les Tsiganes. Le droit des contrats pourrait lui aussi être concerné par cette évolution.

## **b. La protection des contractants en état d'infériorité**

**185** - Le droit des contrats obéit à un régime spécifique au regard de l'égalité et spécifiquement des discriminations positives. Beaucoup de discriminations positives touchent le contrat de travail : les embauches de femmes préférentiellement aux hommes, les quotas d'embauche de personnes handicapées. Parallèlement, le droit des contrats dans son ensemble, et le droit du travail en particulier, protègent activement le contractant en état d'infériorité. A l'heure actuelle, les politiques d'embauches prioritaires sont faites en fonction de caractéristiques qui ne touchent pas la situation de contractant, mais une caractéristique particulière sa personne. Cependant, avec la multiplication de ce type d'actions de protection

---

<sup>745</sup> CEDH, 12.04.2005, Chamaïev, préc.

<sup>746</sup> Cf supra § 182.

<sup>747</sup> § 366, CEDH, 12.04.2005, Chamaïev, Préc. Sur ce point : *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, PUF, 3<sup>ème</sup>, 2005, p. 107.

au sein du contrat et de la protection de l'inégalité objective du contractant, il est possible de se demander si ce n'est pas, à terme, la qualité de contractant qui va conduire à des discriminations positives. L'apparition de préjugés portés directement sur cette caractéristique n'est pas à exclure et les discriminations positives actuellement mises en place tendraient à s'orienter dans ce sens.

**186** - La protection du contractant en état d'infériorité est la traduction singulière de l'égalité en matière d'obligations. Certains auteurs parlent d'inégalité contractuelle plutôt que de respect du principe d'égalité<sup>748</sup>. D'autres mettent en avant « *l'inégalité chronique et protéiforme qui existe entre les parties* »<sup>749</sup> dans certains contrats subissant des interventions « *dirigistes* »<sup>750</sup><sup>751</sup>. Dès lors, il est évident que le rapport d'égalité est saisi de manière inhabituelle par comparaison avec le principe d'égalité formelle. L'égalité classique est pourtant présente, mais a perdu de son aura au fur et à mesure de l'évolution du droit des contrats. Deux théories du contrat s'affrontent. L'interprétation classique a donné lieu à la marquante théorie de l'autonomie de la volonté. Elle offre une lecture totalement abstraite et dématérialisée de l'égalité entre les cocontractants où il est considéré que les deux parties se trouvent sur un pied d'égalité<sup>752</sup>. Avec le temps, le rapport de force inégalitaire qui règne dans certains contrats a poussé la doctrine et le législateur à repenser l'égalité dans le contrat. On a ainsi assisté au « *passage progressif d'un ordre économique libéral à un ordre économique dirigé [qui] a conduit à restreindre la liberté contractuelle* »<sup>753</sup>. L'égalité est donc pensée, de plus en plus, comme un rapport d'inégalité initial<sup>754</sup> entre les cocontractants. C'est ici que la seconde conception du contrat prend forme : l'égalité entre les contractants n'est pas toujours présente et fausse le jeu du libre consentement. Pour y parer, il faut mettre en œuvre des distinctions de traitement selon les caractéristiques des parties au contrat. C'est ainsi que

---

<sup>748</sup> J.-L. Souriou, *Préface*, in *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, D. Berthiau, Bibliothèque de droit privé, Tome 320, LGDJ, 1999.

<sup>749</sup> O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat. Etude de 4 contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 322, 1999, § 539.

<sup>750</sup> *Ibid.*, § 11.

<sup>751</sup> M. Fontaine, *Rapport de synthèse*, in « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges », sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, p. 615.

<sup>752</sup> R. Demogue, *La notion de contrat*, in « *Randuv Jubilejni Pamatnik redigoval Dr Jan Krcmar* », Nakladem pravnicke fakulty university karlovy, 1934, p. 16.

<sup>753</sup> P. Malinvaud, *Droit des obligations*, 8<sup>ème</sup> édition, Litec, 2003, p. 21.

<sup>754</sup> Sur ce point : V. Adjimah-Sathoud, *L'égalité des cocontractants en droit civil des obligations*, Thèse, Bordeaux, 1987.

l'idéal de justice dans le contrat<sup>755</sup> conduit le législateur à protéger la partie vulnérable du contrat.

**187** - Certaines situations contractuelles se traduisent *a priori* par un état d'infériorité d'une des parties. Une intervention du législateur est alors nécessaire afin de rétablir dans les faits une égalité réelle. Il s'agit ici de découvrir une inégalité relative, c'est-à-dire que la situation d'une partie est comparée à celle de l'autre partie. Il arrive aussi au droit des contrats de faire référence à une inégalité absolue où l'on ne tient compte que de l' « *état de faiblesse attaché à la personne de l'une des parties au contrat*<sup>756</sup> ». Dans ce cas, nous nous trouvons dans l'exigence de capacité de contracter<sup>757</sup> avec le régime des incapacités précédemment étudié. Ce qui nous intéresse ici est l'infériorité relative du cocontractant, celle qui ne s'analyse qu'au sein du contrat grâce à une comparaison de la situation de chaque partie. Différents types de contrats sont concernés par ce mécanisme. En matière de vente, « *la faiblesse du vendeur d'un immeuble est présumée*<sup>758</sup> », ce qui lui permet d'être un sujet de droit spécifique lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le contrat de vente et l'existence d'une éventuelle lésion<sup>759</sup>. L'action en rescision pour lésion - rare dans le droit des contrats en général - est au seul bénéfice du vendeur marquant ainsi « *une situation particulière de nécessité*<sup>760</sup> ».

**188** - D'une manière générale, le particulier, non professionnel, sera protégé face à un contractant professionnel. Le droit de la consommation dans son ensemble protège ainsi le simple consommateur. Ce but est atteint en renforçant l'obligation précontractuelle de renseignement<sup>761</sup>, ou le formalisme<sup>762</sup> du contrat, afin que le consommateur soit pleinement

---

<sup>755</sup> J. Ghestin, *Contrat*, in Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/PUF, 2003, p. 276.

<sup>756</sup> F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant, 1995, § 2.

<sup>757</sup> Article 1108 du Code civil.

<sup>758</sup> D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Bibliothèque de droit privé, Tome 320, LGDJ, 1999, § 156.

<sup>759</sup> Article 1683 du Code civil : « *La rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur.* » ; Article 1675 Code civil : « *Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente.* En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation ».

<sup>760</sup> D. Berthiau, *Op. cit.*, § 151.

<sup>761</sup> Article L 111-1 du Code de la consommation : « *Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service.* » Il s'agit d'une obligation générale complétée par des obligations particulières à certains contrats, notamment les contrats de crédit : Article L 311-8 Code de la consommation, ou les contrats d'assurance : Article L. 112-2 du Code des assurances.

<sup>762</sup> Sur ce point : S. Porchy-Simon, *Les obligations*, 3<sup>ème</sup> édition, Hypercours, Dalloz, 2004, p. 79.



conscient de ses obligations. Une fois le contrat formé, il lui reste toujours un droit de repentir qui lui permet de rétracter son consentement<sup>763</sup>. La prise en compte de la vulnérabilité du consommateur ne s'est pas arrêtée à l'analyse globale de l'égalité du contrat, mais s'est aussi intéressée, de manière individuelle, à certaines clauses du contrat. La théorie doctrinale des clauses abusives a été traduite au niveau des textes à partir de 1978<sup>764</sup>. Sont réputées non écrites « *les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »<sup>765</sup>. Sont protégés les consommateurs, personnes physiques, ainsi que les non-professionnels, pouvant être des personnes morales, qui ont conclu un contrat sans rapport direct avec leur activité professionnelle<sup>766</sup>. Ce régime juridique réservé aux clauses abusives<sup>767</sup> est significatif de la tendance actuelle du droit des contrats qui est de protéger certaines catégories de contractants. C'est la faiblesse d'une des parties, face à la puissance de l'autre, qui a incité le législateur et la jurisprudence à produire une inégalité venue compenser celle issue des faits dans nombre de contrats ou de situations<sup>768</sup>.

**189** - C'est sans doute le droit du travail qui offre l'exemple le plus net de protection nécessitée par l'inégalité des contractants et la vulnérabilité de la personne qui postule à un emploi<sup>769</sup>. Le contrat de travail est un contrat « *fondamentalement inégalitaire* »<sup>770</sup> puisque le travailleur est en état de faiblesse vis-à-vis de son employeur<sup>771</sup>. Le droit du travail envisage

---

<sup>763</sup> Délai de rétractation de 7 jours pour le démarchage à domicile : Article L. 121-25 Code de la consommation ; délai de rétractation pour les ventes à distance : Article L. 121-16 Code de la consommation ; délai de rétractation pour le contrat de crédit : Article L. 311-15 Code de la consommation ; délai de rétractation pour l'acquéreur d'un bien immobilier lorsque l'acte est conclu sous seing privé ; Article L 271-1 Code de la consommation.

<sup>764</sup> Loi dite Scrivener, n° 78-23, 10.01.1978, Loi sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, modifiée par la loi, 01.02.1995, n° 95-96, Loi concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

<sup>765</sup> Article L 132-1 Code de la consommation.

<sup>766</sup> Sur la notion de consommateur : CJCE, 22.11.2001, Cape, C-541/99 et C-542/99. Sur la notion distincte de non-professionnel : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15.03.2005, n° 02-13285 (PA, 12.05.2005, n° 94, p. 12, note D. Bert, *Personnalité morale et clauses abusives : la Cour de cassation prend le contre-pied de la CJCE* ; D., 2005, jur., p. 1948, note A. Boujeka, *Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français*).

<sup>767</sup> Pour une étude complète sur les clauses abusives : A. Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 306, 2001.

<sup>768</sup> O. Litty, *Op. cit.*, § 539.

<sup>769</sup> CEDH, 11.01.2006, Sorensen et Rasmussen c/ Danemark, req. 52562/99 et 52620/99, JCP G., 2006, I, 164, Chr. F. Sudre.

<sup>770</sup> S. Nadal, *Egalité en droit du travail : quelques réflexions*, in G. Koubi, G.J. Guglielmi, « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 211.

<sup>771</sup> P. Malinvaud, *Droit des obligations*, 8<sup>ème</sup> édition, Litec, 2003, p. 22 ; F. Luchaire, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, p. 1229 : Le caractère social de la République « *peut chercher à avantager sur le plan juridique le faible par rapport au fort et compenser par un avantage juridique une inégalité de fait. Tout le droit du travail repose sur une idée de cette nature.* »

l'inégalité comme une sorte de pré-requis<sup>772</sup> et il se doit par conséquent de compenser la vulnérabilité - que d'aucuns considèrent comme une « fatalité<sup>773</sup> » - de l'employé par une protection accrue de ce dernier<sup>774</sup>. Pour cette raison, même si les salariés protégés ont un lien de subordination moins strict, ils bénéficient de la même protection que les salariés ordinaires avec quelques aménagements dus à leurs fonctions<sup>775</sup>. Ce droit se veut protecteur et pour y parvenir, l'égalité de droits se trouve « contrariée », à tel point que l'on peut faire le constat selon lequel, en droit du travail, « l'égalité est inégalitaire »<sup>776</sup>.

**190** - L' « état d'infériorité<sup>777</sup> » présumé du travailleur face à son employeur se double souvent d'une attitude discriminatoire de ce dernier qui empêche beaucoup de travailleurs de pouvoir pleinement jouir de leur protection. Les membres de certaines catégories « sont injustement privés de la jouissance effective de leurs droits de citoyen<sup>778</sup> ». Les mesures de protection qui s'attachent à cette difficulté ne sont plus vouées à compenser une inégalité que l'on pourrait qualifier de « naturelle<sup>779</sup> », mais à cette situation déjà déséquilibrée est venue se superposer une inégalité provoquée par des préjugés de la part des employeurs<sup>780</sup>. La plupart des discriminations positives ont été mises en place à propos des conditions d'emploi, que ce soit en France ou dans d'autres pays. La législation française s'est ainsi penchée sur le sort des personnes handicapées<sup>781</sup>, tandis que d'autres pays d'Europe<sup>782</sup> ou les Etats-Unis<sup>783</sup> se

---

<sup>772</sup> S. Nadal, *Loc. cit.*

<sup>773</sup> J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 162.

<sup>774</sup> D. Ruiz-Jarabo Colomer, Conclusions sous CJCE, Pfeiffer, 06.05.2003, C-397/01 à C-403-01, Point 47 : « Il convient de ne pas oublier que l'objectif premier de cette directive (Directive 93/104, 23.11.1993, concernant l'aménagement du temps de travail) est de garantir la santé et la sécurité des travailleurs, lesquels constituent la partie la plus vulnérable de la relation de travail ».

<sup>775</sup> Sur ce point : M. Miné, H. Rose et Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, 2<sup>ème</sup> édition, Economica, 2002.

<sup>776</sup> A. Lyon-Caen, *L'égalité et la loi en droit du travail*, DS, 1990, p. 68.

<sup>777</sup> J. Ghestin, *Contrat*, in Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/PUF, 2003, p. 276.

<sup>778</sup> T. Kirszbaum, *La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 101. Voir aussi : R. Badinter, *Les discriminations positives dans l'Union Européenne*, in « Les droits de l'homme au seuil du 3<sup>ème</sup> millénaire », Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 37 ; R. de Gouttes, *Le rôle du comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale*, RTDH, n° spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 567.

<sup>779</sup> B. Renaud, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425.

<sup>780</sup> La discrimination positive consiste, dans son ensemble, à contrecarrer les effets négatifs de certaines mentalités fondées sur des préjugés et des *a priori* concernant les membres de certaines catégories : A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n° 2, 2001, p. 305 ; M. Rosenfeld, *Le principe d'égalité appliqué aux femmes dans la jurisprudence de la Cour Suprême américaine*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc5/rosenfeld.htm>.

<sup>781</sup> Article L. 323-1 du Code du travail. Cette politique peut être qualifiée d'ancienne au regard du débat relativement nouveau autour des discriminations positives puisque ces quotas ont été prévus depuis 1973 (Loi, 02.01.1973, n° 73-4, Loi relative au Code du travail).

<sup>782</sup> CJCE, 17.10.1995, Kalanke, C-450/93, rec. p. I-3051 ; CJCE, 11.11.1997, Marschall, C-409/95, rec. p. I-6363.

sont préoccupés de l'emploi des femmes. De même, l'âge devient un critère d'action de plus en plus important<sup>784</sup>. Les seuls travailleurs qui ne sont pas touchés par ces discriminations positives sont les hommes, blancs, ayant entre 30 et 45 ans, n'habitant pas un quartier défavorisé, n'ayant aucun handicap et ne prenant pas de leur temps de travail pour s'occuper de leurs enfants. Au vu du grand nombre de catégories aidées, il est possible de se demander si ce n'est pas plutôt le statut de contractant en état d'infériorité qui est visé. La grande diversité des catégories qui font face à une attitude stéréotypée des employeurs amène à penser que, finalement, c'est l'ensemble des travailleurs qui est discriminé. Cette catégorie deviendrait, dans son intégralité, une catégorie en état d'infériorité non seulement de par la nature du contrat, mais aussi par l'attitude discriminatoire généralisée de la partie forte du contrat. La catégorie des travailleurs deviendrait ainsi la véritable cible d'une politique de discrimination positive qui différencierait, en son sein, des sous-catégories de travailleurs en fonction de l'ampleur des attitudes discriminatoires dont chacune fait l'objet. Ce glissement de la population cible en matière de contrat de travail pourrait avoir lieu pour tous les contrats où une inégalité objective est présumée à partir du moment où une attitude véritablement discriminatoire est révélée de manière générale. L'état d'infériorité du contractant prendrait alors la forme d'un critère de discrimination, à part entière, sur lequel pourrait venir se greffer des discriminations positives<sup>785</sup>. Ce serait toujours une caractéristique propre de la personne qui serait prise en compte directement par la discrimination positive puisque l'état d'infériorité serait au cœur de l'action législative. Ce n'est toutefois pas toujours le cas, car il peut arriver que ce soit la situation de la personne discriminée qui soit prise en compte, et non la personne elle-même.

---

<sup>783</sup> D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Economica, Coll. Etudes politiques, 2003, pp. 68-69 et 327-328.

<sup>784</sup> Loi, 21.04.2006, n° 2006-457, Loi sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise.

<sup>785</sup> Se pose ici un problème particulier au droit français qui fait de la liste des critères de discrimination insérée dans le Code pénal une liste exhaustive, contrairement à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme qui utilise l'adverbe « notamment » afin de ne pas clore la liste de manière définitive.

## §2. La considération indirecte d'une caractéristique par l'intermédiaire de la situation de la catégorie discriminée

191 - La cible de la protection des discriminations positives est constituée par des personnes qui se différencient de la majorité de par leurs « *caractéristiques innées et constitutives de l'identité de l'individu*<sup>786</sup> ». Cela ne se fait pas toujours de manière directe. Il est parfois nécessaire de ne considérer que la situation dans laquelle se trouve une catégorie, et non la caractéristique qui conduit à cette situation. Fort logiquement, c'est la situation économique et sociale des personnes qui sert de révélateur à la discrimination latente. En effet, refuser les candidats à un emploi en fonction d'une caractéristique n'est pas seulement attentatoire à leur dignité, cela a aussi de fortes répercussions sur leur situation économique ou sociale. Le plus simple pour les discriminations positives est parfois de se fonder sur la situation des personnes que l'on veut protéger, mais le point de départ de cette action est toujours l'existence de préjugés portés sur une caractéristique particulière. Il est de ce point de vue assez remarquable que cette forme de discrimination positive soit la mieux admise, tant sur le plan législatif et jurisprudentiel, que sur le plan doctrinal<sup>787</sup>. Ces mesures intéressent ce que l'Etat providence connaît le mieux, c'est-à-dire la comparaison de deux situations économiques et sociales et la volonté de calquer la situation la plus faible sur celle qui paraît la plus avantageuse<sup>788</sup>. Ces discriminations positives s'inscrivent toutes dans une perspective redistributrice<sup>789</sup>, tout en prenant en pratique plusieurs voies. Certaines passent par le prisme du territoire (A.), tandis que d'autres s'inscrivent dans une démarche individuelle (B.).

---

<sup>786</sup> A. Levade, *Discrimination positive et principe d'égalité en droit français*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 55.

<sup>787</sup> P. Noblet, « *Affirmative action* » aux Etats-Unis et discrimination positive en France, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 462 : « *L'égalité exige que des individus et des groupes dans des situations différentes soient traités différemment. En France, ce principe est souvent appliqué lorsqu'il s'agit de combattre les inégalités de nature socio-économique* ».

<sup>788</sup> S. Wuhl, *L'égalité. Nouveaux débats*, PUF, 2002, p. 186.

<sup>789</sup> M. Rosenfeld, *Op. cit.*

## A. La compensation des déséquilibres économiques et sociaux par l'intermédiaire du territoire

**192** - Il existe en la matière, depuis les années 1990, une véritable inflation<sup>790</sup> des normes visant à équilibrer la situation économique des départements et des villes sur tout le territoire français<sup>791</sup>. Certains auteurs ont alors parlé de « *territorialisation du droit*<sup>792</sup> » pour mettre en avant cette évolution. Une partie de la doctrine a alors assimilé de manière automatique la gestion économique à travers le territoire à des mesures de discrimination positive<sup>793</sup>, créant ainsi une nouvelle expression : les « *discriminations positives territoriales*<sup>794</sup> ». L'ensemble des mesures concernant le territoire ne relève pourtant pas des discriminations positives. Elles n'agissent pas sur le même phénomène d'exclusion. Nous allons retrouver le même mécanisme que celui relatif à la prise en compte directe d'une caractéristique : d'un côté les mesures s'intéressant uniquement à une différence ou une inégalité objective, de l'autre, celles appartenant aux discriminations positives qui visent à compenser les attitudes discriminatoires venues se rajouter à la différence de situation initiale.

**193** - Pour le droit communautaire, cette « *entorse*<sup>795</sup> » territoriale au principe d'égalité de droits est admise par l'article 87 du traité de Rome : peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun « *les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi*<sup>796</sup> », ainsi que « *les aides destinées à faciliter le*

---

<sup>790</sup> Loi, n° 91-662, 13.07.1991, Loi d'orientation pour la ville, JO, 19.07.1991 ; H. Jacquot, AJDA, 1991, p. 892 ; Loi, n° 95-115, du 4.02.1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (loi dite Pasqua) ; Loi, n° 96-987 du 14.11.1996, Loi relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville ; Loi, n° 2000-1208 du 13.12.2000, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains ; Loi, n° 2003-710 01.08.2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine ( Loi dite Borloo) ; Loi organique, n° 2004-192, 27.02.2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française ; Loi, n° 2004-193, 27.02.2004, Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française.

<sup>791</sup> Il s'agit en fait d'un mécanisme d'intervention classique mais qui a connu un véritable développement à la fin du XXème siècle. Voir sur ce point : G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 103.

<sup>792</sup> Y. Madiot, *Vers une territorialisation du droit*, RFDA, 1995, p. 946.

<sup>793</sup> G. Calvès, *Op. cit.*, p. 103. Voir aussi : Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 325.

<sup>794</sup> F. Mélin-Soucramanien, *Les discriminations positives en France*, in « Les discriminations positives », AIJC, 1997, p. 87.

<sup>795</sup> F. Stasse, *Egalité et discriminations positives*, la Documentation française, Coll. Regards sur l'actualité, n° 232, 1997, p. 19.

<sup>796</sup> Article 87-3-a Traité de Rome.

*développement de certaines activités ou de certaines régions*<sup>797</sup>». La vision territoriale du droit français s'inscrit dans cette perspective. La loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire propose « *d'assurer, à chaque citoyen, l'égalité des chances sur l'ensemble du territoire (...) de corriger les inégalités de condition de vie des citoyens liées à la situation géographique et à ses conséquences en matière démographique, économique et d'emploi (...) de compenser les handicaps territoriaux (...) de fixer des dispositions dérogatoires modulant les charges imposées à chacun*<sup>798</sup>». Néanmoins toutes ces règles ne disent pas explicitement quelle est la cause du déséquilibre économique à combattre. Même si le destinataire reste une entité territoriale, toutes ces mesures concernent directement les individus. En effet, « *compétence à critère territorial ne signifie pas compétence relative au territoire*<sup>799</sup>». C'est l'humain qui est au centre de la norme. L'intermédiaire que constitue le territoire n'existe que pour cibler les personnes qui ont besoin de ces mesures compensatoires. C'est un critère de délimitation d'une catégorie et non pas le sujet de la norme, car « *toute norme (...) est exclusivement personnelle*<sup>800</sup>». Le fait d'utiliser le territoire comme critère ne doit pas occulter le fait que c'est la personne qui est visée par la législation.

**194** - Géographiquement, la population la plus concernée par ces mesures réside ou est incitée à résider dans les DOM-TOM. Ces territoires constituent depuis de nombreuses années un « *laboratoire*<sup>801</sup>» pour l'élaboration de nouveaux statuts<sup>802</sup>. La loi de finances de 1980<sup>803</sup>, la loi de finances rectificative de 1986<sup>804</sup>, la loi de finances de 1992<sup>805</sup>, ou encore un décret du 28 mars 1988<sup>806</sup>, prévoient des mesures de défiscalisation ainsi que des primes d'équipement et d'emploi en faveur des entreprises désirant se développer sur ces zones géographiques, ou

---

<sup>797</sup> Article 87-3-c Traité de Rome.

<sup>798</sup> Article 1, loi d'orientation, n° 95-115, 04.02.1995, pour l'aménagement et le développement du territoire, JO, 05.02.1995, p. 1973.

<sup>799</sup> C. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, LGDJ, 1948, p. 32.

<sup>800</sup> A-M. Le Pourhiet, *Discriminations positives ou injustice ?*, RFDA, 1998, p. 519.

<sup>801</sup> D. Destouches, *Le statut de l'Outre-Mer dans les premières constitutions françaises (1791-1848)*, RRJ, n° 2, 2005, p. 893. Voir aussi : P. Noblet, *Loc. cit.* ; G. Calvès, *Les politiques françaises de discrimination positive. Trois spécificités*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 29.

<sup>802</sup> La dernière réforme importante concerne la Polynésie française : Loi organique, n° 2004-192, 27.02.2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française ; Loi, n° 2004-193, 27.02.2004, Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française. Sur cette réforme : A. Oraison, *Réflexions sur la notion de "loi de pays" adoptée par l'organe délibérant d'une collectivité d'Outre-Mer, créée sur la base de l'article 74 de la Constitution de la Vème République. Un des aspects du renforcement du statut d'autonomie de la Polynésie française établi par la loi organique du 27 février 2004*, RRJ, n° 2, 2005, p. 877.

<sup>803</sup> Loi, n° 80-30, 18.01.1980, Loi de finance pour 1980, JO, 19.01.1980, p. 147.

<sup>804</sup> Loi, n° 86-824, 11.07.1986, Loi de finance rectificative pour 1986, JO, 12.07.1986, p. 8688.

<sup>805</sup> Loi, n° 91-1322, 30.12.1991, Loi relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, JO, 31.12.1991, p. 17 225.

<sup>806</sup> Décret, n° 88-295, 28.03.1988, Relatif à la prime d'équipement et à la prime d'emploi dans les départements d'outre-mer et les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon, JO, 31.03.1988, p. 4289.

encore divers avantages accordés aux fonctionnaires de métropole pour favoriser leur installation. Depuis quelques décennies, des interventions législatives analogues ont aussi été mises en place pour la Corse<sup>807</sup>. Selon le législateur, elle « *est dotée d'un statut fiscal destiné à compenser les contraintes de l'insularité et à promouvoir son développement économique* »<sup>808</sup>. L'insularité et l'éloignement de la métropole sont un caractère commun à tous ces exemples. Cette donnée est sans nul doute objective, voire naturelle. C'est une contrainte géographique qui entraîne nécessairement un désavantage pour les personnes qui y résident actuellement, et pour l'installation de nouvelles familles ou entreprises. Dans ce cas, il ne s'agit pas de discriminations positives, mais de simples mesures dérogatoires à l'égalité de droit qui s'efforcent de rétablir une égalité dans les faits et une certaine forme de justice sociale<sup>809</sup>.

**195** - La politique de la ville constitue un autre exemple de traitement différencié dû à une inégalité objective. L'ordonnance du 15 octobre 1986<sup>810</sup> prévoit que, dans certaines villes où l'emploi est sinistré, les entreprises peuvent bénéficier de certaines exonérations fiscales. Etaient notamment concernées à l'époque les villes ayant perdu leurs chantiers navals<sup>811</sup>, cette perte ayant pour répercussion une augmentation très forte du chômage. Ici encore, la source de la situation différente s'appuie sur un facteur objectif qui est le jeu économique. La dérogation à l'égalité correspond donc à une différence de situation classique due à un facteur naturel. Cela s'apparente plus aux mesures destinées à compenser les désavantages subis par la population victime de handicap physique que d'une véritable mesure de discrimination positive.

**196** - La législation la plus récente s'applique à des territoires de plus en plus restreints. Le « *zonage économique* »<sup>812</sup> se fait plus précis. De la ville nous passons à la protection spécifique de certains quartiers dont la population est en très grande difficulté économique et sociale. Ainsi ont été créées les « zones urbaines sensibles » (ZUS) qui sont caractérisées par « *la présence de grands ensembles ou de quartiers d'habitat dégradé et par un déséquilibre*

---

<sup>807</sup> Pour exemple : Loi, n° 94-1131, 27.12.1994, Loi portant statut fiscal de la Corse, JO, 28.12.1994, p. 18521.

<sup>808</sup> Loi, n° 96-1143, 26.12.1996, Loi relative à la zone franche de Corse, article 1.

<sup>809</sup> D. Rousseau, *Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire*, RFDA, 1995, p. 876.

<sup>810</sup> Ordonnance, n° 86-1113, 11.10.1986, relative aux avantages consentis aux entreprises créées dans certaines zones, JO, 16.10.1986, p. 12 478. Elle fut prise à la suite de la loi n° 86-793, 02.07.1986 autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, JO, 03.07.1986, p. 8240.

<sup>811</sup> Etaient concernées, entre autres, les villes de Dunkerque, Aubagne, La Ciotat et La Seyne.

<sup>812</sup> T. Kirszbaum, *La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 101.

*accentué entre l'habitat et l'emploi*<sup>813</sup>», les « zones de redynamisation urbaine » (ZRU)<sup>814</sup> ou encore les « zones franches urbaines » (ZFU)<sup>815</sup>. Ce nouveau quadrillage territorial a eu des répercussions sur la politique de l'enseignement. La création des « Zones d'Education Prioritaire » (ZEP) est sans nul doute la mesure la plus connue en matière territoriale. Elles ont vu le jour dans les années 1980 sous l'impulsion du Ministre de l'éducation nationale Alain Savary, mais ont véritablement été mises en avant à la fin des années 1990<sup>816</sup>. Ce régime spécifique s'adresse aux zones géographiques en difficulté. Le but est de « *contribuer à corriger l'inégalité sociale par le renforcement sélectif de l'action éducative dans les zones et dans les milieux sociaux où le taux d'échec scolaire est le plus élevé*<sup>817</sup> ». Elles sont déterminées selon des critères qui « *caractérisent la difficulté ou le risque grave d'échec scolaire et résultent de la combinaison d'un ensemble d'indicateurs scolaires et socio-économiques des établissements et des zones géographiques concernées*<sup>818</sup> ». Elles se traduisent en pratique par plus de moyens financiers consacrés aux établissements ciblés, ainsi que par l'augmentation du personnel enseignant.

**197** - Ces politiques dépassent alors le cadre de la compensation d'une inégalité territoriale due à un facteur objectif pour se concentrer sur le préjugé porté sur les personnes originaires de certaines zones géographiques. Les critères sociaux et économiques servent de socle à l'établissement d'avantages fiscaux et sociaux, mais cela vise en fait une nouvelle forme de discrimination qui se cache derrière ce zonage géographique. Les quartiers visés

---

<sup>813</sup> Article 42-3, Loi, n° 95-115, du 4.02.1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

<sup>814</sup> Elles sont définies au A du 3 de l'article 42, Loi, n° 95-115, du 4.02.1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire : Sont considérées comme des zones de redynamisation urbaine les « *zones urbaines sensibles définies au premier alinéa ci-dessus qui sont confrontées à des difficultés particulières, appréciées en fonction de leur situation dans l'agglomération, de leurs caractéristiques économiques et commerciales et d'un indice synthétique. Celui-ci est établi, dans des conditions fixées par décret, en tenant compte du nombre d'habitants du quartier, du taux de chômage, de la proportion de jeunes de moins de vingt-cinq ans, de la proportion des personnes sorties du système scolaire sans diplôme et du potentiel fiscal des communes intéressées* ».

<sup>815</sup> B du 3 de l'article 42, Loi, n° 95-115, du 4.02.1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire : « *Des zones franches urbaines sont créées dans des quartiers de plus de 10 000 habitants particulièrement défavorisés au regard des critères pris en compte pour la détermination des zones de redynamisation urbaine* ».

<sup>816</sup> Loi, n° 98-657, 29.07.1998, Loi relative à la lutte contre les exclusions.

<sup>817</sup> Circulaire, n° 81-238, 01.07.1981 : le but est de « *contribuer à corriger l'inégalité sociale par le renforcement sélectif de l'action éducative dans les zones et dans les milieux sociaux où le taux d'échec scolaire est le plus élevé* ». La politique menée depuis 1981 a pour objet de « *renforcer l'action éducative dans les zones où les conditions sociales sont telles qu'elles constituent un facteur de risque, voire un obstacle pour la réussite scolaire des enfants et des adolescents qui y vivent et donc, à terme, pour leur insertion sociale.* » : Rapport général du Sénat, n° 87, Loi n° 87-1269, Loi de finances pour 1998, Tomme III, Annexe 14.

<sup>818</sup> B. Toulemonde, *La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Sciences Po*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 87.



abritent des familles, souvent immigrées, qui sont dans une situation particulièrement précaire. Qui n'a jamais entendu parlé des difficultés éprouvées par les habitants de La Courneuve, Trappes ou d'autres banlieues qui connaissent corrélativement une violence urbaine accrue ? Cette mise en avant stigmatisante provoque l'émergence d'une nouvelle forme de discrimination en fonction de cet élément et que l'on peut retrouver tout autant dans les agissements d'un employeur ou du personnel administratif. La personne peut se trouver discriminée par son lieu de résidence<sup>819</sup>. Certains auteurs semblent prendre conscience de cette nouvelle forme de déséquilibre. C'est ainsi que Yaël en indique que « *les politiques de solidarité sociale à l'échelle des quartiers, communes et agglomérations (...) tendent à lutter contre les discriminations par l'habitat et le lieu de résidence* <sup>820</sup> ». Cette tournure de phrase montre que le lieu de résidence n'est plus un désavantage dû à la situation géographique, mais un point de départ à une nouvelle forme de préjugé « *oblitérant l'avenir des jeunes* <sup>821</sup> » qui sont issus de certains quartiers difficiles. D'un caractère passif, l'habitat est devenu un critère actif qui provoque la discrimination. De ce point de vue, les législations qui luttent contre cette nouvelle forme d'exclusion sont des mesures de discriminations positives. Cela semble être confirmé par certains rapports sur les conséquences des politiques de lutte contre l'échec scolaire. Le rapport général du Sénat concernant le projet de loi de finances pour 1998<sup>822</sup> met en évidence les conséquences positives de la politique menée depuis 1981, et, parmi elles, le fait que « *les orientations vers les CPA (classes préparatoires d'apprentissage) et vers les enseignements professionnels à la fin de la 5<sup>ème</sup> sont en baisse* <sup>823</sup> ». L'importance de ces mesures est double : les élèves qui font partie des ZEP doivent poursuivre une scolarité normale et doivent pouvoir suivre l'orientation professionnelle qu'ils souhaitent sans être contraints de faire des choix professionnels "obligatoires" à cause leur situation économique et sociale. Le but poursuivi est autant quantitatif que qualitatif. Il faut que l'élève conserve un véritable choix dans ses perspectives professionnelles et qu'il ne devienne pas l'initiateur de sa propre discrimination en suivant des orientations scolaires courtes qui mènent très rapidement à un emploi. Ici, nous sommes face à une discrimination positive. N'est pas

---

<sup>819</sup> V. de Rudder, C. Poiret, F. Vourc'h, *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, PUF, 2000, p. 141.

<sup>820</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 330. Voir aussi : H. Pauliat, *La discrimination dans la vie publique*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 835.

<sup>821</sup> E. Aubin, *L'essentiel du droit des politiques sociales*, Gualino éditeur, Coll. Les carrés, 2005, p. 120. Il est à noter cependant que de manière paradoxale au vu de cette conclusion, l'auteur estime que la discrimination positive pèse sur le territoire et non sur les personnes qui y résident.

<sup>822</sup> Rapport général du Sénat, n° 87, Loi n° 87-1269, Loi de finances pour 1998.

<sup>823</sup> Rapport général du Sénat, n° 87, Loi n° 87-1269, Loi de finances pour 1998, Tomme III, Annexe 14.

seulement en cause la situation défavorisée de l'élève et de sa famille, mais également l'image qui leur est renvoyée de leur situation, les conduisant à faire des choix souvent prédéterminés.

**198** - Le point initial de cette situation défavorisée demeure le même, c'est-à-dire une caractéristique que les maillages géographiques permettent de déceler. En matière de ZEP, les critères socio-économiques apparents sont fortement marqués par les caractéristiques ethniques des populations cibles<sup>824</sup>. Les familles immigrées « *se trouvent être, de fait, des destinataires proportionnellement privilégiés de ces politiques* »<sup>825</sup>. Ce sont souvent des discriminations positives qui sont mises en place, bien que cette expression n'apparaisse pas explicitement dans les textes. Ce jeu de cache-cache entre la définition théorique et la pratique s'explique par l'interdiction constitutionnelle absolue de prendre en compte certains traits de l'identité de chacun. L'article premier de la Constitution interdit en effet de se fonder sur l'origine, la race ou la religion. De plus, la discrimination en fonction de ces mêmes critères est prohibée par le Code pénal<sup>826</sup>. Il reste que le législateur ne peut se fonder directement sur ces critères, mais peut utiliser le territoire afin de pouvoir les considérer et compenser la situation inégalitaire constatée. Aux Etats-Unis, une telle difficulté n'est pas présente et l'origine ethnique constitue le point d'ancrage historique des *affirmative actions*. Les actions qui sont menées en ce sens bénéficient clairement de ce « *label* »<sup>827</sup>. En France, même si le critère de l'origine ethnique est voilé par celui du territoire, c'est bien de lui dont il s'agit. Derrière une politique territoriale classique « *c'est bien la logique de la discrimination positive qui tend à se profiler* »<sup>828</sup>. Se sont encore une fois les conséquences des comportements humains discriminatoires qui sont visés<sup>829</sup>. En effet, les chiffres montrent que l'emploi des personnes étrangères, ou présumées telles, est sujet à de fortes discriminations. Dans la plupart des pays européens, si les emplois effectifs globaux sur la période 1979-1987 ont diminué de 12%, les emplois détenus par les étrangers ont baissé de 41% sur la même période, montrant ainsi une discrimination négative face aux personnes étrangères<sup>830</sup>.

---

<sup>824</sup> D. Schnapper, *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Gallimard, 2002, p. 205 ; M.-C. Laval-Reviglio, *Egalité et éducation : les discriminations justifiées, l'exemple de Sciences-Po*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 115.

<sup>825</sup> G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 15.

<sup>826</sup> Article L. 225-1 du Code pénal.

<sup>827</sup> G. Calvès, *Op. cit.*, p. 15.

<sup>828</sup> J. Chevallier, *Réflexions sur la notion de discrimination positive*, in Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 415.

<sup>829</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 353.

<sup>830</sup> Pour une analyse de ces chiffres : Haut Commissariat à l'Intégration, *Rapport relatif aux discriminations*, 1998.

« L'hypothèse a même été avancée d'un "agenda caché" dans la politique de la ville qui pratiquerait l'"affirmative action territoriale" afin d'éviter les effets de la stigmatisation associés à cette démarche lorsqu'elle vise de manière explicite des groupes ethniques ou raciaux <sup>831</sup> ». La prise en compte indirecte d'une discrimination sociétale portée sur une caractéristique présente chez certains individus se concrétise de la même manière lorsque la mesure ne passe pas par l'intermédiaire du territoire.

## **B. La compensation des déséquilibres économiques et sociaux sur le plan individuel**

**199** - Le législateur peut partir du constat d'une inégalité entre les personnes afin de mettre en place des politiques économiques et sociales actives. Il faut en effet admettre que « la rencontre de l'égalité démocratique et des inégalités capitalistes engendre la formation de l'Etat providence et d'un système de protection et de droit social <sup>832</sup> ». L'objectif, tout comme dans une politique territoriale, est de construire un système de compensation pour les individus en difficulté. L'absence de considération géographique n'enlève pas les caractéristiques propres aux discriminations positives à partir du moment où des préjugés sont présents. L'affirmation selon laquelle « l'ensemble des prestations sociales versées aux plus démunis en fonction de leurs ressources ressortissent (...) de la logique des discriminations positives établies en fonction de critères sociaux <sup>833</sup> » est incorrecte. Il faut distinguer les mesures en fonction de la présence ou l'absence de préjugés.

**200** - Certaines inégalités sont "naturelles", c'est-à-dire qu'elles se sont développées en dehors de toute action d'un tiers. Malgré les efforts des gouvernements de ces dernières décennies, tous conscients de la nécessité de distribuer les richesses de manière équitable, des écarts importants de revenus et de capital entre les individus existent toujours. Ces inégalités, aussi injustes qu'elles soient, sont dues au mécanisme de la société sans que soient en jeu des préjugés envers certaines catégories de personnes. L'instauration du revenu minimum

---

<sup>831</sup> T. Kirszbaum, *La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 101.

<sup>832</sup> F. Dubet, *Les inégalités multipliées*, Editions de l'Aube, 2000, p. 15.

<sup>833</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 325.

d'insertion<sup>834</sup>, ou plus récemment, la création de la couverture maladie universelle<sup>835</sup>, ne sont que des exemples parmi d'autres de l'intervention du législateur essayant de limiter directement les différences de revenus, ou encore de limiter les conséquences de ces différents niveaux de ressources. Généralement, les mesures qui concernent directement les revenus correspondent à la compensation d'une inégalité qui est due à un facteur objectif : l'état de pauvreté. Par exemple, l'attribution de logements en fonction des ressources et la création de logements sociaux<sup>836</sup> correspondent à une différence de situation objective qui existe sans l'intervention de tiers. A cet égard, le droit fiscal représente le plus bel exemple d'une politique égalitaire de compensation. Le régime de l'impôt progressif sur le revenu a pour but, par l'intermédiaire d'un traitement différencié, de rétablir - ou du moins de se rapprocher - d'une égalité de fait<sup>837</sup>. Il ne s'agit pas ici de réagir face à une « *discrimination hostile* <sup>838</sup> », mais simplement à une différence de situation objective. Ces mesures ne constituent pas une « *contre-discrimination* <sup>839</sup> », mais simplement une inégalité de traitement dictée par une différence de situation classique. De la même manière, depuis 1998, les services publics administratifs ont ainsi la possibilité de moduler leurs tarifs en fonction du niveau de revenu des usagers<sup>840</sup>. Le législateur fait appel aux notions d'équité et de justice sociale afin de compenser les difficultés rencontrées par les populations défavorisées<sup>841</sup> et de préserver une cohésion sociale<sup>842</sup>. Ces dernières années, nous assistons à la multiplication des « *différenciations en fonction de critères sociaux* <sup>843</sup> » parmi lesquelles des discriminations positives peuvent être décelées.

---

<sup>834</sup> Loi, n° 88-1088, 01.12.1988, Loi relative au revenu minimum d'insertion, JO, 03.12.1988.

<sup>835</sup> Loi, n° 99-641, 27.07.1999, Loi portant création de la couverture maladie universelle.

<sup>836</sup> Loi, n° 85-729, 18.07.1989, Loi relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement ; Loi, n° 96-162, 04.0.1996, Loi relative au supplément de loyer de solidarité ; Loi, n° 98-657, 29.07.1998, JO, 31.07.1998.

<sup>837</sup> J. Buisson, *Les discriminations positives et le droit fiscal*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », sous la direction de G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 227.

<sup>838</sup> G. Calvès, *Op. cit.*, p. 115.

<sup>839</sup> G. Calvès, *Op. cit.*, p. 115 et 117.

<sup>840</sup> Loi, n° 98-657, 29.07.1998, Loi relative à la lutte contre les exclusions, article 174 : « *Les tarifs des services publics administratifs à caractère facultatif peuvent être fixés en fonction du niveau du revenu des usagers et du nombre de personnes vivant au foyer* ».

*Les droits les plus élevés ainsi fixés ne peuvent être supérieurs au coût par usager de la prestation concernée.*

*Les taux ainsi fixés ne font pas obstacle à l'égal accès de tous les usagers au service.*».

<sup>841</sup> J. Buisson, *Loc. cit.*.

<sup>842</sup> G. Calvès, *Op. cit.*, p. 104.

<sup>843</sup> H. Pauliat, *La discrimination dans la vie publique. Rapport français*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 835.

**201** - L'attribution de logements en fonction des ressources et la création de logements sociaux<sup>844</sup> correspond *a priori* à une différence de situation objective qui existe sans l'intervention de tiers. Le Code de la construction et de l'habitation mentionne le but visé : « *L'attribution des logements locatifs sociaux participe à la mise en œuvre du droit au logement, afin de satisfaire les besoins des personnes de ressources modestes et des personnes défavorisées* »<sup>845</sup>. De plus, il existe en quelque sorte un système de "super priorité" dans l'octroi de logements sociaux pour les personnes défavorisées qui sont handicapées ou les familles qui accueillent une personne handicapée<sup>846</sup>. Or, comme nous l'avons déjà constaté, la réaction législative se fait ici pour combattre les conséquences objectives directes du handicap. Il arrive fréquemment qu'une personne handicapée ne puisse pas travailler et bénéficie de peu de revenus alors que les frais engendrés par le handicap sont très élevés<sup>847</sup>. Néanmoins, il faut aussi tenir compte des difficultés des personnes handicapées afin de trouver un emploi<sup>848</sup> et ainsi avoir des ressources suffisantes pour ne pas avoir recours à des logements sociaux. Le handicap est aussi une source de discrimination à l'embauche qui doit entrer en ligne de compte dans cette mesure, car ces préjugés participent des difficultés économiques et sociales des personnes handicapées et justifient ce régime de "super priorité". Une inégalité objective se double ici d'une inégalité due à une discrimination généralisée qui fait de la mesure une discrimination positive. Un mécanisme identique peut être décelé en matière d'éducation et d'enseignement. Le législateur est intervenu en délimitant certains secteurs géographiques dans lesquels les habitants, souvent défavorisés, peuvent bénéficier d'un régime particulier. Cependant, les moyens financiers et humains du mécanisme des ZEP s'arrêtent au secondaire. Pour les études supérieures, il a fallu créer des mesures qui

---

<sup>844</sup> Loi, n° 85-729, 18.07.1989, Loi relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement ; Loi, n° 96-162, 04.0.1996, Loi relative au supplément de loyer de solidarité ; Loi, n° 98-657, 29.07.1998, JO, 31.07. 1998.

<sup>845</sup> Article 441 du Code de la construction et de l'habitation.

<sup>846</sup> Loi, n° 2001-1247, 21.12.2001, Loi visant à accorder une priorité dans l'attribution des logements sociaux aux personnes en situation de handicap ou aux familles ayant à leur charge une personne en situation de handicap, JO, 26.12.2001, p. 20574.

<sup>847</sup> Le législateur a pris acte de ces difficultés dans la loi dite « anti-Perruche », Loi, n° 2002-303, 04.03.2002, Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, article 1<sup>er</sup> al. 3: « *Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale* », article consolidé par la loi, n° 2005-122, 11.02.2005, Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées qui inscrit l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 2002 à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>848</sup> L. Denis, *Les personnes handicapées diplômées. Quand la pratique ne suit pas !*, Revue juridique de l'ouest, 2005, p. 545. Les quotas mis en place pour permettre aux personnes handicapées d'être employés restent souvent théoriques : N. Maggi-Germain, *La construction juridique du handicap*, DS, 2002, p. 1092.

poursuivent les efforts entrepris. Elles se situent sur un plan individuel, car ce ne sont plus les établissements qui bénéficient des aides, mais les personnes qui sont en difficulté. Les statistiques montrent, à cet égard, que les schémas socio-économiques se reproduisent inexorablement<sup>849</sup>. L'origine sociale joue sur l'emploi du futur travailleur et sur l'intégration des grandes écoles permettant l'accès aux emplois les plus rémunérés. On s'aperçoit ainsi sans mal que « *la sélection scolaire frappe plus sévèrement les élèves issus des milieux populaires (...) La sous-représentation de ces milieux aux niveaux supérieurs du cursus reflète l'inégalité devant la sélection (...) mais aussi l'inégalité de sélection ou encore une sous-sélection socialement déterminée* »<sup>850</sup>. Il faut alors dépasser une analyse superficielle de la situation. L'inégalité constatée est induite par la structure même de l'enseignement supérieur et des concours qui font partie de la sélection. Mme Laval-Reviglio a mis en avant l'existence de quatre obstacles qui conduisent les jeunes issus d'un milieu défavorisé à échouer au concours d'entrée de Sciences-Po<sup>851</sup> : la contrainte d'information sur l'étudiant et sa famille, la contrainte d'identification<sup>852</sup>, la longueur des études face au besoin immédiat de revenu, la préparation au concours dans des instituts privés payants. Ici, le milieu défavorisé rentre directement en ligne de compte pour provoquer l'échec de l'étudiant au concours d'entrée. Certaines raisons sont moins lisibles et plus pernicieuses. Les épreuves du concours favorisent les prétendants issus de milieux privilégiés<sup>853</sup> avec notamment la rédaction d'une dissertation de culture générale ou d'histoire. Ce mode de sélection met en évidence un manque de considération des connaissances spécifiques de ces étudiants, de même qu'elle met en lumière l'absence de contact des étudiants visés avec une partie de la culture générale qui fait justement partie des épreuves. Le concours d'entrée représente une évaluation de compétences prédéterminées, mais non le potentiel du candidat, ce qui désavantage certains étudiants issus de milieux défavorisés<sup>854</sup>. « *La méritocratie est biaisée* »<sup>855</sup> de manière inéluctable par ce mode de sélection. L'IEP de Paris a donc décidé de mettre en place, pour les prétendants qui sont issus des ZEP, une nouvelle voie d'accès qui se veut en accord avec

---

<sup>849</sup> M-C. Laval-Reviglio, *Egalité et éducation : les discriminations justifiées, l'exemple de Sciences-Po*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 115.

<sup>850</sup> J-C. Forquin, *L'approche sociologique de la réussite et de l'échec scolaires : inégalités de réussite scolaire et appartenance sociale*, Revue française de pédagogie, n° 59, p. 55.

<sup>851</sup> M-C. Laval-Reviglio, *Loc. cit.*

<sup>852</sup> Il est possible de remarquer à cet égard que l'identification qui conduit à une forme de discrimination est en soi une stigmatisation. La discrimination négative est une forme de stigmatisation préexistante à la stigmatisation tant controversée induite par les discriminations positives.

<sup>853</sup> J-R. Tréanton, A. Darbel et R. Boudon, *Débat sur le livre. Inégalité des chances*, RFS, n° 1, p. 95.

<sup>854</sup> M-C. Laval-Reviglio, *Loc. cit.*

<sup>855</sup> Y. Poirmeur, *Le double jeu de la notion d'égalité des chances*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 91.

leurs propres connaissances sans aboutir à un concours au rabais. Il s'agit seulement d'une adéquation au cursus suivi par certains étudiants ayant pour objet de faire ressortir les compétences à acquérir, et non uniquement celles qu'ils ont actuellement, fortement orientées et discriminantes. Nous nous situons ici au carrefour de la politique territoriale et de la politique sociale individuelle. Un premier critère territorial et social permet une mise en place d'une nouvelle dérogation égalitaire individuelle. Sous des abords de dérogation classique et simple de l'égalité, certaines de ces politiques cachent la recherche d'un équilibre entre les choix existentiels de chaque individu alors que certains sont actuellement bloqués par des obstacles exogènes provoqués par des tiers. Dans ce cas, il s'agit à n'en pas douter de discriminations positives. La notion de mérite est « *mise en cause par le concept de discrimination positive, dans la mesure où les critères qui la définissent sont l'œuvre, non d'une délibération argumentative, mais du vœu de la petite minorité qui définit sa propre vision du bien social*<sup>856</sup> ». Une inégalité, en apparence objective, est, en fait, provoquée par une orientation discriminatoire de l'enseignement supérieur.

**202** - Tous ces exemples montrent que la condition d'existence des discriminations positives est la présence de préjugés qui provoquent, à l'encontre d'une catégorie de personnes, une inégalité. Il existerait donc « *deux formes de discrimination positive*<sup>857</sup> », l'une fondée directement sur une caractéristique de certains individus, l'autre sur le critère de la situation économique et sociale. Néanmoins, il ne s'agit que de formes différentes et non de types différents parce que toutes les mesures se fondent sur une caractéristique identitaire<sup>858</sup>. La seule différence ne réside que dans la forme de la prise en compte de cette caractéristique : directe dans beaucoup de cas, mais aussi indirecte lorsqu'il est nécessaire de masquer l'intervention législative.

---

<sup>856</sup> O. de Schutter, *Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347.

<sup>857</sup> A. Levade, *Discrimination positive et principe d'égalité en droit français*, Pouvoirs, n° 111, 2004.

<sup>858</sup> Pour une opinion contraire : *Ibid.* : « *La réduction de pratiques racistes ou sexistes conduit à l'identification d'une "population cible" à partir de caractéristiques innées et constitutives de l'identité de l'individu, telles que le sexe ou la race. En revanche, la réduction des inégalités socio-économiques nécessite que les bénéficiaires soient identifiés sur la base de critères tenant à leur situation socio-économique. Il y a non pas une, mais deux formes de discrimination positive* ». Sur cette même distinction : E. Keslassy, *De la discrimination positive*, Bréal, 2004.

## Section II. La création d'une différence de situation spécifique

203 - Les discriminations positives dépendent de l'existence de préjugés, mais il faut que ces préjugés apparaissent lors de l'exercice du contrôle de comparaison. Cela doit se traduire par un constat de situations différentes. Les conditions de leur existence dépendent, de ce point de vue, des mêmes conditions que les autres mesures différenciatrices. Cependant, le constat de différence de situation se heurte à des difficultés pratiques. La subjectivité de l'inégalité se traduit par des obstacles pratiques quant à l'analyse de la différence. Le préjugé n'a pas de nature concrète. Tout au plus peut-on constater l'existence des conséquences négatives de telles attitudes discriminatoires. Il est donc nécessaire d'examiner les conditions d'existence de toute différence de situation (§1.) avant de recentrer l'analyse sur les difficultés spécifiques dues à la nature subjective de l'inégalité à constater (§2.).

### §1. L'exigence d'une différence de situation

204 - Les discriminations positives, comme les autres mesures différenciatrices, ont pour objectif de réagir contre une « *situation sociale jugée inégale au départ*<sup>859</sup> ». Cette inégalité doit apparaître lors du contrôle de comparaison sous la forme d'une différence de situation. Ce résultat doit alors justifier la mise en place d'un traitement différencié. La différence de situation s'expose comme « *le substrat consubstantiel*<sup>860</sup> » de l'égalité. L'enjeu de l'exercice du contrôle de comparaison est de « *savoir quelles différences sont négligeables ou non*<sup>861</sup> ». Les juridictions confrontées à l'application du principe d'égalité vont alors devoir déterminer les caractéristiques des différences qui vont servir de justification à un traitement différent. Comme à leur habitude en matière d'égalité, les juridictions, dans leur ensemble, éprouvent quelques difficultés à produire une jurisprudence claire indiquant des critères de

---

<sup>859</sup> M. Demeuse, *La politique de discrimination positive en communauté française de Belgique : une méthode d'attribution des moyens supplémentaires basée sur des indicateurs objectifs*, Cahiers du service de Pédagogie expérimentale, Université de Liège, 01.2001, p. 115.

<sup>860</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 258.

<sup>861</sup> B. Renauld, *Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425.



mise en œuvre. Cependant, deux points centraux ressortent. D'une part, la différence est analysée en fonction de l'objet de la loi considérée<sup>862</sup> ou de sa finalité<sup>863</sup>. D'autre part, c'est le facteur de l'intensité de la différence qui fait de cette dernière une justification de la différence de traitement. Pour certains auteurs, ces deux critères seraient alternatifs<sup>864</sup> au vu de la jurisprudence conjuguée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. Le premier ne s'arrêtant qu'à la détermination de l'objectif poursuivi par la loi<sup>865</sup>, tandis que le second s'attacherait uniquement à l'intensité de la différence. Pourtant, l'examen de la jurisprudence interne et européenne montre que ces deux critères sont utilisés concomitamment et de manière cumulative. Pour que la différence de traitement puisse valablement exister, il faut donc respecter deux critères : l'existence d'une différence en fonction de l'objectif de la loi (A.) et une intensité suffisante de la différence pour qu'elle puisse engendrer une différence de traitement (B.).

#### **A. Une différence fonction de l'objectif poursuivi**

**205** - Chronologiquement, ce critère intervient le premier dans le contrôle de comparaison. La référence à l'objet de la norme en cause correspond à l'angle de vue pour déterminer une éventuelle différence, alors que les caractéristiques de la différence sont étudiées ensuite. Ce n'est bien évidemment que si une différence apparaît en fonction de l'objectif assigné à la loi, éventuellement inégalitaire, que le juge se concentrera sur la force de cette différence. Les juridictions sont plus ou moins sensibles à la nécessité de mettre en exergue ce point de leur activité égalitaire. Bien que le Conseil constitutionnel soit le plus

---

<sup>862</sup> Pour exemple : CC, 27.12.2001, 2001-456 DC, Loi de finances pour 2002 : « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* ».

<sup>863</sup> CC, 10.06.2004, 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique : « *Le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes, dès lors que cette différence de traitement est en rapport direct avec la finalité de la loi qui l'établit.* » Par exemple, en matière d'égalité professionnelle, la finalité de la loi est l'égalité en droit et en fait entre les hommes et les femmes. Les mesures différenciatrices seront donc conformes au principe d'égalité si ces deux égalités sont respectées. Voir sur ce point : M-T. Lanquetin, C. Pettiti, C. Sutter, *L'égalité juridique entre les femmes et les hommes dans la Communauté européenne*, Bruylant, 1994, pp. 56-57.

<sup>864</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 258.

<sup>865</sup> CC, 12.07.1979, 79-107 DC, Ponts à péage.

explicite sur la question<sup>866</sup>, il arrive également au Conseil d'Etat de mettre en valeur cette condition. Dans un arrêt de 1959<sup>867</sup>, à propos d'un arrêté ministériel réservant aux seuls ingénieurs personnes morales la production d'un contrat d'assurance contre les risques de la responsabilité décennale, les juges estiment que cette règle différente est justifiée par la différence de situation existant entre les ingénieurs personnes morales et personnes physiques au regard de l'objet de cette norme qui est de garantir leur solvabilité. En revanche, en ce qui concerne la prise de participation dans des entreprises de travaux publics, les ingénieurs ne se trouvent pas dans des situations différentes au regard de l'objet de l'arrêté ministériel. Le Conseil d'Etat procède ici à la même construction analytique que le Conseil constitutionnel en visant l'objet de la loi pour l'établissement d'éventuelles différences.

**206** - Cour de justice des Communautés européennes, Cour de cassation et Cour européenne des droits de l'homme s'appesantissent moins sur cette question. La réserve des deux premières s'explique par le fait que beaucoup de leur jurisprudence porte sur des problèmes d'égalité de rémunération<sup>868</sup>. L'objectif poursuivi est ici particulièrement clair : il s'agit d'appliquer la règle "à travail égal, salaire égal" en tant que « *déclinaison particulière* <sup>869</sup> » du principe d'égalité de traitement. Le choix du point de vue de la comparaison ne pose alors aucune difficulté. En revanche, c'est l'intensité de la différence qui va véritablement poser problème. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le mutisme affiché peut s'expliquer d'une autre manière. Pour l'instant, la jurisprudence de la Cour porte sur l'article 14 qui a la particularité de ne pas avoir d'existence indépendante. La rédaction de l'article se contente d'offrir la liste, non exhaustive, des critères pouvant servir à une discrimination. Il faut donc rechercher dans les autres articles, auxquels il peut être combiné, afin de pouvoir déterminer les conditions d'existence de la différence. Or, les articles contenant un droit conditionnel expliquent à partir de quel moment une ingérence peut être justifiée. Si l'on prend la rédaction emblématique du paragraphe 2 de l'article 8, il est mentionné qu'une ingérence peut trouver grâce aux yeux de la Convention dès lors qu'elle est prévue par la loi, poursuit un but légitime, et est nécessaire dans une société démocratique. Le

---

<sup>866</sup> Pour un exemple parmi de nombreux autres : CC, 10.06.2004, 2002-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique : « *Le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes, dès lors que cette différence de traitement est en rapport direct avec la finalité de la loi qui l'établit.* »

<sup>867</sup> CE, 15.07.1959, Chambre syndicale des bureaux d'études techniques et omnium technique.

<sup>868</sup> CJCE, 27.03.1980, Macarthys c/ Smith, C-129/79, rec. p. I-1275 ; CJCE, 31.05.1995, Royal Copenhagen, C-400/93, rec. p. I-1275 ; CJCE, 11.05.1999, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankasse c/ Wiener Gebietskrankasse, C-309/97.

<sup>869</sup> G. Auzero, *L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise*, DS, 2006, p. 822.

but de la loi est donc directement inscrit en tant qu'élément à prendre obligatoirement en considération pour la justification d'une ingérence. Laquelle, lorsqu'elle touche un problème de discrimination, devra remplir les mêmes conditions. Dans ce cas, l'existence de la différence en fonction de l'objectif poursuivi est intégrée dans l'article appliqué conjointement à l'article 14. La Cour n'a donc pas eu besoin, ou n'a pas trouvé nécessaire jusqu'à présent, de construire une véritable jurisprudence sur ce point. Il arrive à la Cour de parler de but légitime en se référant à l'article 14<sup>870</sup>, mais dans tous les cas, cela ne lui sert pas directement à déterminer l'existence d'une différence. Quelle que soit la voie empruntée, le but légitime est présent comme un élément de justification de la différence de traitement, et non comme un révélateur de l'existence d'une différence de situation<sup>871</sup>. Il faut comprendre l'existence d'une différence de situation comme étant un but légitime à une différence de traitement. Le pendant de cette jurisprudence est que la différence de situation devient en elle-même une justification à la différence de traitement, sans que l'on soit pour autant plus renseigné sur le constat de l'existence de la différence. Néanmoins, il est possible de trouver des exemples de prise en compte de l'objectif poursuivi afin de déterminer l'existence d'une différence. Dans l'arrêt Hoffmann<sup>872</sup>, la Cour était confrontée à un problème d'autorité parentale refusée à une mère alors qu'elle appartenait aux témoins de Jéhovah. Les juges strasbourgeois estiment que la différence de traitement instituée viole l'article 14 combiné avec l'article 8 au motif que les juges nationaux ont pris en compte la religion de la mère au détriment de ses capacités parentales. A cet égard, la Cour rappelle que, « *nonobstant tout argument contraire possible, on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion* »<sup>873</sup>. Si la juridiction interne, à l'instar des juridictions du premier et du second degré, s'était fondée sur « *l'aptitude générale* »<sup>874</sup> de la mère à s'occuper de ses enfants, il n'y aurait pas eu de constat de violation. La différence de situation doit s'interpréter de manière concrète selon les effets de la religion sur le parent concerné et non en fonction de l'appartenance à cette religion. Ce n'est seulement que dans le cas où l'un des parents ne peut assumer l'éducation de ses enfants, à cause de sa religion, que la différence de traitement est justifiée. En l'espèce, même si la mère suivait les prescriptions

---

<sup>870</sup> CEDH, 29.06.2006, Zeman c/ Autriche, req. 23960/02.

<sup>871</sup> § 32 de l'arrêt : « *A difference of treatment is, however, discriminatory if it has no objective and reasonable justification ; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.* » Voir également CEDH, 20.06.2006, Zarb Adami c/ Malte, req. 17209/02 ; CEDH, 27.03.1998, Petrovic c/ Autriche, req. 20458/92, Rec. 1998-I ; CEDH, 08.07.1986, Lithgow et autres c/ Royaume-Uni, req. 9006/80.

<sup>872</sup> CEDH, 23.06.1993, Hoffmann c/ Autriche, req. 12875/87, A 255-C.

<sup>873</sup> § 36 de l'arrêt.

<sup>874</sup> § 32 de l'arrêt.

générales des témoins de Jéhovah, elle s'était engagée à ce que ses enfants puissent passer les jours de fête en compagnie de leur père, ainsi qu'à autoriser des transfusions sanguines à leur profit. D'un point de vue médical, l'appartenance aux témoins de Jéhovah a des incidences moindres, mais il est possible de penser que dans le cas d'un refus d'autoriser les transfusions sanguines, la Cour aurait admis une différence de situation justifiant la différence de traitement. Cette jurisprudence est confirmée, toujours à propos de l'autorité parentale, cette fois-ci relativement à l'orientation sexuelle du père. Dans l'arrêt *Salgueiro da Silva Mouta*<sup>875</sup>, la Cour s'applique à déterminer l'origine de la différence de traitement et, par conséquent, l'origine de la différence de traitement qui a servi de justification aux autorités internes afin de retirer l'autorité parentale au père. Or, « *aux yeux de la Cour, ces passages de l'arrêt litigieux, loin de constituer de simples formules maladroites ou malheureuses, comme le soutient le Gouvernement, ou de simples obiter dicta, donnent à penser, bien au contraire, que l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale. Cette conclusion est renforcée par le fait que la Cour d'appel, lorsqu'elle a statué sur le droit de visite du requérant, a dissuadé ce dernier d'avoir un comportement permettant à l'enfant, lors des périodes de visite, de comprendre que son père vit avec un autre homme "dans des conditions similaires à celle des conjoints"* »<sup>876</sup>. Comme précédemment la différence existe si les capacités personnelles du père sont prises en compte et non son appartenance à un groupe d'individus particulier. Le point de vue qui doit amener la différence de traitement est celui qui se fonde sur le but recherché. Ici, le but est de préserver la vie familiale des enfants en même temps que la liberté religieuse ou l'orientation sexuelle. Ce n'est seulement que lorsque les caractéristiques propres à un des parents crée une différence, que cette dernière pourra servir de justification à la différence de traitement. Même si l'argumentation de la Cour n'apparaît pas clairement sur le mécanisme de la différence, c'est bien une différence en fonction du but poursuivi que la Cour recherche. Sa logique est toutefois moins lisible que celle des juridictions internes. Cela peut changer avec l'entrée en vigueur du protocole n° 12 car la nouvelle indépendance de la lutte contre les discriminations va libérer ce droit des contingences des autres articles. N'ayant plus de béquille sur laquelle se reposer, la Cour sera sans doute obligée, dans un proche avenir, de clarifier les conditions de justification d'une différence de traitement et d'intégrer pleinement l'angle de vue sous lequel doit apparaître la différence, c'est-à-dire en fonction de l'objectif poursuivi. En revanche, tout comme les autres

---

<sup>875</sup> CEDH, 21.12.1999, *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, req. 33290/96, rec. 1999-IX.

<sup>876</sup> § 35 de l'arrêt.

juridictions, elle se montre plus prolix sur la question de l'intensité de la différence qui va constituer le seuil déclencheur du traitement différent.

## **B. Une différence tangible**

**207** - Pour être une justification au traitement différencié, la différence de situation doit être tangible au sens où elle doit prendre la forme d'une évidence. Une différence minimale ne pourra entraîner qu'un traitement identique, car les juridictions ne vont pas jusqu'à rechercher une identité absolue des situations pour conclure à la nécessité d'un traitement identique. La force de la différence peut provenir de deux hypothèses. La première, et la plus répandue, correspond à des différences importantes entre les situations. La seconde, que l'on trouve surtout en matière d'égalité des rémunérations, est plus attentive à l'accumulation de petites différences.

### **1. Une différence essentielle entre les situations**

**208** - Toutes les juridictions mettent en avant la nécessité d'une différence qui revêt une certaine force. La Cour de cassation ne s'illustre pas en la matière par une volonté de donner un qualificatif à la différence de situation. Si elle le fait, ce n'est qu'au détour d'une espèce la poussant à le faire. Ainsi, il lui est arrivé de rejeter un pourvoi en s'appuyant sur l'arrêt de la Cour d'appel, qui, pour justifier une différence de rémunération entre une salariée et ses collègues masculins, se fondait sur l'existence de « *différences notables* » entre leurs activités professionnelles respectives<sup>877</sup>. Le Conseil d'Etat offre plus d'exemples de qualification de la différence. L'arrêt *Denoyez et Chorques*<sup>878</sup>, relatif aux différents tarifs du bac de l'île de Ré en fonction de la localisation de la résidence principale des usagers de ce service public, illustre parfaitement les considérations de la juridiction administrative. Trois tarifs étaient en

---

<sup>877</sup> Cass. Crim, 05.03.2002, n° 01-88285, Inédit.

<sup>878</sup> CE, 10.05.1974, *Denoyez et Chorques*, n° 88032, 88148, rec. p. 275, note C. Franc et M. Boyon, AJDA, 1974, p. 298 ; D. 1975, Doc. p. 393, P. Tedeschi ; RDP. 1974, p. 467 ; RA, 1974, p. 440, F. Moderne.

vigueur, le premier pour les habitants de l'île, le deuxième pour les habitants de la Charente-Maritime et le dernier pour les habitants des autres départements. Messieurs Denoyez et Chorques faisaient partie de cette catégorie, mais demandaient l'application de l'un des deux autres tarifs au motif qu'ils étaient propriétaires d'une résidence secondaire sur l'île. Le Conseil d'Etat affirme dans cet arrêt qu'une différenciation dans la tarification d'un service public n'est possible que s'il existe des « *différences de situation appréciables* ». Ce que l'on pourrait définir par des différences « *évidentes et manifestes* »<sup>879</sup>. Il estime qu'un tel type de différence existe entre les habitants de l'île et les autres ; en revanche, il refuse de constater cette existence entre les habitants du département de la Charente-Maritime et les autres. Les juges administratifs refusent de voir dans le financement par le département de la Charente-Maritime de l'aménagement de ce service public une quelconque justification à une différence de traitement. Il s'agit pourtant, à n'en pas douter, d'une différence de situation entre les usagers résidant sur le continent, différence qui peut apparaître objectivement appréciable. Toutes les différences de situation ne justifient donc pas une différenciation de traitement, certaines ne suffisant pas à la justifier, même s'il est difficile dans cet arrêt de comprendre quelles sont les différences de situation qui peuvent être prises en compte. Les juges administratifs reprendront les mêmes termes dans des arrêts ultérieurs estimant que « *la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, aux usagers d'un service public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une considération d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service commande cette mesure* »<sup>880</sup>. Il est à noter que le Conseil d'Etat admet que la différenciation de tarif est justifiée par « *le coût de l'extension du réseau de distribution de l'eau* » subi par la partie de la commune de Narbonne concernée par des travaux relatifs au service de distribution publique d'eau potable. Il est assez paradoxal que, dans l'arrêt de 1974, le fait que les travaux et le fonctionnement du bac soient financés par les impôts des habitants de la Charente-Maritime ne soit pas pris en compte pour qu'ils obtiennent un tarif préférentiel, étant donné les efforts financiers consentis, alors que le Conseil d'Etat considère en 1996 que certains habitants doivent payer plus cher l'eau potable compte tenu des travaux à réaliser sur leur secteur pour étendre le service de distribution publique d'eau potable. Seules sont prises en considération les

---

<sup>879</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 258.

<sup>880</sup> CE, 26.07.1996, Association Narbonne libertés 89, n° 130363 130450, rec. p. 696. Voir aussi : CE, 13.10.1999, Compagnie nationale Air France, n° 193195, rec. p. 303 ; CE, 08.04.1998, Association pour le développement et le rayonnement des Orres, n° 127205, rec. p. 709 ; CE, 02.04.1997, Commune de Montgeron, n° 124883.

différences sensibles<sup>881</sup>. C'est ainsi que le montant de base de la redevance d'enlèvement des ordures ménagères peut valablement varier entre les usagers de ce service public. En revanche, classer les hôtels-restaurants et les restaurants dans la même catégorie tarifaire ne constitue pas une violation du principe d'égalité puisque « *la quantité d'ordures ménagères produite par ces deux activités n'est pas sensiblement différente* »<sup>882</sup>. De même, dès lors que le temps de préparation à un concours n'est pas sensiblement différent entre les candidats, ils doivent subir un traitement identique<sup>883</sup>.

**209** - Le vocabulaire employé se retrouve quasiment à l'identique dans la jurisprudence de Strasbourg. L'arrêt fondateur des mesures différenciatrices<sup>884</sup> fait référence à des situations « *sensiblement différentes* »<sup>885</sup>, de même que l'arrêt *Posti et Rahko*<sup>886</sup> et l'arrêt *Fretté*<sup>887</sup>. Cependant, il est aussi arrivé à la Cour de parler de situations « *substantiellement différentes* »<sup>888</sup>, mais cette expression n'est présente que dans la version française, les arrêts en langue anglaise continuant à utiliser la même expression<sup>889</sup>. Elle se réfère également à des « *circonstances de fait essentiellement différentes* »<sup>890</sup>, ce qui n'est pas sans rappeler sa jurisprudence de 1968 dans l'arrêt « *Linguistique belge* »<sup>891</sup>, ainsi que la jurisprudence communautaire à qui il arrive parfois de mentionner des « *différences juridiques et factuelles [qui] ne présentent pas de différences essentielles* »<sup>892</sup>. L'emploi de synonyme n'enlève rien à

---

<sup>881</sup> CE, 12.12.2003, Association amicale des anciens élèves de l'Agro de Montpellier, n° 245607. Le Conseil, après avoir rappelé que « *si le principe d'égalité impose que, dans les concours d'accès aux emplois publics, il ne soit tenu compte que des mérites des candidats* », explique qu' « *il ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités de ceux-ci à l'entrée dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte de la variété des situations, et en particulier des études suivies ou des expériences professionnelles antérieures, ainsi que des besoins du service public.* » Il apparaît que le parcours des étudiants dans diverses écoles d'agronomie peut être « *différent sensiblement* », ce qui justifie une absence d'uniformité dans les modalités de recrutement dans ces différentes écoles.

<sup>882</sup> CE, 25.06.2003, Mme X., n° 240898.

<sup>883</sup> CE, 23.02.2000, Mme Marchand, n°199855, Inédit au Recueil.

<sup>884</sup> CEDH, 06.04.2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. 34369/97.

<sup>885</sup> § 44 de l'arrêt.

<sup>886</sup> CEDH, 24.09.2002, *Posti et Rahko c/ Finlande*, req. 27824/95, Rec. 2002 VII, § 82.

<sup>887</sup> CEDH, 26.02.2002, *Fretté c/ France*, req. 36515/97, Rec. 2002-I.

<sup>888</sup> CEDH, 29.04.2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. 2346/02, rec. 2002-III, § 88.

<sup>889</sup> CEDH (DR), 03.05.2001, *Harrison c/ Royaume-Uni*, req. 32263/96 ; CEDH (DR), 22.05.2001, *Clark et autres c/ Royaume-Uni*, req. 28575/95 ; CEDH (DR), 14.05.2002, *Csepyova c/ Slovaquie*, req. 67199/01. Sur ces décisions : F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Thèse, Limoges, 2005.

<sup>890</sup> CEDH, 20.06.2006, *Zarb Adami c/ Malte*, req.17209/02 ; CEDH, 16.11.2004, *Ünal Tekeli c/ Turquie*, req. 29865/96.

<sup>891</sup> La célèbre affaire *Linguistique belge* faisait aussi référence à des « *circonstances de fait essentiellement différentes* » afin de justifier des inégalités de droit visant à corriger des inégalités de fait : CEDH, 23.07.1968, « *Affaire linguistique belge* », A 6, § 10, AFDI, 1968, p. 201, obs. R Pelloux.

<sup>892</sup> TPICE, 30.11.2005, *Vanlangendonck c/ Commission*, T-361/03.

la volonté de la Cour de ne prendre en compte que les différences tangibles, tout en éliminant les différences minimales<sup>893</sup> ou, à l'inverse, « *fondamentales* »<sup>894</sup>.

**210** - Le Conseil constitutionnel semble avoir une perspective identique. Sa jurisprudence ne se consacre pas autant à l'intensité de la différence, mais elle se remarque par l'utilisation d'un vocabulaire assez similaire à celui de la Cour de Strasbourg. Bien que rare, la sensibilité de la différence peut servir de justification à une différence de traitement<sup>895</sup>. A l'inverse, l'absence de « *différence significative* »<sup>896</sup> entre deux situations conduit à l'absence de justification de différents régimes entre les contribuables. On peut se demander si cette expression ne permet pas d'englober, ou du moins de relier l'intensité de la différence avec l'existence de la différence au regard de l'objectif poursuivi puisque dire d'une différence qu'elle est significative, c'est lui donner un sens, une orientation. Or, cela ne peut correspondre qu'au but poursuivi par la mesure. Une différence significative est une différence qui ne se fait jour qu'en fonction de l'objectif assigné à la loi qui crée la différence de traitement. Cependant, de son côté, la Cour de justice des Communautés européennes utilise ce terme dans un aspect simplement quantitatif et qui semble dénué de toute orientation particulière. Dans ses conclusions sous l'arrêt Badeck, M. Saggio<sup>897</sup> explique que l'existence d'actions positives ne se trouve pas justifiée en l'espèce en raison d'« *une différence non significative dans les quotes-parts de présence des femmes et des hommes dans une entreprise ou un secteur public* »<sup>898</sup>. Ici, s'agissant d'une simple donnée chiffrée, le caractère significatif indique seulement le déséquilibre en nombre entre les hommes et les femmes. En revanche, quand l'aspect qualitatif est nécessaire afin de déterminer si la différence de situation est tangible, la référence au but poursuivi devient indispensable et le caractère significatif a plus de chance de lui faire référence. Malgré l'intérêt d'une telle expression, le Conseil

---

<sup>893</sup> CEDH, 12.01.2006, Mizzi c/ Malte, req. 26111/02, § 131 : « *the fact that there are some differences between two or more individuals does not exclude that they might be in sufficiently comparable positions and interests.* »

<sup>894</sup> CEDH, 11.01.2001, P. M. c/ Italie, req. 24650/94.

<sup>895</sup> CC, 18.12.1997, 97-393 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998 : « *même à revenu et nombre d'enfants égaux, la charge liée à la présence d'enfants au foyer est sensiblement différente selon qu'un seul membre du couple exerce une activité professionnelle ou selon qu'il s'agit d'une personne seule ou d'un couple dont les deux membres exercent une activité professionnelle effective, en raison des contraintes spécifiques liées à ces deux dernières situations ; qu'il appartient au pouvoir réglementaire de fixer le revenu professionnel minimal ouvrant droit à la majoration de manière à ne pas introduire de discriminations injustifiées* ».

<sup>896</sup> CC, 28.12.1995, 95-369 DC, Loi de finances pour 1996. Voir aussi : CC, 14.08.2003, 2003-483 DC, Loi portant réforme des retraites. On peut se demander si cette expression ne permet pas d'englober, ou du moins de relier l'intensité de la différence avec l'existence de la différence au regard de l'objectif poursuivi puisque dire d'une différence qu'elle est significative, c'est lui donner un sens, une orientation.

<sup>897</sup> A. Saggio, 10.06.1999, Conclusions sous CJCE, Badeck, C-158/97

<sup>898</sup> Point 32 des conclusions.



constitutionnel semble toutefois avoir une certaine préférence pour la particularité de la situation. Il admet que le Département de la Guyane et la commune de Saint-Martin en Guadeloupe ont un régime dérogatoire en matière de circulation internationale des personnes au vu de leur situation particulière en ce domaine. Le conseil n'hésitant pas à rappeler que cette situation particulière « *est en relation directe avec l'objectif que [le législateur] s'est fixé de renforcer la lutte contre l'immigration clandestine* »<sup>899</sup>. Reconnaître le particularisme d'une situation correspond sans nul doute au constat et à l'admission du degré d'intensité de la différence constatée<sup>900</sup>, car le fait qu'elle soit particulière est un moyen d'identification de la situation par rapport à celle avec laquelle on la compare. Cela n'est possible que lorsque cette situation revêt des caractéristiques propres marquant une différence certaine. La préférence pour la particularité de la situation provoque néanmoins un embarras, car la différence constatée reste confinée dans des limites un peu floues, sans possibilité réelle d'éclaircir sa provenance. Cette position laxiste est critiquable dans la mesure où des juridictions se montrent particulièrement sensibles au contenu même de la différence. Généralement, cela transparait grâce à un système de mise en avant de l'accumulation de petites différences qui créent une différence tangible.

## 2. Une accumulation de plusieurs différences

211 - Le domaine de l'égalité de rémunération a conduit les juridictions qui y sont confrontées à développer une jurisprudence plus attentive au contenu de la différence et à expliquer plus clairement quels éléments devaient être pris en compte afin de constater l'intensité suffisante de la différence. Bien que la Cour de cassation soit parvenue à étendre l'application de ce mécanisme à d'autres domaines, c'est sans nul doute la Cour de justice des Communautés européenne qui a le plus ouvertement œuvré en la matière. A cet égard, les conclusions de l'avocat général M. Cosmas dans l'affaire *Angestelltenbetriebsrat der Wiener*

---

<sup>899</sup> CC, 13.03.2003, 2003-467 DC, Loi pour la sécurité intérieure.

<sup>900</sup> Voir aussi pour exemple : CC, 05.08.2004, 2004-501 DC, Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, Considérant 19 : « *En prévoyant, pour certaines entreprises, une réduction forfaitaire de la masse salariale servant de base à la répartition de la charge des « droits spécifiques passés », le législateur a entendu tenir compte de leur situation particulière.* » Autres exemples : CC, 29.08.2002, 2002-461 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la justice ; CC, 28.12.2000, 2000-441 DC, Loi de finances rectificative pour 2000 ; CC, 19.12.2000, 2000-437 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 ; CC, 07.12.2000, 2000-435 DC, Loi d'orientation pour l'outre-mer.

Gebietskrankenkasse<sup>901</sup> sont particulièrement éclairantes. Il s'agissait, en l'espèce, d'un problème d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins alors que les travailleurs en cause exerçaient la même activité, mais avaient reçu une formation professionnelle différente et possédaient un titre professionnel différent. Dans ce cas, ces différences sont-elles suffisantes pour justifier d'une rémunération différente entre les catégories de travailleurs concernés ? M. Cosmas explique ici que trois méthodes d'interprétation sont possibles. La première, déjà suivie par la Cour dans l'affaire *Macarthy*<sup>902</sup>, est de considérer que « *l'exercice d'une même activité suffit à entraîner l'existence d'un "même travail" ou d'un "travail de même valeur" ou d'un "même poste de travail", même dans le cas où cette activité est exercée en vertu d'un titre professionnel différent, résultant d'une formation professionnelle différente, et où une catégorie de travailleurs est habilitée, en vertu du titre professionnel requis, à exercer aussi d'autres activités relevant d'un domaine plus large* ». Cette solution « *a l'inconvénient de limiter la notion même de travail au cas où cette activité est exercée et ignore les distinctions sémantiques faites par l'article 119* »<sup>903</sup>. Accepter cette lecture souple serait donc contraire à l'esprit de l'article 119<sup>904</sup> qui se veut précis quant aux termes et aux situations retenus.

**212** - La deuxième méthode, beaucoup plus radicale, consiste à refuser la qualification de "même travail", alors que les activités exercées sont identiques, mais que les formations professionnelles sont de niveaux différents. Cette interprétation présente l'inconvénient inverse de la première : celui de faire sortir beaucoup de situations du champ d'application de l'article 119.

**213** - La dernière méthode, préconisée par l'avocat général, est une voie médiane entre les deux premières. Il s'agit de faire de la qualification professionnelle un double usage. Elle « *peut être utilisé[e] comme un critère objectif permettant de justifier la différenciation des rémunérations attribuées pour un même travail ou pour un travail de même valeur, mais aussi comme un critère de comparaison des prestations de travail* »<sup>905</sup>. La Cour a d'ailleurs admis cette interprétation dans l'arrêt *Royal Copenhagen*<sup>906</sup> où elle a indiqué que la formation professionnelle des travailleurs constitue un critère pour déterminer la présence ou l'absence

---

<sup>901</sup> G. Cosmas, 19.01.1999, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, C-309/97.

<sup>902</sup> CJCE, 27.03.1980, *Macarthy*, C-129/79, rec. p. I-1275 : un même travail peut concerner un travail qui a une forte similarité avec un autre sans pour autant être identique.

<sup>903</sup> Point 32 de l'arrêt.

<sup>904</sup> Aujourd'hui article 141 CE.

<sup>905</sup> Point 32 de l'arrêt.

<sup>906</sup> CJCE, 31.05.1995, *Royal Copenhagen*, C-400/93, rec. p. I-1275.

de similarité des postes de travail objets de la comparaison. Cette conclusion présente le désavantage d'être plus complexe à mettre en œuvre que les précédentes. En revanche, elle permet de ne pas restreindre le champ d'application de l'article 119, tout en respectant les nuances apportées par cet article. En effet, la différence de qualification professionnelle n'est pas suffisante pour exclure l'article 119, mais elle justifie une différence de rémunération entre les travailleurs. Comme l'explique M. Cosmas, « *la différence de formation professionnelle consiste habituellement dans l'existence de diplômes de niveaux différents ou, d'une manière générale, de formations professionnelles de niveaux différents. Dans ce cas, les diplômes de niveaux différents n'entraînent pas une différenciation si profonde qu'il y ait lieu de parler d'une profession différente ou d'un poste de travail différent, mais ils peuvent justifier une différenciation des rémunérations attribuées pour un même travail* »<sup>907</sup>. Seule cette interprétation permet de donner toute sa substance à la différence de situation constatée. La Cour<sup>908</sup> suivra cette voie de compromis dans cette affaire en reprenant l'argumentation développée par l'avocat général, mais elle aboutit, tout comme ce dernier, à l'absence d'un même travail, ce qui empêche l'article 119 de pouvoir jouer<sup>909</sup>. C'est une recherche qualitative de la différence qui est faite quant à l'activité exercée<sup>910</sup>. Le résultat sert ensuite à déterminer une quantité, c'est-à-dire la distance existant entre les deux situations.

**214** - La Cour de cassation entretient un mécanisme similaire. Dans un arrêt de 2000 relatif à une discrimination salariale<sup>911</sup>, la Cour d'appel avait estimé qu'il n'était pas possible de constater une discrimination salariale au détriment d'une salariée en raison de « *l'absence d'éléments précis de comparaison* ». Cela conduit la Cour de cassation à casser l'arrêt puisque « *en statuant ainsi, alors, d'une part, qu'elle avait constaté que, dès son entrée en fonction, la "prime de choix" de la salariée avait été très nettement inférieure à celle de ses collègues*

---

<sup>907</sup> G. Cosmas, *Op. cit.*, point 33.

<sup>908</sup> CJCE, 11.05.1999, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankasse, C-309/97.

<sup>909</sup> Point 23. Il est intéressant de constater que l'avocat général et la Cour expliquent en détail qu'une situation peut être assez différente pour justifier d'une différence de traitement sans pour autant sortir du cadre de l'article 119 qui parle d'un « *même travail* », mention qui se révèle inutile puisqu'il est admis, dans les deux cas, qu'il ne s'agit pas d'un même travail au sens de l'article 119.

<sup>910</sup> Point 33 des conclusions de M. Cosmas et point 20 de l'arrêt : « *Il ressort des indications contenues dans l'ordonnance de renvoi que, si les psychologues et les médecins employés en qualité de psychothérapeutes par la caisse régionale exercent une activité apparemment identique, ils utilisent, pour traiter leurs patients, des connaissances et des capacités acquises dans des disciplines très différentes, les unes fondées sur des études de psychologie et les autres sur des études de médecine. En outre, la juridiction nationale souligne que, même si les médecins et les psychologues effectuent concrètement les uns et les autres un travail de psychothérapie, les premiers sont habilités à exercer également d'autres activités relevant d'un autre domaine que celui ouvert aux seconds, qui peuvent seulement exercer une activité de psychothérapeute* ».

<sup>911</sup> Cass. Soc, 28.11.2000, n° 97-43715, 99-41661, Bull. Soc, 2000, V, n° 395, p. 302 ; JCP, 2001, n° 23, p. 1118, note D. Corrignan-Carsin.

*masculins et qu'il n'était pas établi que cette différence était justifiée par des éléments objectifs, et alors, d'autre part, que l'existence de différences semblables entre les salariés de sexe masculin ne pouvait justifier une telle discrimination, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les textes susvisés* ». Aucun élément concernant l'intensité de la différence de situation constatée n'est pourtant donné dans cet arrêt. Le seul qualificatif employé est relatif à la différence entre le montant de la prime de choix touchée par la salariée et celle des autres salariés de l'entreprise, ce qui correspond à la différence de traitement et non à la différence de situation initiale. La Cour parle d'éléments objectifs, ce qui laisse paraître une multiplicité des critères à prendre en considération. Elle se montre d'ailleurs plus volubile sur ce point dans d'autres arrêts. Un arrêt de 2000 relatif à une éventuelle violation des critères fixant l'ordre des licenciements<sup>912</sup> permet d'apporter un certain éclaircissement. La Cour de cassation estime que la Cour d'appel, « *appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis et ne peuvent être remis en discussion devant la Cour de Cassation, a estimé que les salariés dont la situation devait être comparée avait une ancienneté similaire, des charges de famille comparables et fait ressortir que les qualités professionnelles du salarié chargé du secteur le plus affecté par la baisse des commandes étaient inférieures à celles des autres salariés ; qu'ayant ainsi constaté que l'employeur avait pris en considération l'ensemble des critères applicables, la cour d'appel qui pouvait lui reconnaître le droit de privilégier l'un d'entre eux, a légalement justifié sa décision* ». La Haute juridiction fait mention des critères pris en compte par la Cour d'appel sans apprécier, fort logiquement, si la situation du salarié remplissait ces critères. A partir du moment où un salarié a une ancienneté différente, des charges de famille différentes, il sera considéré comme n'étant pas dans une situation comparable. De même, dans un litige relatif à un contrat de location-gérance de station service<sup>913</sup>, elle exprime la nécessaire multiplicité des éléments à prendre en considération. Il était reproché à la société Esso de traiter différemment les concessionnaires des personnes qui sont liées avec elle par un contrat de location-gérance. La Cour de cassation estime que c'est à bon droit que la Cour d'appel a pu avaliser ces pratiques différenciatrices au motif que la différence de traitement quant aux conditions de vente n'était pas seulement faite en fonction de « *la seule qualification professionnelle des acheteurs* », mais aussi en prenant compte des « *investissements dont bénéficie le gérant* ». Le constat d'existence de situations différentes dépend ici de la combinaison de plusieurs facteurs. Les critères mis en exergue sont cumulatifs, la présence d'un seul n'étant pas

---

<sup>912</sup> Cass. Soc, 25.06.1997, n° 95-43818, Inédit ; Cass. Soc, 28.11.2000, Préc.

<sup>913</sup> Cass. Com, 15.10.1985, n° 83-15911, Bull Com, 1985, IV, n° 240, p. 202.

suffisant pour qualifier les situations de différentes. De la même manière, en matière de mutuelles d'assurances, il n'est pas interdit de traiter les membres de façon différente à partir du moment où des différences sont constatées entre eux, différences qui sont « *appréciées selon les risques apportés, les cotisations fournies ou la situation de famille* ». En l'occurrence, « *l'arrêt retient exactement que le traitement différent dont se plaignent les adhérents trouve sa justification dans le montant des cotisations versées sans qu'il soit porté atteinte au caractère effectif de la couverture complémentaire* »<sup>914</sup>. Si les éléments se présentent ici sous la forme d'une alternative, cela semble plus évoquer une liste illustrative de critère que l'exigence d'un seul critère pour conclure à une différence de situation. Quelle que soit la volonté de la Cour, cela montre, dans tous les cas, que la différence se construit à partir de plusieurs éléments qui, par leur examen conjoint, provoquent le constat d'une différence de situation. Cela montre que le contrôle exercé sur la différence de situations est un contrôle relativement complet, et complexe, qui nécessite une analyse attentive des situations qui font l'objet de la comparaison. La tâche est rendue encore plus complexe lorsqu'il s'agit de justifier d'un traitement différent relevant d'une discrimination positive. L'intensité de la différence correspond ici à l'importance du préjugé, ou plutôt de ses conséquences.

## **§2. La difficile constatation de la différence de situation en matière de discriminations positives**

**215** - Le préjugé étant l'élément déclencheur de la nécessité de mettre en place une discrimination positive, le constat de la différence de situation devrait normalement peser sur lui. Cependant, sa source est difficilement identifiable. En effet, « *l'appréciation de la licéité d'une différence de traitement s'avère (...) plus délicate lorsque cette dernière ne résulte pas d'une différence biologique et donc incontestable* »<sup>915</sup>. Le préjugé peut être intégré dans la société de telle manière que l'auteur du préjugé n'est pas connu. C'est d'ailleurs souvent le cas, car le préjugé se manifeste surtout par un caractère diffus qui lui permet de s'immiscer

---

<sup>914</sup> Cass. Soc., 16.11.2000, n° 99-10608, Bull, 2000, V, n° 376, p. 288.

<sup>915</sup> H. Surrel, *Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe*, RTDH, n° 57, 2004, p. 141.

dans tous les rouages de la société, laissant les auteurs dans une situation de quasi impunité. Ce sont surtout les conséquences des préjugés qui peuvent se matérialiser et donc être quantifiées. Les outils statistiques sont alors les révélateurs des discriminations issues de préjugés, mais là encore, les résultats ne sont pas toujours probants. Il faut donc éliminer les possibilités de recourir à la source du préjugé, c'est-à-dire à son auteur. Cela n'est pas chose aisée, car, par nature, le préjugé est un élément diffus (A.). Les études statistiques sont ici indispensables, mais présentent certaines limites (B.).

### **A. Le caractère diffus de la source du préjugé**

**216** - C'est l' « *inertie des stéréotypes*<sup>916</sup> » qui conduit aux discriminations positives. Cela implique que la société, dans son ensemble, soit traversée par ces préjugés et que beaucoup d'acteurs, qu'ils soient privés ou publics, s'en fassent le relais. Essayer de déterminer la différence de situation par rapport à la source du préjugé est inutile, car la source ne peut être véritablement identifiée, et l'auteur de l'acte discriminatoire n'est pas forcément celui qui porte les préjugés. Celui qui est victime de la discrimination peut aussi en être l'auteur.

#### **1. Une source non identifiable**

**217** - « *Il suffit pour qu'il y ait discrimination que l'individu croie à l'existence du groupe et adapte son comportement à cette croyance*<sup>917</sup> ». C'est ce que démontre le fait que l'appartenance supposée à un groupe soit suffisante, en droit interne, pour que l'acte puisse être qualifié de discrimination<sup>918</sup>. Le point essentiel est alors « *l'opinion du*

---

<sup>916</sup> C. Achin, *Un "métier d'homme" ? Les représentations du métier de député à l'épreuve de sa féminisation*, RFSP, vol. 55, n° 3, 06.2005, p. 477.

<sup>917</sup> F. Chabas, *Rapport de synthèse*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 1.

<sup>918</sup> Article L. 225-1 du Code pénal, al. 1<sup>er</sup> ; Article L. 225-1 du Code pénal, al. 2.

“discriminateur”<sup>919</sup> ». Le théorème de Thomas<sup>920</sup> selon lequel il suffit que les gens croient en une thèse fautive pour quelle devienne “ vraie ”, explique sans aucun doute la nécessité de prendre en compte non seulement les faits avérés, mais aussi les simples éléments imaginés. En matière de discrimination positive, la difficulté tient au fait que cette croyance n’est pas individualisable. Comme nous l’indique Olivier de Schutter à propos des mesures de ce type mises en œuvre aux Etats-Unis, « l’essence même de l’affirmative action, qui est de ne plus se contenter de punir une discrimination particulière (individualisable), mais de porter remède à la situation objective créée par une histoire de ségrégation et de discrimination raciales à travers des mesures luttant contre ce qui peut être qualifié de racisme “institutionnel” (ou non-individualisable, c’est-à-dire sociétal)<sup>921</sup> ». Les personnes concernées par les discriminations positives appartiennent à des groupes minoritaires ou à des groupes « minorisés »<sup>922</sup>. Tout n’est pas seulement affaire de quantité, mais aussi de qualité de la relation sociale entre les différents groupes, et de domination<sup>923</sup> de l’un envers l’autre. Lorsque l’on parle d’égalité entre les hommes et les femmes, on fait référence à « des mentalités, des habitudes, des structures sociales<sup>924</sup> ». Les discriminations positives s’intéressent aux « rapports sociaux » entre les sexes<sup>925</sup>. Le droit communautaire prend en compte la difficulté qu’éprouvent certaines femmes à faire des carrières analogues à leurs collègues masculins, lorsqu’il recommande aux Etats membres de mettre en œuvre une législation compensatrice des « effets préjudiciables qui, pour les femmes, dans la vie active, résultent d’attitudes, de comportements et de structures fondés sur l’idée d’une répartition traditionnelle entre les hommes et les femmes dans la société<sup>926</sup> ». Ce sont les pratiques discriminatoires constatées qui sont ici visées<sup>927</sup>. Tout est affaire de structures sociétales<sup>928</sup> et

---

<sup>919</sup> F. Chabas, *Loc. cit.*

<sup>920</sup> Voir sur cette théorie : P. Noblet, « Affirmative action » aux Etats-Unis et discrimination positive en France, in « De l’égalité formelle à l’égalité réelle : la question de l’ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L’Harmattan, 2001, p. 462.

<sup>921</sup> O. de Schutter, *Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347.

<sup>922</sup> L. Charpentier, *L’arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l’égalité*, RTDE, n° 2, 1996, p. 281.

<sup>923</sup> A. Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, PUF, Coll. Les voies du droit, 2002, p. 20.

<sup>924</sup> P. Rambaud, *L’égalité des sexes en droit communautaire*, D., 1998, Chr. 111.

<sup>925</sup> L. Charpentier, *Loc. cit.*

<sup>926</sup> Rec. du Conseil, 84/635/CEE, 13.12.1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes.

<sup>927</sup> J. Laufer, *L’entreprise et l’égalité des chances*, Secrétariat chargé des droits des femmes, La Documentation française, 1992, p. 41.

<sup>928</sup> G. Calvès, *Femmes en politique : une exclusion persistante*, in : « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d’actualité mondiale, n° 822, 06.1999, p. 58.

de mentalités<sup>929</sup>. Pour les femmes, l'attitude négative à leur égard relève souvent d'un machisme qui est encore très profondément ancré dans la société<sup>930</sup>. C'est ce que constate Catherine Achin lorsqu'elle écrit que, loin de disparaître, « *la ségrégation sexuée par secteur et par activité professionnelle s'est même accrue et demeure un des traits structurants* » de la société<sup>931</sup>. Le rôle traditionnel des femmes est donc bien toujours l'élément central de la réaction de l'employeur<sup>932</sup>, les femmes continuant à avoir des « *responsabilités particulières (...) dans le ménage et à l'égard des enfants* »<sup>933</sup>. La nécessité de l'action législative est difficile à rencontrer sur ce terrain, car il ne s'agit pas de constater une différence qui marque intrinsèquement la personne, mais une différence factuelle<sup>934</sup> créée par un auteur de la discrimination non identifiable puisqu'il s'agit le plus souvent d'un problème d' « *inconscient collectif* »<sup>935</sup> et du jeu de « *la vie sociale* »<sup>936</sup>. Une autre illustration peut être fournie par la situation des tsiganes qui, de tout temps et à travers toute l'Europe, ont été victimes d'une « *négation continue de leur personne, de leur langue, de leur culture* »<sup>937</sup>. Cela ne tient pas à un simple oubli de la part de l'écrasante majorité sédentaire de l'Europe, mais à une véritable volonté liée à « *une masse de préjugés, de représentations stéréotypées et de comportements hostiles* »<sup>938</sup>. La discrimination négative qui nécessite une intervention législative sous la forme d'une discrimination positive n'est ni apparente ni transparente<sup>939</sup>, mais au contraire souvent « *rampante et insidieuse* »<sup>940</sup>. Cela signifie que l'auteur de cette discrimination ne peut être identifié. Quand il l'est, cela ne conduit pas non plus à la compréhension de la réalité des préjugés.

---

<sup>929</sup> A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n° 2, 2001, p. 305.

<sup>930</sup> M. Rosenfeld, *Le principe d'égalité appliqué aux femmes dans la jurisprudence de la Cour Suprême américaine*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc5/rosenfeld.htm>.

<sup>931</sup> C. Achin, *Op. cit.*.

<sup>932</sup> Voir sur les raisons d'une discrimination toujours présente : Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 5<sup>ème</sup> Recommandation, 43<sup>ème</sup> session, Supplément n° 38 (A/43/38), Point 29.

<sup>933</sup> P. Rodière, *Droit social : famille et égalité de traitement*, RTDE, 1989, p. 297.

<sup>934</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 285 ; G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 44.

<sup>935</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>936</sup> P. Rodière, *Loc. cit.*

<sup>937</sup> A. Fenet, *L'Europe et les minorités*, in « Le droit et les minorités. Analyses et textes », Bruylant, Coll. Organisation internationale et relations internationales, Bruxelles, 1995, p. 83.

<sup>938</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 283.

<sup>939</sup> V. de Rudder, C. Poiret, F. Vourc'h, *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, PUF, 2000, p. 14.

<sup>940</sup> F. Chabas, *Loc. cit.*



## 2. L'auto-discrimination

**218** - Le droit des contrats et la notion de consentement reflètent parfaitement l'idée que le fait de consentir à un acte n'implique pas que ce dernier soit en notre faveur. Il est possible que, dans certaines circonstances, nous soyons obligés d'agir en notre défaveur. La formation des contrats repose sur l'idée de la rencontre de deux ou plusieurs volontés<sup>941</sup>. Cependant, la construction du droit des contrats, avec pour pilier principal la liberté contractuelle, s'est révélée, dans certains cas, inadaptée à la société moderne. La rencontre de la volonté de « *parties égales sur le plan économique et social*<sup>942</sup> » n'est pas toujours vérifiée. Le consentement de l'une des parties peut alors faire défaut, du moins peut voir son intégrité discutée. Les nécessités quotidiennes<sup>943</sup> rendent le consentement complexe et fragile<sup>944</sup> et il « *est souvent illusoire en fait*<sup>945</sup> ». Dans certaines circonstances, le législateur est parti du postulat que le consentement ne peut être « *sain, libre et éclairé*<sup>946</sup> » et a créé de nouvelles catégories de contractants<sup>947</sup> ou de nouvelles conditions à la formation d'un contrat<sup>948</sup>. Ces développements contemporains montrent combien le fait de consentir à un contrat ou à une situation n'est pas un acte simple et qu'il peut cacher une réalité plus complexe. La liberté et l'égalité des parties à un contrat, lors de sa formation, sont souvent des postulats erronés<sup>949</sup>. La faiblesse d'une partie, ou de sa situation économique, peut la conduire à conclure un contrat qui lui est extrêmement défavorable.

**219** - Dans les matières affectées par les discriminations positives, nous assistons à un phénomène identique. Il peut arriver que l'existence de préjugés soit si forte et si tenace que les personnes qui en sont victimes quotidiennement se refusent l'accès à certaines situations enviées. Le préjugé peut être si prégnant qu'il développe des « *effets inhibants*<sup>950</sup> » sur les

---

<sup>941</sup> F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 412, 2004, § 229.

<sup>942</sup> *Ibid.*, § 5.

<sup>943</sup> A. Bénabent, *Les obligations*, Coll. Domat droit privé, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> édition, 2005, § 56.

<sup>944</sup> M. Fabre-Magnan, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 17.02.2005, K.A. et A.D. c/ Belgique)*, D. 2005, chr. p. 2973.

<sup>945</sup> A. Bénabent, *Op. cit.*, § 56 ; P. Malinvaud, *Droit des obligations*, 8<sup>ème</sup> édition, Litec, 2003, § 111.

<sup>946</sup> P. Malinvaud, *Droit des obligations*, 8<sup>ème</sup> édition, Litec, 2003, § 111.

<sup>947</sup> Les incapables majeurs ou les mineurs par exemple.

<sup>948</sup> Avec notamment le développement des conditions relatives à l'information des consommateurs.

<sup>949</sup> O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat. Etude de 4 contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 322, 1999, § 2.

<sup>950</sup> O. de Schutter, *Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347.

personnes qui en souffrent. Etre titulaire d'un droit n'est pas toujours suffisant pour que la personne s'autorise à en jouir. Aux Etats-Unis, lorsque les Noirs ont reçu l'autorisation de s'inscrire à l'université, ce n'est pas pour autant que leur nombre s'est multiplié. Au contraire, ils sont restés quasiment absents de toutes les grandes universités américaines. Cela s'explique par le nombre peu important de Noirs qui furent admis dans les premières années, mais aussi parce que même ceux qui étaient admis refusaient finalement d'intégrer l'université de peur de devoir affronter « *un milieu devenu trop hostile* »<sup>951</sup>. Les préjugés des tiers sont tellement puissants qu'ils empêchent les personnes qui en sont victimes de faire des choix qui leur sont théoriquement accessibles<sup>952</sup>. L'auteur de la discrimination devient alors la victime elle-même. En revanche, l'initiative de la discrimination reste à la charge de la société et du comportement négatif de la majorité de la population. Ainsi, il est possible d'être « *l'auteur d'une discrimination sans en avoir été l'initiateur* »<sup>953</sup> et être la victime de sa propre action. C'est le sentiment d'exclusion des victimes de préjugés qui fait naître le besoin en discrimination positive<sup>954</sup>, mais ne donne aucune indication sur la réelle nécessité d'en mettre en œuvre au regard de l'intensité de la différence de situation qui est créée. Si ce n'est pas la source, ce sont les conséquences, donc les effets discriminatoires, qui vont servir à la comparaison des situations.

## **B. La perte d'une chance constatée par des données chiffrées**

**220** - Un préjugé se matérialise par un acte discriminatoire. Si le préjugé se retrouve à l'échelle de la société, cela signifie qu'il est particulièrement répandu et que la situation des victimes doit pouvoir être facilement identifiée. « *Il ne vient aujourd'hui à l'idée de personne de suggérer d'étendre l'affirmative action de manière à ce que les Juifs ou les Irlandais en bénéficient en vue de consolider leur self-respect, de réparer les dommages que ce dernier a*

---

<sup>951</sup> M. Rosenfeld, *Les discriminations positives en droit constitutionnel américain*, in « Mélanges Patrice Gélard », Montchrestien, 1999, p. 459.

<sup>952</sup> Certains auteurs parlent d'« *autoségrégation* » : V. de Rudder, C. Poiret, F. Vourc'h, *Op. cit.*, p. 57.

<sup>953</sup> D. Cohen, *La discrimination dans la vie des affaires. Rapport français*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 173.

<sup>954</sup> R. Dworkin, *Une question de principe*, PUF, 1996, p. 369 : Les programmes d'*affirmative action* raciale existeront dès lors, d'une part, que « *les carrières les plus importantes, les plus satisfaisantes et les plus lucratives resteront la prérogative de la race blanche* », et, d'autre part, que « *d'autres se sentiront systématiquement exclus de l'élite sociale et professionnelle* ».

*pu subir du fait de la discrimination antérieure dont ces groupes ont été victimes ne se sont pas manifestés par des signes de désavantages visibles qui seraient de nature à déclencher une intervention de politique sociale*<sup>955</sup>». Ces signes dont il est question ne peuvent être que des données chiffrées attestant que certaines catégories de personnes sont effectivement désavantagées par l'effet de préjugés. Dès à présent, il est possible d'entrevoir les difficultés de collecte de l'information et de la construction des statistiques sur de tels sujets. Cela ne résout pas non plus les difficultés relatives à l'intensité de la différence qu'elles fournissent. De ce point de vue, la notion de perte de chance peut être un appui efficace. Le recours aux statistiques devient aujourd'hui un élément primordial de la réalisation de l'égalité, en même temps qu'il reste parfois un outil inadéquat et difficilement maniable.

## **1. Le recours aux outils statistiques**

**221** - Les études statistiques sont souvent demandées dans le texte même de la loi afin que les organes étatiques puissent avoir une vue d'ensemble chiffrée sur la situation égalitaire. Cependant, les statistiques qui sont actuellement faites ne sont pas réellement neutres et témoignent de préjugés à l'encontre de certaines catégories. La lutte pour l'établissement de données chiffrées objectives et complètes est également un but important fixé par les nécessités des discriminations positives. Cela influe sur le contrôle de comparaison puisque l'existence d'une différence de situation ne peut se faire que par l'intermédiaire d'un déséquilibre montré par les statistiques. « *La connaissance et l'action sont solidaires*<sup>956</sup> » dans ce domaine. La preuve en est que la Cour européenne a de plus en plus souvent recours à ces données chiffrées afin de déterminer s'il existe une discrimination. Cela démontre leur nécessité, mais cela implique aussi de nouvelles obligations positives pour les Etats. Il faut donc analyser le recours actuel qui est fait aux statistiques avant de constater l'influence que pourrait avoir la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point.

---

<sup>955</sup> D. Sabbagh, *Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls*, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n° 29, 1999, p. 177.

<sup>956</sup> P. Simon, *L'évaluation des discriminations par la statistique en France*, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 491

### a. Un recours actuellement inadéquat

222 - Les statistiques sont une préoccupation partagée par le droit interne et le droit communautaire qui font de la norme l'intermédiaire privilégié de leur établissement. En effet, la directive de 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité<sup>957</sup> met au premier plan la nécessité des statistiques afin de faire progresser l'égalité entre les hommes et les femmes. Le paragraphe 37 du préambule indique à cet égard que : « *Afin de mieux comprendre la différence de traitement entre les hommes et les femmes en matière de travail et d'emploi, il convient de continuer à développer et à analyser des statistiques comparables, ventilées par sexe, et de les rendre accessibles aux niveaux appropriés* ». La connaissance de la discrimination passe d'abord par une connaissance mathématique des difficultés rencontrées par certaines catégories. Le recours aux outils statistiques est souvent prévu dans la norme nationale ou internationale. Malheureusement, cet encadrement n'est ni suffisant, ni satisfaisant, car les chiffres sont souvent porteurs d'une certaine partialité.

#### α. Un recours prévu par la norme

223 - La discrimination comme conséquence d'un préjugé s'observe de manière empirique<sup>958</sup>. C'est la réalité sociale qui donne corps à la différence de situation, et son analyse ne peut passer que par l'intermédiaire de statistiques et d'études porteuses de la preuve d'une discrimination généralisée envers une catégorie de personnes. La certitude des conséquences négatives des préjugés ne peut être apportée que par ce biais<sup>959</sup>. Certaines lois françaises et directives communautaires ont vu la nécessité de tels outils statistiques et contraignent souvent les employeurs à établir par des chiffres l'état et l'évolution de l'emploi

---

<sup>957</sup> Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, 05.07.2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

<sup>958</sup> D. Sabbagh, *L'affirmative action : effets symboliques et stratégies de représentation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 157.

<sup>959</sup> B. Renauld, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425 : le constat de l'existence d'une discrimination dans les faits s'effectue par l'intermédiaire de statistiques.

des femmes dans leur entreprise. La directive de 2002<sup>960</sup>, modifiant la directive de 1976 sur l'égalité, prévoit que les Etats membres doivent fournir régulièrement des rapports sur les mesures nationales adoptées en faveur de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes<sup>961</sup>. En France, il est admis que l'entreprise est « *le lieu privilégié d'une concertation et d'une négociation avec les partenaires sociaux* ». La promotion de l'égalité doit donc se faire dans ces limites. Pour cette raison, l'employeur doit établir « *un rapport de situation comparée* » des conditions générales d'emploi des femmes et des hommes dans le but d'établir un diagnostic sur la politique de l'emploi assurée dans l'entreprise. Cette obligation est prévue dans l'article 4 de la loi dite Génisson<sup>962</sup> et maintenant inscrite à l'article L. 432-3-1 du Code du travail : « *Chaque année , le chef d'entreprise soumet pour avis au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, soit directement, soit, si elle existe, par l'intermédiaire de la commission prévue au dernier alinéa de l'article L. 434-7, un rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise. A ce titre, ce rapport comporte une analyse sur la base d'indicateurs pertinents, reposant notamment sur des éléments chiffrés, définis par décret et éventuellement complétés par des indicateurs qui tiennent compte de la situation particulière de l'entreprise, permettant d'apprécier, pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise, la situation respective des femmes et des hommes en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail et de rémunération effective. Ce rapport recense les mesures prises au cours de l'année écoulée en vue d'assurer l'égalité professionnelle, les objectifs prévus pour l'année à venir et la définition qualitative et quantitative des actions à mener à ce titre ainsi que l'évaluation de leur coût. Les délégués syndicaux reçoivent communication du rapport dans les mêmes conditions que les membres du comité d'entreprise* ». Il s'agit d'établir une

---

<sup>960</sup> Directive du Conseil et du Parlement, 2002/73/CE, modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>961</sup> L'article 2 de cette directive prévoit ainsi dans son deuxième paragraphe que « *Les États membres communiquent à la Commission, dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente directive, toutes les informations nécessaires à l'établissement par la Commission d'un rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la présente directive.* » Le paragraphe 3 confirme cette nécessité d'information : « *Sans préjudice du paragraphe 2, les États membres communiquent à la Commission, tous les quatre ans, le texte des dispositions législatives, réglementaires et administratives constituant des mesures adoptées en application de l'article 141, paragraphe 4, du traité, ainsi que des rapports sur ces mesures et leur mise en œuvre. Sur la base de ces informations, la Commission adopte et publie, tous les quatre ans, un rapport établissant une évaluation comparative de ces mesures à la lumière de la déclaration n° 28 annexée à l'Acte final du traité d'Amsterdam* ».

<sup>962</sup> Loi, n° 2001-397, 09.05.2001, relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

« *représentation numérique des femmes* <sup>963</sup> », un état photographique de la situation à un moment donné. L'objectif de ces publications est double : d'une part, constater l'inégalité de manière publique <sup>964</sup>, d'autre part, permettre à l'employeur de faire son possible pour réduire les écarts qui existent, à tous les niveaux, entre les travailleurs féminins et masculins.

**224** - Le droit communautaire se montre attentif face à la nécessité d'objectiviser la discrimination par des outils statistiques. Le règlement de 2004 relatif à la promotion de l'égalité des sexes dans la coopération au développement <sup>965</sup> prévoit dans son article 4 § 1 de promouvoir « *la collecte, la diffusion, l'analyse et l'amélioration des statistiques ventilées en fonction des critères de sexe et d'âge, ainsi que l'élaboration et la diffusion de méthodologies, de lignes directrices, d'évaluation de l'impact des actions sur l'égalité des sexes* ». Les directives consacrées au respect du principe d'égalité font souvent référence aux données chiffrées afin de réguler le rôle des Etats membres et de justifier leurs éventuelles dérogations au principe de non-discrimination <sup>966</sup>. Sont surtout visées les discriminations indirectes. En effet, les discriminations directes sont issues de la norme juridique et sont, dans la plupart des cas, aisément identifiables et quantifiables. La directive de 2002 modifiant la disposition phare qu'est la directive de 1976 relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes <sup>967</sup>, indique dans ce sens que « *l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques* <sup>968</sup> ». L'Organisation Internationale du Travail pousse cette idée plus loin puisque une Convention

---

<sup>963</sup> H. Chavrier, E. Honorat, G. de Bergues, *Actualité de droit communautaire*, RFDA, 1996, p. 284.

<sup>964</sup> Cet objectif est vital, car, sans constat et sans analyse de la situation particulière d'un groupe, on ne fait qu'aggraver la situation déjà fragile des personnes qui le constituent : M. Miné, *Droit et discrimination sexuelle au travail*, entretien avec C. Coste, Cités, 2002, n° 9, p. 91.

<sup>965</sup> Règlement, 21.04.2004, n° 806/2004 du Parlement européen et du Conseil, Règlement relatif à la promotion de l'égalité des sexes dans la coopération au développement.

<sup>966</sup> Directive, 13.12. 2004, 2004/113/CE, du Conseil, Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

<sup>967</sup> Directive, 23.09.2002, 2002/73/CE, Parlement européen et Conseil, Directive modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>968</sup> Voir aussi dans les mêmes termes : Directive, 27.11. 2000, 2000/78/CE, Conseil, Directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; Directive, 29.06.2000, 2000/43/CE, Conseil, Directive relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

est entièrement consacrée aux données statistiques du travail<sup>969</sup>. Cette dernière prévoit que « *tout membre qui ratifie la présente convention s'engage à régulièrement recueillir, compiler et publier des statistiques de base du travail* » qui devront notamment concerner la structure et la répartition de la population active, des salaires, ainsi que le sous-emploi<sup>970</sup>. Même si cette convention n'entraîne aucune conséquence pour la France, puisqu'elle ne l'a pas ratifiée, elle montre toute l'importance de la connaissance objective du phénomène discriminatoire. Le recours aux outils statistiques se développe aussi bien en droit communautaire qu'en droit interne. Cependant, cela reste cantonné à certains domaines ou à certaines discriminations. Si l'égalité entre les sexes paraît pleinement prise en compte, celle liée, par exemple, à la religion, à l'appartenance sexuelle, ou à l'âge semble négligée. Cela reflète un problème récurrent du recours aux outils statistiques qui ne se fait pas toujours de manière objective.

### β. Un recours aux statistiques orienté

**225** - Les discriminations naissent d'un constat empirique<sup>971</sup>. L'absence d'information empêche sans nul doute de repérer les inégalités<sup>972</sup> qui se révèlent généralement « *insidieuses* »<sup>973</sup>. Le recours aux statistiques permet d'établir « *un état photographique des effets de la domination sociale* »<sup>974</sup>. L'établissement de données complètes et neutres sont les conditions de l'efficacité de la lutte contre les discriminations. Il faut pourtant se résoudre à une analyse particulièrement critique des outils statistiques.

**226** - Des études ont démontré qu'une offre d'emploi sur trois, voire sur deux dans certaines régions françaises, est discriminatoire<sup>975</sup>. Sur le lieu de travail, dans une enquête menée auprès de 322 personnes, 57 % des personnes interrogées ont admis avoir ressenti de

---

<sup>969</sup> Convention OIT, 25.06.1985, Convention concernant les statistiques du travail.

<sup>970</sup> Article 1 de la Convention.

<sup>971</sup> D. Nogueroles, *Discriminations sexuelles et droit européen*, Masson, Coll. Réalités CEE, 1993, p. 180.

<sup>972</sup> C. Sutter, *L'égalité professionnelle dans les droits nouveaux*, DS, 1983, p. 684.

<sup>973</sup> J-P. Marguénaud et J. Mouly, Observations sur l'arrêt CEDH, 27.03.1998, Petrovic c/ Autriche, D. 1999, Jur., p. 141.

<sup>974</sup> J. Bidet, *Egalité des chances et principe de différence. Une réinterprétation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 51.

<sup>975</sup> Haut Commissariat à l'Intégration, *Jeunes issus de l'immigration : des discriminations avérées*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 64.

l'homophobie<sup>976</sup> envers leurs collègues ou leur hiérarchie. En France et dans toute l'Europe, la persistance du racisme ne fait aucun doute<sup>977</sup>. Les caractéristiques "indésirables" des prétendants à l'emploi ne sont pas seulement relatives au sexe, mais peuvent aussi être constituées par l'origine, la religion ou d'autres différences intrinsèques à la personne. La difficulté réside alors dans le fait que les statistiques ne prennent pas en compte ces différences. Pascal Noblet estime d'ailleurs que « *le jour est encore lointain où la France admettra qu'il convient de se doter des moyens nécessaires pour améliorer la situation de ses minorités en matière d'emploi, autrement dit de recourir à des moyens statistiques de collecte de l'information en matière d'emploi selon l'appartenance ethnique pour pouvoir, à partir de ces données, se fixer des objectifs à atteindre selon des calendriers précis dans le cadre de contrats d'objectifs* »<sup>978</sup>.

**227** - En France, l'appartenance ethnique fait l'objet d'une protection absolue de la part de la Constitution, de même que la race et la religion<sup>979</sup>. Les traitements différenciés ne sont pas admis dans ces domaines<sup>980</sup>. En conséquence, même si des statistiques démontrent l'existence de discriminations de fait<sup>981</sup>, il ne pourrait y avoir de réaction législative globale pour y remédier<sup>982</sup>. C'est sans nul doute dans ce domaine que l'inadéquation des outils statistiques à la réalité est la plus poignante. Les statistiques récentes<sup>983</sup> qui existent dans ce domaine sont assez rares<sup>984</sup>, et lorsqu'elles existent, s'intéressent uniquement aux étrangers<sup>985</sup>.

---

<sup>976</sup> Les éléments de cette enquête sont fournis par D. Borillo, *La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en Europe et en France*, Droit et Cultures, 49, Egalité et Discrimination. Etats-Unis, Europe, France, 2005/1, p. 129.

<sup>977</sup> T. Brill-Venkatasamy, *Analyse jurisprudentielle des différentes notions de discrimination raciale en droit anglais*, RIDC, 2003, p. 615. Pour une analyse complète : *Racisme et xénophobie en Europe. Une comparaison internationale*, sous la direction de M. Wieviorka, La Découverte, 1994.

<sup>978</sup> P. Noblet, « *Affirmative action* » aux Etats-Unis et discrimination positive en France, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 462.

<sup>979</sup> Article 1 : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée* ».

<sup>980</sup> G. Calvès, *Les politiques françaises de discrimination positive. Trois spécificités*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 29.

<sup>981</sup> Quant à l'existence même de ces statistiques, il existe un véritable débat qui n'est pas encore tranché : D. Lochak, *Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité*, Droit et Cultures, 49, Egalité et Discrimination. Etats-Unis, Europe, France, 2005/1, p. 15.

<sup>982</sup> De manière directe du moins, puisque nous avons déjà pu constater que la politique de ZEP, par exemple, loin d'être une simple politique territoriale, s'attache en fait à l'origine des personnes qui en bénéficient.

<sup>983</sup> P. Weill, *La France et ses étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*, Gallimard, Coll. Folio, 2005, p. 410. Voir également : *Les immigrés dans la société française*, Dossier réalisé par J-L. Richard, Problèmes politiques et sociaux, n° 916, 09.2005, spéc. p. 80.

<sup>984</sup> P. Simon, *Faut-il ethniciser les statistiques ? Un risque politique à courir...*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n° 822, 06.1999, p. 64. D'autres pays européens comme le Royaume-Uni ou les Pays-Bas, au



Les discriminations prises en compte sont celles qui sont effectuées à l'encontre des personnes qui ont des papiers officiels leur conférant le statut d'étranger. En revanche, ne sont pas pris en compte l'origine de la personne ou son phénotype malgré sa nationalité française<sup>986</sup>. Les données à notre disposition sont alors faussées. Rappelons à cet effet que le droit pénal considère qu'un acte discriminatoire est constitué dès lors qu'est en cause l'appartenance réelle ou supposée à un groupe<sup>987</sup>. En s'en tenant seulement au statut officiel de la personne, et sans tenir compte des caractéristiques de fait de la personne, on aboutit à des résultats partiels et partiels. Le recours aux statistiques est indispensable et « irremplaçable<sup>988</sup> ». Les critiques qui peuvent être formulées à l'encontre de celles qui sont développées actuellement ne doivent pas servir de justification à l'absence de mise en œuvre de discriminations positives. Au contraire, cela prouve que l'existence de préjugés est forte et que l'adaptation des outils est nécessaire pour prendre pleinement conscience de leur ampleur. Le travail de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait se révéler primordial sur ce point, car elle utilise fréquemment les statistiques, et sa jurisprudence constructive pourrait donner lieu à de nouvelles obligations pour les Etats membres.

## **b. Une possible obligation positive de fournir des statistiques**

**228** - La Cour européenne des droits de l'homme se sert souvent de statistiques afin d'établir une différence de traitement dans les faits entre catégories. Ce recours se fait de plus en plus présent et la force de ces statistiques va de manière croissante. Le jour n'est pas loin où la Cour se trouvera dans la nécessité d'obliger les Etats à fournir des statistiques sur l'égalité et les discriminations. Or, cette obligation peut être remplie en partie par la mise en

---

contraire, font paraître des chiffres très précis sur la situation des populations immigrées dans tous les domaines de la vie sociale : *Politiques de l'emploi dans l'Union Européenne et dans les Etats-membres*, Rapport conjoint 2000, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001, p. 44.

<sup>985</sup> Le droit communautaire, pourtant, a montré toute l'importance de mettre en œuvre des statistiques dans ce domaine, notamment en vue de mettre en évidence les discriminations indirectes : Directive 2000/43/CE, Conseil, 29.06.2000, Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

<sup>986</sup> V. de Rudder, C. Poiret, F. Vourc'h, *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, PUF, 2000, p. 155 ; Brill-Venkatasamy, *Loc. cit.*

<sup>987</sup> Article 225-1 du Code pénal.

<sup>988</sup> V. de Rudder, C. Poiret, F. Vourc'h, *Op. cit.*, p. 178.

œuvre d'une répression adaptée. Face à l'obligation positive de fournir des données chiffrées, le droit pénal prend une place considérable.

#### α. Une jurisprudence constructive de la Cour européenne des droits de l'homme

**229** - La Cour européenne des droits de l'homme s'appuie fortement sur l'outil statistique afin de déterminer une éventuelle discrimination fondée sur l'origine ethnique. Dans une affaire où, lors d'une fusillade, des Tsiganes ont été tués par la police bulgare, la Cour se penche sur l'image des Tsiganes qui prévaut dans le pays<sup>989</sup>. Le policier auteur des coups de feu avait crié "Maudits Tsiganes" avant de tirer. Ce fait doit être analysé « *à la lumière des nombreux rapports publiés sur les préjugés et les attitudes hostiles dont les Roms sont l'objet en Bulgarie* »<sup>990</sup>. Le cas du requérant s'examine au regard du traitement général qui est réservé aux membres de sa catégorie. Son cas particulier dépend de l'environnement dans lequel il s'exprime. En l'espèce, dans ces circonstances, les autorités bulgares n'ont procédé à aucune enquête afin de vérifier si les actes policiers ont été dictés par la haine. En conséquence, il y a violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 sous son aspect procédural. La Cour procède de même afin de considérer une violation de l'article 14 combiné avec l'article 3, à propos d'exactions policières commises sur des Roms en Grèce. La Cour fait cette fois référence aux rapports d'organisations internationales mettant en lumière les discriminations auxquelles font face les Roms et d'autres groupes analogues<sup>991</sup>. L'histoire et le passé jouent ici un rôle important. La discrimination considérée s'est installée dans la société au fil du temps<sup>992</sup>. Ces exemples nous montrent une fois de plus la nature des discriminations positives qui ne peuvent agir qu'en réaction à une situation inégalitaire due aux conséquences d'un préjugé. Les statistiques sont l'outil nécessaire pour rendre compte de ces résultats discriminatoires. Cependant, la constatation d'un environnement discriminatoire

---

<sup>989</sup> CEDH, Gde Ch., 06.07.2005, Natchova et autres c/ Bulgarie, req. 43577/98.

<sup>990</sup> § 163 de l'arrêt.

<sup>991</sup> CEDH, 13.12.2005, Bekos et Koutropoulos c/ Grèce, req. 15250/02, § 73 : « *The Court considers that these statements, when combined with the reports of international organisations on alleged discrimination by the police in Greece against Roma and similar groups, including physical abuse and the excessive use of force, called for verification* ».

<sup>992</sup> M. Rosenfeld, *Les discriminations positives en droit constitutionnel américain*, in « Mélanges Patrice Gélard », Montchrestien, 1999, p. 459.

est un élément important, mais qui ne peut être suffisant, à lui seul, pour entraîner un constat de violation, surtout s'il s'agit de s'exprimer sur le plan substantiel et non plus procédural d'un droit<sup>993</sup>.

**230** - Un arrêt se détache de cette jurisprudence et semble aller plus loin dans la prise en compte des données chiffrées. Dans l'arrêt *Zarb Adami*<sup>994</sup>, la Cour a été confrontée à une différence de traitement entre les hommes et les femmes à propos des fonctions de juré. Le requérant se plaignait en effet du fait que les hommes devaient remplir beaucoup plus souvent ces fonctions que les femmes, ce qui relevait pour lui d'une discrimination lors de l'exercice d'une obligation civique. La Cour se réfère alors aux statistiques produites par les parties pour établir la situation<sup>995</sup>. De ce point de vue, elle se dit « *frappée par le fait qu'en 1996 5 femmes et 174 hommes ont servi en qualité de juré*<sup>996</sup> ». Elle rappelle aussi par ailleurs que les statistiques ne sont pas suffisantes pour constater une discrimination<sup>997</sup>. Néanmoins, les chiffres qui lui sont fournis servent, à eux seuls, à la Cour pour constater qu'il y a bien une différence de traitement entre des situations similaires<sup>998</sup>. Elle étudie ensuite si ce traitement différent a une justification objective et raisonnable<sup>999</sup>. Puisque ce n'est pas le cas, elle conclut à une violation de l'article 14 combiné avec 4 § 3 d) de la Convention. Ici était en cause la substance du droit, pourtant la Cour se contente des chiffres pour estimer qu'il y a une différence de traitement. Dès lors que n'est pas en cause une discrimination issue d'une mesure législative mais des faits<sup>1000</sup>, les chiffres deviennent pour la Cour l'élément indispensable au constat d'une violation. Sans les statistiques, elle n'a aucun moyen d'établir la différence de traitement puisqu'ils proviennent des faits et que les faits ne peuvent être abordés sans ces données chiffrées.

**231** - D'une manière générale, les statistiques ont pris une place considérable dans la jurisprudence de la Cour relative aux violations de l'article 14 et lorsqu'une situation de fait est en cause. Tantôt élément prépondérant mais non suffisant, tantôt seul élément de preuve

---

<sup>993</sup> Ce point est rappelé par : CEDH, 16.02.2006, *Osman c/ Bulgarie*, req. 43233/98. Voir également : CEDH, 04.05.2001, *Hugh Jordan c/ Royaume-Uni*, req. 24746/94 ; CEDH, 07.02.2006, *D.H. et autres c/ République tchèque*, req. 57325/00.

<sup>994</sup> CEDH, 20.06.2006, *Zarb Adami c/ Malte*, req.17209/02.

<sup>995</sup> § 77 de l'arrêt.

<sup>996</sup> § 77 de l'arrêt.

<sup>997</sup> § 76 de l'arrêt.

<sup>998</sup> § 78 de l'arrêt : « *Ces chiffres montrent que l'obligation civique de service de jury pèse de manière prédominante sur les hommes. Dès lors, il existe une différence de traitement entre deux groupes - les hommes et les femmes -, qui, en ce qui concerne cette obligation, se trouvent dans une situation similaire* ».

<sup>999</sup> § 80 à 84 de l'arrêt.

<sup>1000</sup> La Cour rappelle que l'arrêt concerne une discrimination issue d'une situation de fait : § 76 de l'arrêt.

du traitement différent, elles deviennent inévitables au regard du principe de non-discrimination. Si la Cour a besoin de ces éléments, tant sur le plan procédural que sur le plan substantiel des droits, il faut qu'ils soient dans tous les cas fournis soit par l'Etat, soit par le requérant. Cela signifie que l'Etat doit mettre en place des études statistiques afin que ces données puissent être transmises. La Cour ne pouvant effectuer son contrôle sans la présence de chiffres, il faut trouver un moyen de les lui fournir. Les résultats donnés par ces études peuvent à eux seuls prouver une différence de traitement qu'il faudra ensuite justifier. Cela signifie que si la cour n'a pas de données chiffrées pour se prononcer, elle ne peut constater ni une violation, ni une absence de violation. La phase prochaine de cette jurisprudence serait donc de demander aux gouvernements de fournir des statistiques sur l'égalité et les discriminations dans leur pays afin de pouvoir statuer sur le respect de l'article 14. Cela équivaldrait pour les Etats à une obligation positive de fournir des données chiffrées afin de faire respecter le principe de non-discrimination. L'établissement de statistiques deviendrait ainsi un élément à part entière de respect de l'égalité, car, sans cela, la Cour ne peut effectuer son rôle de manière correcte. Cette consécration d'une obligation positive de procéder à des statistiques est inéluctable, car sans données chiffrées un requérant ne peut prouver la situation de fait dans laquelle il se trouve, et la Cour ne peut distinguer s'il y a eu un traitement différent. L'entrée en vigueur du protocole n° 12 peut servir de catalyseur à cette obligation positive. Par son statut de règle indépendante et la réaffirmation de l'importance du respect de l'égalité, l'égalité ainsi considérée peut se voir accorder des éléments de protection supplémentaire, surtout pour ce qui concerne les différences de traitement qui apparaissent dans les faits. Consacrer la possibilité de constater une discrimination en fonction d'une situation de fait, ce qu'exprime clairement l'arrêt Zarb Adami<sup>1001</sup>, oblige la Cour à modifier les éléments de son contrôle et à demander aux Etats d'accroître leurs investigations dans le domaine statistique. Ce sont les préjugés, par leur nature subjective et leurs conséquences matérielles, qui ouvrent la voie à de nouvelles obligations des Etats. L'intérêt d'une telle obligation positive est de dépasser les données demandées par les lois internes ou par les directives communautaires qui ne se concentrent que sur certaines discriminations précises et certaines circonstances. Ici, l'obligation serait générale et s'adresserait ainsi à toutes les catégories qui pourraient faire l'objet de préjugés discriminatoires. Cette consécration peut revêtir un autre aspect intéressant relatif au contenu des statistiques. En effet, une obligation positive contient un pan qualitatif. L'action de l'Etat doit être appropriée et doit parvenir à des

---

<sup>1001</sup> § 76 de l'arrêt.

résultats satisfaisants<sup>1002</sup>. Ce qui se traduit pour l'article 14 par des statistiques objectives, pensées et qui donnent des résultats significatifs. Si ce n'était pas le cas, l'obligation positive serait vidée de sa substance. La répression des discriminations a un rôle important en la matière.

### β. Un rôle actif de la répression des discriminations

**232** - Le droit pénal pourrait alors servir aux études statistiques en mettant en avant les litiges où sont en cause des discriminations. La situation n'est pourtant pas propice à une telle utilisation, car les litiges sont relativement rares<sup>1003</sup>. La discrimination se heurte souvent à un problème de preuve. Le préjugé qui provoque la discrimination n'est pas matérialisable. C'est un point de vue subjectif qui conduit une personne à refuser l'octroi d'un droit ou d'un avantage à une autre au nom du rejet d'une caractéristique qu'elle présente. Cela ne se traduit que rarement dans les faits par un geste ou un acte sans équivoque quant à la raison du refus. Cela entraîne directement des constats de discriminations assez exceptionnels, et plus indirectement, cela neutralise fréquemment les victimes qui veulent passer par la voie judiciaire. Ces dernières années, la situation semble évoluer dans un sens positif. En effet, les efforts faits en matière de preuve sont indiscutables. Entrée en vigueur après un arrêt de la Chambre sociale de 1999<sup>1004</sup>, la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations<sup>1005</sup>, prévoit elle aussi le renversement de la charge de la preuve. Le nouvel article L. 122-45, al. 4 du Code du travail mentionne dorénavant que « ...le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou

---

<sup>1002</sup> Sur ce problème : CEDH, 13.05.1980, Artico c/ Italie, req. 6697/74, A 37.

<sup>1003</sup> Depuis le début des années 2000 le contentieux semble néanmoins croissant : Cass. Crim., 09.11.2004, Droit pénal, 2005, Comm. n° 35, Obs. M. Véron ; TGI Niort, 10.03.2005, CA Grenoble, 12.06.2002, 2002-185591 ; CA Toulouse, 04.04.2002, 2002-175143 ; TGI Paris, 05.04.2005, Inédit ; CA Toulouse, 05.10.2004, 2004-254288 ; CA Amiens, 07.03.2005, 2005-275461 ; CA Paris, 07.06.2004, 2004-253423 ; CA Paris, 17.10.2003, 2003-252018 ; CA Nîmes, 21.11.2002, 2002-203355 ; CA Paris 09.02.2002, 2002-143697 ; CA Grenoble, 27.10.2005, Inédit. Sur l'ensemble de cette jurisprudence : A. Paulin, *Un étranger à côté de chez moi..., vous rêvez je crois !*, Note sous CA Besançon, 27.10.2005, D. 2006, jur. p. 357.

<sup>1004</sup> Cass. Soc., 23.11.1999, Bull. V, n° 447, D. 2000, IR, p. 46.

<sup>1005</sup> Loi, 16.11.2001, n°2001-1066, Loi relative à la lutte contre les discriminations. Pour un commentaire sur cette loi : M. Keller, *La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, D. 2002, Chr. p. 1355.

*indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir donné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ». La charge de la preuve n'est pas entièrement renversée puisque la personne qui se plaint d'une discrimination doit apporter certains éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. C'est à partir de ce moment que la charge de la preuve change puisqu'il appartient alors à l'employeur de prouver que sa décision est étrangère à tout préjugé formé sur la personne du candidat<sup>1006</sup>. Cette nouvelle législation permet également au droit français de suivre les traces du droit communautaire<sup>1007</sup> qui a déjà mis en place un système de preuve identique par l'intermédiaire de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg<sup>1008</sup> qui vise l'efficacité de la répression des actes discriminatoires<sup>1009</sup>. Cette preuve en deux phases permet de mettre en œuvre une présomption : il faut replacer l'individu qui se plaint d'une discrimination dans son groupe d'appartenance, et analyser sa situation personnelle par le prisme de la situation de son groupe<sup>1010</sup>. Ce changement procédural devrait permettre une preuve facilitée des actes discriminatoires, mais cela demande aussi de connaître la situation du groupe auquel appartient la victime, et donc nécessite l'élaboration de statistiques sur ce point. Cette modification du régime de la preuve permet tout à la fois une meilleure connaissance des actes discriminatoires et une meilleure répression, mais cela induit, pour une réaction correcte, l'élaboration de nouvelles statistiques. Les avancées que cela suppose peuvent s'appuyer sur des nouvelles règles de preuve complémentaires.

**233** - A cet effet, la Cour de cassation a admis la preuve par "testing"<sup>1011</sup>. Il est ainsi possible pour une association, telle que SOS Racisme, de prouver l'existence d'une discrimination relativement à l'entrée d'une discothèque, en mettant en place les conditions nécessaires à cette constatation. En l'espèce, trois groupes d'individus se sont présentés à l'entrée de plusieurs discothèques. Un groupe formé d'une femme et de deux hommes d'origine maghrébine, les deux autres par une femme et un homme d'origine européenne. Les

---

<sup>1006</sup> Sur ce point : L. Collet-Askri, *La chambre criminelle valide le testing comme mode de preuve, serait-il déloyal...*, D. 2003, Chr. p. 1309.

<sup>1007</sup> Sur le mécanisme de la preuve en droit communautaire en matière de discrimination : S. Poillot-Peruzzetto, M. Luby, *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, 1998, p. 432.

<sup>1008</sup> Pour une analyse d'ensemble de cette jurisprudence : S. Prechal, *Combating indirect discrimination*, Legal issues of European integration, 1993, p. 81.

<sup>1009</sup> Sur cette notion d'efficacité : CJCE, 08.04.1976, Defrenne, C-43/75, rec. p. 455.

<sup>1010</sup> Sur ce point : M-T. Lanquetin, *La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire*, DS, 1995, p. 435.

<sup>1011</sup> Cass. Crim., 11.06.2002, D. 2002, IR, p. 2657.

exploitants des discothèques ayant refusé l'entrée au premier groupe ont été cités devant le tribunal correctionnel. Ce dernier ainsi que la Cour d'appel ont estimé que le procédé était illicite et ont prononcé une relaxe. La Cour de cassation, quant à elle, admet la validité de la méthode en se fondant sur l'article 427 du Code de procédure pénale. Pour les juges de la Cour Suprême « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; qu'il leur appartenait seulement, en application du texte susvisé, d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire ». Cette admission n'a pas eu que des supporteurs au sein de la doctrine, beaucoup estimant que la fin ne doit pas justifier les moyens. L' « excellente cause <sup>1012</sup> » qu'est la lutte contre les discriminations ne devrait pas aller jusqu'à utiliser des moyens probatoires critiquables quant à leur principe <sup>1013</sup>. La méthode du "testing" demande une certaine préparation, une « mise en scène <sup>1014</sup> » qui est en soi blâmable. Ce débat n'a aujourd'hui plus lieu d'être sous cette forme puisque la loi sur l'égalité des chances du 31 mars 2006 <sup>1015</sup> prévoit d'intégrer à l'article 225-3-1 du Code pénal la possibilité de preuve par "testing" : « Les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie <sup>1016</sup> ». Au-delà du débat sur la légitimité d'une telle possibilité probatoire, la volonté de lutter contre les discriminations est visible. Les aménagements récents en matière de preuve devraient permettre à terme de faciliter la répression des actes discriminatoires, et d'assurer une certaine effectivité au droit de la non-discrimination. Le recours au testing prend de plus en plus de place puisque cette méthode doit être utilisée lors des recherches statistiques devant permettre la publication du baromètre annuel des discriminations à l'embauche <sup>1017</sup> dont les premiers résultats devraient être connus à la fin de l'année 2006.

---

<sup>1012</sup> J.F. Renucci, *La loyauté des preuves et les procédés dits de « testing »* (Cass. Crim., 11.06.2002, *SOS Racisme*), RSC, 2002, p. 879.

<sup>1013</sup> Voir dans une moindre mesure : J. Mestre et B. Fages, *Obs. sous Cass. Crim., 11.06.2002*, RTDCiv. 2002, p. 498.

<sup>1014</sup> L. Collet-Askri, *Loc. cit.*

<sup>1015</sup> Loi, 31.03.2006, n° 2006-396, Loi pour l'égalité des chances. Sur cette loi : G. Auzero, *A propos de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006*, JCP, G., 2006, 154.

<sup>1016</sup> Article 21, Loi, 31.03.2006, n° 2006-396, Loi pour l'égalité des chances.

<sup>1017</sup> J-F. Amadiou, *Rapport sur les discriminations à l'embauche (De l'envoi du CV à l'entretien)*, Observatoire des discriminations, avril 2005, <http://cergors.univ-paris1.fr/docsatelecharger/Discriminationsenvoientretien..pdf>.

234 - Parallèlement, a été créée la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité<sup>1018</sup>. Elle a pour objet de connaître des discriminations, qu'elles soient directes ou indirectes. Pour ce faire, 11 membres sont nommés par Décret du Président de la République. Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination peut saisir cette Haute autorité et être entendue par elle. Elle a ensuite un rôle d'aide puisqu'elle « *assiste la victime de discrimination dans la constitution de son dossier. Elle aide la victime à identifier les procédures adaptées à son cas. La haute autorité peut procéder ou faire procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation* »<sup>1019</sup>. La loi de 2006 a d'ailleurs renforcé son action puisqu'elle est dorénavant susceptible de proposer une transaction afin de régler les litiges qui lui sont proposés<sup>1020</sup>. Ce travail va dans le même sens que l'admission de la preuve par "testing". L'ensemble normatif qui est décrit réalise une véritable prise en compte du mouvement discriminatoire en permettant aux victimes de s'exprimer, et en mettant en exergue les discriminations quotidiennes qui touchent certaines personnes. L'objectif est double : s'attacher à la répression efficace de la discrimination, tout en obtenant à terme une égalité véritable dans les faits. Ce processus est parachevé par la création récente de l'agence nationale pour la cohésion et l'égalité des chances<sup>1021</sup>. L'article 16 de cette loi prévoit que « *dans des objectifs de cohésion sociale et d'égalité des chances, l'agence contribue sur le territoire national à des actions en faveur de personnes rencontrant des difficultés d'insertion sociale ou professionnelle. Elle participe à des opérations en faveur des habitants des quartiers prioritaires de la politique de la ville. Elle met en œuvre des actions visant à l'intégration des populations immigrées et issues de l'immigration résidant en France. Elle concourt à la lutte contre les discriminations dont les personnes concernées sont ou peuvent être victimes* »<sup>1022</sup>. Une lutte efficace des discriminations passe par une répression adaptée aux problèmes spécifiques à la matérialisation de la discrimination. Cette répression est aussi un atout incontestable pour la connaissance des préjugés discriminatoires. Elle peut apporter des données chiffrées objectives et rendre compte de l'état de la situation et de son évolution. En ce sens, le droit pénal est indissociable des discriminations positives, car c'est par lui, en partie que peuvent se constater l'existence d'une différence et la nécessité d'une discrimination positive. Encore faut-il se servir efficacement de ces données : les

---

<sup>1018</sup> Loi, 30.12.2004, n° 2004-1486, Loi portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, JO, 31.12.2004.

<sup>1019</sup> *Ibid.*, Article 7.

<sup>1020</sup> Article 42, Loi, 31.03.2006, n° 2006-396, Loi pour l'égalité des chances. Sur ce point : G. Auzero, *Loc Cit.*

<sup>1021</sup> Loi, 10.02.2006, n° 2006-2787, Loi sur l'égalité des chances.

<sup>1022</sup> Article L. 121-14 du Code de l'action sociale et des familles.



déséquilibres constatés entre les catégories doivent servir lors de la comparaison de la situation en tant que seuil d'admission d'une différence de situation.

## **2. La perte de chance comme seuil d'admission de la différence de situation déterminée par les statistiques**

**235** - Déterminer les écarts entre les catégories est un premier pas vers les discriminations positives. Il faut ensuite que les résultats obtenus puissent servir dans le processus de comparaison. La question qui se pose, à ce stade du raisonnement, est de savoir à partir de quand la différence constatée devient suffisante pour décider d'une différence entre les situations devant conduire à un traitement différent. Classiquement, les différences minimales ne sont pas prises en compte, seules les différences essentielles sont considérées. Ce seuil n'est pas facilement identifiable lorsqu'il s'agit d'un cas d'inégalité "classique", et devient encore moins identifiable en matière d'inégalité due à des préjugés. Plus ce seuil fera l'objet d'une définition précise, plus le recours aux discriminations positives sera aisé tout en bénéficiant d'une véritable intégration au sein de l'égalité dans son ensemble. Les statistiques donnent des chiffres, c'est donc à partir de ces derniers que le seuil peut être déterminé. Donner *a priori* un chiffre où un pourcentage qui servira de seuil est absurde. Chaque catégorie discriminée a ses propres caractéristiques et se trouve dans une position défavorisée qui lui est propre. La discrimination trouve souvent des voies singulières qui empêchent de faire des analyses qui peuvent s'appliquer à chaque cas. La discrimination subie par les tsiganes ne se traduit pas de la même manière que celle dont souffrent les femmes. En ce sens, il ne peut y avoir de comparabilité entre les chiffres obtenus pour chaque catégorie. Chaque résultat doit faire l'objet d'un examen qui lui est spécifique, ce qui rend aussi le seuil spécifique. La seule possibilité est de donner une grille de lecture afin de pouvoir moduler la solution en fonction de la catégorie à protéger. L'attitude la plus cohérente est de prendre des éléments qui sont déjà connus par le droit afin de ne procéder qu'à une adaptation de la notion choisie.

**236** - La perte de chance semble être un appui adéquat à ce travail de détermination du seuil. En effet, cette notion a l'avantage de faire écho à celle d'égalité des chances dont les

discriminations positives sont très proches. L'égalité des chances vise avant tout à réduire les obstacles de fait que subissent certaines personnes<sup>1023</sup> et notamment les femmes<sup>1024</sup>. Il s'agit bien ici de « possibilités<sup>1025</sup> » de jouir d'un droit ou d'obtenir une position souhaitée. Le préjugé agit comme un obstacle qui ôte une chance, plus ou moins importante, d'obtenir le but qu'une personne se fixe. C'est l'intensité de la perte de cette chance qui peut concrétiser le seuil de la différence de situation. Or, la perte de chance est une notion connue, aussi bien du droit privé<sup>1026</sup> que du droit public<sup>1027</sup>, et qui peut se traduire par « la perte de l'espoir d'un avantage futur » et « l'apparition d'un risque compromettant les chances d'éviter une détérioration de la situation actuelle »<sup>1028</sup>. La première condition liée à cette définition est relative à la chance, laquelle doit être sérieuse<sup>1029</sup>. La perte de chance existe dès lors qu'il « est probable que l'évènement heureux aurait pu se réaliser<sup>1030</sup> ». Nous nous trouvons ici dans une « démarche probabiliste et statistique<sup>1031</sup> ». La chance devra être quasiment certaine, ce qui introduit dans les statistiques relatives aux discriminations une double démarche qualitative et quantitative. Qualitativement cette chance sérieuse se traduit par l'analyse très détaillée de situations qui fait apparaître que, dans les mêmes circonstances, seule la caractéristique sur laquelle repose un préjugé peut expliquer la différence mise en lumière par les données chiffrées. Il faut aussi être certain que cela puisse l'être dans la non-réalisation d'un évènement et que cela est dû à un seul facteur. Par exemple, qu'une femme ne soit pas embauchée parce que c'est une femme et que l'employeur a des préjugés sur cette catégorie. Les statistiques doivent donc faire apparaître les autres circonstances qui entourent l'embauche : le type de travail, les compétences demandées à chaque candidat... L'aspect quantitatif est lui aussi présent, et c'est là la véritable particularité de la perte de chance en matière d'égalité. Ce n'est pas la situation d'une personne, en particulier, qui intéresse le

---

<sup>1023</sup> J. Laufer, *L'entreprise et l'égalité des chances*, Secrétariat chargé des droits des femmes, La Documentation française, 1992, p. 42 : « ne sont plus ici de nature juridique, mais essentiellement de nature sociale et culturelle, et pourrait-on ajouter historique ».

<sup>1024</sup> Concernant plus spécifiquement les femmes : Directive 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1025</sup> G. Koubi, *Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ?*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 71 ; Y. Poirmeur, *Le double jeu de la notion d'égalité des chances*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 91.

<sup>1026</sup> Pour le droit privé : C. Ruellan, *La perte de chance en droit privé*, RRJ, 1999/3, p. 729.

<sup>1027</sup> F. Sallet, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, LGDJ, Travaux et recherche Panthéon-Assas Paris II, 1994.

<sup>1028</sup> G. Viney, *Les obligations – Les effets – La responsabilité*, LGDJ, 1988, pp. 341 et 446.

<sup>1029</sup> Cass. Crim., 06.06.1990, Bull. Crim., n° 224, JCP, G., 1991, IV, 329 ; Cass. Civ 2<sup>ème</sup>, 12.05.1966, Bull. Civ., n° 564, RTDC, 1967, p. 387, obs. G. Durry.

<sup>1030</sup> P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, § 242.

<sup>1031</sup> F. Sallet, *Op. cit.*, p. 5.

contrôle de comparaison, mais la situation du groupe auquel elle appartient. Il ne s'agit pas de tenir compte de la perte de chance au regard du préjudice de carrière d'une personne en particulier<sup>1032</sup>, mais des préjudices de carrière dont souffre la catégorie à laquelle appartient cette personne. De ce fait, la perte participe au caractère sérieux de la chance. Il faut que la catégorie, dans son intégralité, soit soumise à cette perte, selon les résultats des statistiques. La perte de chance de la personne doit être généralisable à sa catégorie. En matière d'égalité, il y a donc perte de chance lorsque les membres d'une catégorie ne peuvent obtenir l'avantage qu'ils espèrent à cause de la seule caractéristique qui fait l'objet d'un préjugé discriminatoire. Leur situation doit être bloquée par les comportements négatifs de tiers à leur encontre. Les statistiques doivent mettre en évidence ces conditions. Cela se traduit en pratique par des études approfondies prises dans un cadre nettement délimité et qui font apparaître des écarts importants entre les catégories. Ce n'est qu'à ce moment que la différence de situation peut être constatée. La notion de perte de chance peut ainsi offrir une limite cohérente à la différence de situation à condition de l'adapter au contrôle de comparaison en matière d'égalité qui s'effectue entre les situations de catégories. Même si elle requiert des investigations plus avancées, la différence de situation peut être prouvée objectivement, voire plus objectivement que d'autres différences de situation, à partir du moment où les statistiques sont utilisées à bon escient et pensées en fonction de ce qu'il est nécessaire de trouver dans une comparaison égalitaire.

---

<sup>1032</sup> Cass. Crim., 24.02.1970, D. 1970, p. 307.

## *Conclusion du Chapitre I*

237 - La comparaison est un exercice difficile en temps normal, mais devient particulièrement âpre lorsque c'est la nécessité de discriminations positives qui se cache derrière le résultat. Elles agissent comme un révélateur de la société, de ce qui est caché, de ce qui est tabou, en somme de ce que l'on ne veut pas voir. Tous les éléments qui font partie de la comparaison sont souvent insidieux et demandent un effort constant de relecture ou d'adaptation des mécanismes égalitaires. Ce n'est pas la nature qui est en cause, mais le travail de la société vis-à-vis de certaines catégories de personnes. Les inégalités ont une cause subjective qu'il est souvent difficile de percer. Les préjugés ne sont que des pensées qui ne peuvent vraiment être encadrées par le droit au sein de l'égalité. En revanche, les comportements qu'ils engendrent ont des conséquences matérielles indéniables. La détresse économique ou sociale de plusieurs catégories peut s'expliquer par ces comportements discriminatoires. Les efforts faits pour localiser ces discriminations, pour les quantifier et les faire entrer dans le contrôle de comparaison classique, bénéficient à l'égalité toute entière. En recherchant « *l'effectivité*<sup>1033</sup> » des droits, c'est le respect des droits de l'homme dans son ensemble qui est en jeu ici. Les discriminations positives sont l'exemple parfait d'une « *lutte pour la régénérescence du Droit mais aussi une lutte pour la régénérescence des comportements*<sup>1034</sup> ». Afin de parvenir pleinement à ce but, l'étape suivante consiste à déceler la totalité des formes que peuvent prendre ces comportements afin de lutter contre ceux qui sont néfastes.

---

<sup>1033</sup> J. Callewaert, *La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité*, in « Mélanges en l'hommage de Pierre Lambert », Bruylant, 2002, p. 93.

<sup>1034</sup> P. de Fontbressin, *Les droits de l'homme, principes généraux de vie*, in Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 551.

## Chapitre II

### Le préjugé, facteur de privatisation des discriminations positives

238 - L'existence de préjugés est le sésame qui ouvre la porte aux discriminations positives. Afin d'avoir recours à ces dernières, il faut donc définir concrètement ce que sont, et où vont se loger, ces préjugés ou ces stéréotypes<sup>1035</sup>. Les gestes ou les paroles qui les accompagnent sont, le plus communément, le fait d'individus comme l'employeur, le guichetier, le commerçant ou encore le propriétaire d'un logement... Cela a conduit une partie de la doctrine à définir les discriminations positives à partir de ces seules relations interindividuelles. Il faut pourtant reconnaître que lorsque le préjugé est fortement ancré dans la société, il balaye très facilement les frontières du droit privé pour parvenir jusqu'au droit public. « *A la relation intersubjective se superpose ainsi une relation entre les droits et son sujet, dans laquelle le droit se trouve assumer la fonction d'un véritable "ordre de la reconnaissance"*<sup>1036</sup> »<sup>1037</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle à cet égard, et en laissant deviner la complexité des formes des préjugés, que « *bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux*

---

<sup>1035</sup> F. Rigaux, *Une machine à remonter le temps : la doctrine du précédent*, in « Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », Sous la direction de F. Ost et M. van Hoecke, Bruylant, 1999, p. 55. L'auteur parle surtout des stéréotypes liés à la différence des sexes et explique combien cette vision arbitraire sur certains points a conduit à des jurisprudences inégalitaires. Le principe d'égalité devant la loi paraît « *avoir subi l'épreuve du temps* » et « *la force de conviction des précédents judiciaires* » a été entamée à cause de l'évolution des mentalités.

<sup>1036</sup> L'expression est empruntée à J.-M. Ferry, *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine*, Tome 2, Ed. du Cerf, 1991.

<sup>1037</sup> D. Gutmann, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 327, 2000, § 243.

*minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante*<sup>1038</sup> ». Cet éventuel abus peut se traduire en pratique de différentes manières et la sphère publique de l'activité d'une personne peut aussi être intéressée par des actes discriminatoires commis en considération d'une caractéristique ayant mauvaise presse. Le droit public doit donc être logiquement intéressé par les discriminations positives qui ont pour but de lutter contre les conséquences de ces préjugés. Il serait possible de délimiter les discriminations positives entrant dans la sphère du droit privé et celles relatives au droit public. La seule certitude à ce stade réside dans le fait que le préjugé est un jugement de valeur présent dans une relation horizontale. L'exemple des employeurs répétant des actes de discriminations à l'embauche selon le sexe, la couleur, le handicap ou de l'âge des candidats illustre parfaitement les conséquences inégalitaires des préjugés s'immisçant dans des relations interindividuelles. Par conséquent cette relation doit servir de base à la réflexion sur les développements concrets des préjugés. Cette appréhension de certaines caractéristiques a des conséquences sur les relations verticales. Il est difficile d'imaginer que le législateur, par exemple, ne puisse pas être influencé lorsque le préjugé est fort et répandu.

Il faut, par conséquent, analyser dans un premier temps les préjugés présents dans une relation interindividuelle classique (Section I.), avant d'étudier, dans un second temps, comment le préjugé reste présent dans une relation verticale, qui n'est qu'une relation interindividuelle indirecte (Section II.).

## **Section I. Une relation interindividuelle classique**

**239** - Les comportements humains sont les vecteurs les plus répandus des actes discriminatoires dictés par une incompréhension ou un rejet de l'autre. Outre la difficulté de les faire apparaître de manière objective, leur concrétisation protéiforme demande une analyse poussée. Tous les rapports humains peuvent *a priori* aboutir à une discrimination. Il faut alors admettre aussi bien les cas classiques de l'emploi des femmes, comme les cas moins visibles des pratiques administratives. Les fonctionnaires, en tant qu'individus, sont susceptibles d'être les auteurs de discriminations, mais ils induisent aussi, d'ores et déjà, une certaine

---

<sup>1038</sup> CEDH, 11.01.2006, Sorensen et Rasmussen c/ Danemark, Req. 52562/99 et 52620/99.

implication des appareils étatiques. Le droit public peut aussi renfermer des préjugés, mais c'est toujours d'une relation interindividuelle dont il est question, ce qui continue à ancrer les discriminations positives dans le droit privé. La dimension horizontale qui ressort de cette relation interindividuelle n'est d'ailleurs pas sans poser problème quant à leur contrôle. Il faut donc étudier la multiplicité des relations horizontales qui génèrent un préjugé (§1.), pour ensuite spécifier quelles sont les difficultés liées à ces relations interindividuelles (§2.).

## **§1. La multiplicité des relations interindividuelles**

**240** - Les relations interindividuelles ne se cantonnent pas au droit privé, le droit public peut lui aussi contenir des relations interindividuelles. Au même titre que celles de droit privé, elles contiennent parfois des actes discriminatoires. De fait, ce ne sont pas deux types de discriminations positives qui vont naître du franchissement de cette barrière classique du droit car les relations de droit public ne font ici que calquer celles de droit privé. Ce sont les préjugés concrétisés dans les relations interpersonnelles privées (A.) qui vont servir d'appui à celles qui relèvent du droit public (B.).

### **A. La relation privée, genèse du préjugé justifiant les discriminations positives**

**241** - Le Code pénal réprime les actes discriminatoires qui sont le fait de personnes physiques ou de personnes morales<sup>1039</sup>. Dans ces deux cas, nous nous trouvons face à une relation horizontale où les deux acteurs sont considérés comme étant, de prime abord, de force égale. Cette relation se développe en dehors de l'appareil étatique. C'est le point de départ du préjugé qui s'insinue dans tous les rouages de la société. Toute discrimination positive passe par le constat de l'existence de préjugés dans les relations privées, les autres formes de relations ne font que confirmer cette discrimination. L'exemple du droit américain, qui sert souvent de référence, illustre parfaitement l'emprise du droit privé sur cette question. Cela va

---

<sup>1039</sup> En ce qui concerne les personnes morales : article L. 225-4 du Code pénal.

permettre d'expliquer comment ce dernier, de manière tout à fait naturelle, a pris une place primordiale en Europe.

## 1. L'exemple américain

**242** - La plupart des auteurs considèrent que les discriminations positives sont nées aux Etats-Unis pour combattre la ségrégation de fait venue se substituer à la ségrégation institutionnelle<sup>1040</sup> qui gangrenait le régime américain depuis la constitution du pays<sup>1041</sup>. De fait, si les Etats-Unis ne sont pas les premiers à faire usage de telles mesures<sup>1042</sup>, ils ont dans une large part inspiré les réflexions scientifiques<sup>1043</sup> sur ce thème, et servi de point de référence à la jurisprudence européenne dans son ensemble<sup>1044</sup>.

**243** - Les *affirmative actions* ont pourtant connu des fortunes diverses depuis leur installation dans le paysage juridique américain dans les années 1960. Quelques caractéristiques montrent cependant une régularité incontestable. Ces mesures ne concernent que deux types de groupes défavorisés : les femmes et les personnes d'origine étrangère, spécifiquement les Noirs. Une seconde caractéristique, peut-être plus significative que la première, vient du fait que les traitements en cause concernent pour la plupart des relations que l'on pourrait qualifier d'horizontales. Nombre de ces mesures ont été mises en place par des entreprises afin de provoquer un recrutement désormais équilibré entre les hommes et les

---

<sup>1040</sup> Pendant longtemps, il a été considéré que « la ségrégation est constitutionnelle, la discrimination seule est illégale » : C. Cadoux, *La Cour Suprême et le problème noir aux Etats-Unis*, Thèse, Lyon, Bosc Frères, 1957, p. 111.

<sup>1041</sup> Il a fallu attendre l'arrêt Brown pour qu'une prise de conscience générale de la ségrégation ait lieu et spécialement en matière d'éducation : *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Sur cet arrêt et le rôle primordial qu'il a joué : E. Zoller, *Le droit des Etats-Unis*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2001, p. 35.

<sup>1042</sup> Il semblerait que l'émergence de ces mesures soit en fait due à l'Inde dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle : G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 10. L'Afrique du sud a elle aussi prévu dans sa Constitution ce type de mesures : article 9(2). Sur ce dernier point : P. Noblet, *L'affirmative action*, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 555.

<sup>1043</sup> Pour une analyse de l'ensemble de la jurisprudence américaine sur les *affirmative actions* : G. Calvès, *L'affirmative action, dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 86, 1998.

<sup>1044</sup> L'avocat général Tesouro fait ainsi directement référence à différentes jurisprudences de la Cour Suprême américaine (notamment l'affaire Bakke : *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)) dans ses conclusions relatives à l'arrêt Kalanke (CJCE, 17.10.1995, *Kalanke c/ Frei Hansestadt Bremen*, C-450/93, rec. p. I-3051. Sur ce point : R. Hernu, *Principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 258.



femmes d'une part, et, d'autre part, entre les Blancs et les Noirs. L'affaire Weber<sup>1045</sup> montre de manière patente la singularité de la vision américaine des discriminations positives. La Cour Suprême valide ici un plan privé de traitement préférentiel en faveur des salariés Noirs mis en place dans l'entreprise sur sa propre initiative. L'*affirmative action* était une mesure volontaire sans prescription légale obligatoire. La Cour admet la validité d'une telle mesure en construisant une argumentation négative : la loi n'interdit pas une telle mesure, elle n'est pas obligatoire, mais il est loisible à l'entreprise de la mettre en œuvre de son propre chef<sup>1046</sup>. L'inégalité qu'il s'agit de combattre se situe dans un rapport qui intéresse deux entités privées. Le problème principal dont souffrait à l'époque la société américaine était concentré dans les possibilités d'évolution socio-économique de la population noire. Rejetés à l'embauche, oubliés lors des promotions, prioritaires dans les licenciements, il devenait nécessaire de mettre en place une politique égalitaire permettant aux membres de la minorité noire de bénéficier de nouvelles perspectives. La difficulté est issue du fait que la principale norme de référence en la matière est le Titre VII de la loi sur les droits civiques de 1964 et qu'elle ne prévoit aucune mesure protectrice. Le XIV<sup>ème</sup> amendement relatif à l'égalité<sup>1047</sup> se contente lui aussi d'une « *généralité majestueuse*<sup>1048</sup> ». Il n'existe alors en droit américain qu'un commandement général et absolu d'interdiction de discrimination. L'interprétation de ces textes par la Cour Suprême est capitale : qui prévaut de l'esprit ou de la rédaction littérale<sup>1049</sup> ? En ce qui concerne plus spécialement la loi sur les droits civiques de 1964, l'esprit du législateur est privilégié, et l'affirmation est d'autant plus probante qu'elle ne concerne pas une initiative fédérale, mais une initiative d'ordre privé. Une entreprise peut donc mettre en place, sans obligation ni incitation normative une mesure d'*affirmative action*. C'est un rapport social privé qui est concerné par l'instauration d'une norme d'origine privée. L'Etat est par conséquent totalement étranger au processus d'*affirmative action* dans ce cas. Cette possibilité reconnue aux entreprises a ensuite été étendue aux emplois publics par l'arrêt Johnson<sup>1050</sup>. Parallèlement sont mis en place des plans, notamment le Plan de Philadelphie<sup>1051</sup>,

---

<sup>1045</sup> United Steelworkers of America AFL-CIO-CLC v. Weber and al, 433 U.S. 193, (1979). Sur cet arrêt : E. Zoller, *Le droit des Etats-Unis*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2001, p. 35.

<sup>1046</sup> Sur l'analyse de cet arrêt : D. Kesselman, *L'affirmative action et l'ancienneté : rencontre des deux "Amériques sociales"*, Droit et Cultures, 49, « Egalité et Discrimination. Etats-Unis, Europe, France », 2005/1, p. 81.

<sup>1047</sup> Il s'agit de la clause d'égalité de protection des lois qui a été ratifiée en 1868.

<sup>1048</sup> Fay v. New York, 332 U.S. 261(1947), opinion dissidente du juge Jackson, p. 282.

<sup>1049</sup> Sur ce point : D. Kesselman, *Loc. cit.*

<sup>1050</sup> Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, 480 U.S. 424, (1987). Cet arrêt concernait plus spécifiquement les mesures d'*affirmative actions* en faveur des femmes. Sur cet arrêt : M. Rosenfeld, *Le principe d'égalité appliqué aux femmes dans la jurisprudence de la Cour Suprême américaine*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc5/rosenfeld.htm>.

qui ouvrent des possibilités pour les entreprises privées d'obtenir des marchés publics d'une certaine importance financière. Ces plans prévoient l'octroi du marché sous condition de l'embauche d'un certain nombre de personnes noires. Le but est clairement de conduire les employeurs à avoir une politique de l'emploi plus équilibrée. Là encore, même si l'*affirmative action* vient cette fois d'une norme, elle se fonde sur la volonté des employeurs<sup>1052</sup>. Cet arrêt a d'ailleurs contribué à une généralisation du mécanisme de contrôle de légalité des mesures d'*affirmative actions* connu sous le nom de "Test Weber"<sup>1053</sup>. Pour être licite, la mesure doit respecter trois caractéristiques : être réellement adaptée au déséquilibre racial constaté dans l'entreprise, que ce déséquilibre soit manifeste et enfin que la mesure soit temporaire<sup>1054</sup>.

**244** - Le troisième domaine abordé par la jurisprudence américaine est sans doute le plus symbolique, il s'agit de l'admission des étudiants noirs dans les universités américaines<sup>1055</sup>. Ici encore, se sont les mesures volontaires prises par les jurys de certaines universités afin de permettre aux étudiants noirs un accès effectif à l'université, qui constituent pour une grande partie la jurisprudence de la Cour Suprême. L'affaire Bakke<sup>1056</sup> - sans doute l'arrêt le plus célèbre concernant les *affirmative actions* - constitue le référent en cette matière. Il est topique de la manière dont les juges de la Cour Suprême abordent cette question. Allan Bakke a vu sa candidature à l'une des facultés de médecine de l'université de Californie rejetée au motif que certains postulants - ayant des résultats moindres que les siens - devaient être acceptés au titre de leur appartenance à un groupe ethno-racial minoritaire. M. Bakke contestait donc la politique de recrutement de la faculté. La Cour fait montre d'une certaine suspicion envers cette forme d'*affirmative action* jugée trop systématique et discriminatoire envers le candidat malheureux. En revanche, elle semble vouloir valider les mesures tendant à améliorer la diversité de la population étudiante<sup>1057</sup>, sous la condition qu'elles s'appliquent de manière individualisée et qu'elles ne soient que des appuis ponctuels de la politique de recrutement. Cette solution, âprement discutée au sein de la Cour, est le symbole d'une position ambivalente sur les discriminations positives en raison d'un compromis sans cesse renouvelé entre les

---

<sup>1051</sup> Pris en application de l'Executive Order 11246 : les entreprises faisant partie du plan doivent fixer des objectifs de progression de présence de salariés issus des minorités. Un autre plan a aussi été mis en œuvre, le Plan de Boston, qui est encore plus contraignant puisqu'il prévoit un véritable quota. Sur ces mesures : O. Beaud, *L'affirmative action aux Etats-Unis : une discrimination à rebours ?*, RIDC, n°3, 1984, p. 503.

<sup>1052</sup> O. Beaud, *Loc. cit.*

<sup>1053</sup> D. Kesselman, *Loc. cit.*

<sup>1054</sup> O. Beaud, *Loc. cit.*

<sup>1055</sup> Pour une vue d'ensemble de cette jurisprudence : D. Sabbagh, *La tentation de l'opacité : le juge américain et l'affirmative action dans l'enseignement supérieur*, Pouvoirs, 09.2004, p. 5.

<sup>1056</sup> University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

<sup>1057</sup> *Ibid.*, p. 312, 314, 317-318.

juges progressistes et conservateurs<sup>1058</sup>. Ce flottement constant persiste encore aujourd'hui. Si l'arrêt Adarand<sup>1059</sup> soumet dorénavant les mesures d'*affirmative action* au contrôle le plus strict<sup>1060</sup>, la Cour admet dans le même temps que cela n'empêche nullement de valider certaines de ces mesures<sup>1061</sup>, notamment en matière de modalités d'admission dans les universités<sup>1062</sup>.

**245** - Si la continuité de la jurisprudence américaine peut être discutée, il en ressort néanmoins des informations utiles quant à la nature des discriminations positives. Hormis le cas particulier des universités, les autres discriminations positives, quelle que soit leur origine, s'appuient sur la réaction des employeurs. Sur un marché de l'emploi où les personnes issues des minorités sont évitées et qui n'est conçu que par les hommes et pour les hommes<sup>1063</sup>, il apparaît nettement que ce sont les employeurs qui sont le ressort des *affirmative actions*. Ce sont eux qui ont l'initiative de la discrimination initiale, soit par un acte délibéré, soit par absorption de règles tacites de discrimination sociétale. Dans chaque cas de discrimination positive se situe une relation interindividuelle renfermant un préjugé. L'emploi de certaines personnes, comme leur admission à l'université, dépend du jugement d'une ou plusieurs personnes. Ce sont des relations privilégiées pour les discriminations positives car tout jugement comporte une part d'arbitraire et peut laisser la discrimination issue du préjugé pleinement s'exprimer. C'est la mentalité des acteurs privés qui instille le préjugé dans les relations interindividuelles. Le droit français et européen confirme l'importance de cet aspect privé des discriminations positives.

---

<sup>1058</sup> G. Calvès, *L'affirmative action, dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 86, 1998, p. 155 : « *Imprévisible, ambiguë et hésitante* », cette jurisprudence montre toute l'importance des enjeux politiques dans cette matière. Sur cette question voir également : J. Schmidt, *La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique*, RIDC, 1987, p. 43.

<sup>1059</sup> Adarand Constructors v. Federico Pena, --- U.S. --- (1995), Edition électronique.

<sup>1060</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>1061</sup> En effet, la majorité de cinq juges nécessaire à la décision n'a été obtenue que de justesse, le cinquième juge soumettant son assentiment à une « réserve d'interprétation ». Sur l'analyse de cet arrêt : G. Calvès, *L'affirmative action, dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 86, 1998, p. 154 et s..

<sup>1062</sup> Grutter v. Bollinger, 123 CS 2325 (2003) et Gratz v. Bollinger, CS 2411(2003). Sur ces derniers arrêts : M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(I)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004, p. 136. Sur l'ensemble de la jurisprudence concernant les quotas d'admission dans les universités : R. Dworkin, *The Court and the University*, The New York review of books, 15.03. 2003.

<sup>1063</sup> M. Rosenfeld, *Le principe d'égalité appliqué aux femmes dans la jurisprudence de la Cour Suprême américaine*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc5/rosenfeld.htm> : « *Dans la mesure où la vie professionnelle a été organisée par des hommes, il semble difficile d'imaginer que les femmes puissent à la fois y réussir et maintenir leur identité. Dans ce cas, le traitement préférentiel des femmes peut provoquer un déplacement de l'équilibre du pouvoir sur le lieu de travail et encourager une féminisation de celui-ci* ».

## 2. La prise en compte première des relations privées

**246** - Si des différences non négligeables existent entre la position américaine et celle qui prévaut à travers l'Europe, la base de travail est toujours la même. C'est le constat d'une discrimination dans les relations horizontales qui amène le législateur à réagir et à proposer une discrimination positive. Ce sont les comportements des acteurs privés, révélateur d'une mentalité de rejet de certaines personnes, qui sont le point de départ de la mesure. Le droit pénal, sollicité pour réprimer les actes de discriminations, met en avant ce rapport horizontal constitutif du socle des discriminations positives.

### a. Le droit pénal, révélateur du préjugé dans les relations privées

**247** - Les actes ou les propos racistes, sexistes, antisémites ou autres ne concernent pas toujours le domaine des discriminations positives. Ils tombent le plus souvent sous le coup de la loi pénale<sup>1064</sup>. Ces attitudes peuvent être ostensibles et revendicatives, en correspondance avec une croyance profonde de la personne qui en est l'auteur. Dans ce cas, le législateur a déjà agi afin de réprimer ces actes<sup>1065</sup>. Le Code pénal renferme une liste exhaustive de critères discriminatoires. Peuvent être réprimés les actes fondés sur l'origine, le sexe, la situation de famille, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les moeurs, l'orientation sexuelle, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée<sup>1066</sup>. La litanie des caractéristiques s'allonge sans cesse. Le racisme n'a été introduit qu'en 1972<sup>1067</sup> tandis que l'orientation sexuelle<sup>1068</sup>, l'âge<sup>1069</sup>, les caractéristiques génétiques<sup>1070</sup> et la grossesse<sup>1071</sup> sont apparus encore plus

---

<sup>1064</sup> Article 225-1 et s. du Code pénal.

<sup>1065</sup> P. M. Martin, *La haine, origine de droit*, in Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon, Bruylant, 1998, p. 229.

<sup>1066</sup> Article 225-1 et s. du Code pénal.

<sup>1067</sup> Loi, 01.07.1972, n° 72-546, Loi relative à la lutte contre le racisme.

<sup>1068</sup> Loi, 16.11.2001, n°2001-1066, Loi relative à la lutte contre les discriminations.

<sup>1069</sup> *Ibid.*

<sup>1070</sup> Loi, 04.03.2002, n° 2002-303, Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

récemment. Le fait que la liste soit exhaustive implique que le législateur crée une nouvelle incrimination chaque fois que des actes de discrimination répétés fondés sur une caractéristique particulière se font jour. De ce point de vue, le droit pénal français a un avantage considérable par rapport à d'autres textes visant les discriminations qui ne comportent pas de liste exhaustive<sup>1072</sup>, puisqu'il oblige le législateur à surveiller l'évolution des mentalités et des préjugés afin d'intégrer de nouvelles formes de discriminations à la loi pénale. L'inscription dans le Code pénal est la première étape vers une discrimination positive car, à elle seule, elle prouve l'existence d'un préjugé porté sur une caractéristique. Le droit pénal n'est cependant pas suffisant pour rendre compte des faits discriminatoires. L'article L. 225-2 définit les comportements qui peuvent constituer des actes discriminatoires :

- Refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- Entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- Refuser d'embaucher, sanctionner ou licencier une personne ;
- Subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visé à l'article 225-1 ;
- Subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visé à l'article 225-1 ;
- Refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

**248** - En dehors de ces cas, les caractéristiques énumérées à l'article L. 225-1 ne peuvent conduire à une condamnation pour discrimination. Même si la liste des circonstances paraît assez large, il est possible que certaines caractéristiques conduisent à des faits discriminatoires inédits non prévus par le Code pénal, empêchant ainsi toute possibilité de

---

<sup>1071</sup> Loi, 23.03.2006, n° 2006-340, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. A ce propos, cette admission de la grossesse peut paraître surprenante. En effet, en l'état actuel la discrimination entre les sexes inclut le critère de la grossesse. S'il y a un élément qui différencie les sexes de manière objective, c'est bien celui-ci. A moins que l'avenir apporte une lecture de cette distinction entre sexe et grossesse qui permette aux femmes de pouvoir lutter contre les discriminations faites directement sur leur différence physiologique et celles qui sont faite indirectement dessus et qui sont relatives à la simple appartenance au sexe. Dans le premier cas, la demande s'inscrirait dans le critère de la grossesse, tandis que dans le second cas, le sexe serait intéressé. Cela marquerait plus nettement la distinction entre différence objective et inégalité due à un préjugé, ce qui bénéficierait aux discriminations positives. Le manque de recul face à l'introduction du critère de la grossesse ne peut laisser entrevoir que des perspectives vagues d'une évolution de la considération des discriminations. Cependant, un élément est certains, c'est le rapprochement ainsi opéré avec les directives européennes qui visent d'un côté la grossesse et de l'autre les obstacles de fait auxquels font face les femmes. Par exemple : Directive 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1072</sup> L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

prendre en compte cette caractéristique. Néanmoins, l'inscription dans le code pénal reste l'étape primordiale à l'établissement d'une discrimination positive car c'est elle qui montre l'existence de préjugés. Cela renforce d'autant plus l'aspect horizontal des relations qui produisent la discrimination. Cette étape peut devenir un premier élément d'identification d'une inégalité due à un préjugé, mais elle peut aussi conforter l'inégalité.

**249** - La plupart des comportements discriminatoires n'ont pas un caractère aussi ouvert et relèvent de comportements plus ou moins conscients. La preuve de la discrimination est souvent difficile à apporter ce qui complique fortement les possibilités de répression de ces actes. Les contentieux sont rares<sup>1073</sup> et même si le renversement de la charge de la preuve<sup>1074</sup>, l'admission de la preuve par "testing"<sup>1075</sup> ou la création de la HALDE<sup>1076</sup> et sa récente possibilité de conclure des transactions<sup>1077</sup> peuvent être considérés comme de véritables avancées, la répression semble insuffisante. De plus, son incontestable valeur curative n'empêche pas les personnes de souffrir de la discrimination latente au sein de la société. Les carences de la loi pénale peuvent donc aussi être un facteur de renforcement de l'inégalité. La loi ne pouvant juguler tous les comportements discriminatoires, les discriminations positives deviennent nécessaires pour combattre les agissements discriminatoires qui persistent ou se développent<sup>1078</sup>. Tout est ici question de mentalité<sup>1079</sup>. Si la répression n'agit qu'*a posteriori* d'un acte particulier, les discriminations positives ont pour objectif d'éviter le développement ou la persistance d'actes discriminatoires inconscients qui traversent les relations individuelles. A la réponse individuelle du droit pénal, les discriminations positives ripostent par une réponse générale à un mécanisme présent à l'échelle de la société. Dans tous les cas, le droit pénal constitue le révélateur de la nécessité d'une action autre : soit l'inscription dans le code pénal d'une nouvelle caractéristique indique que de nouveaux préjugés à combattre apparaissent, soit l'incurie de la répression conforte l'inégalité due au préjugé. Dans ce dernier cas, il faut avouer que son rôle est particulièrement difficile en pratique car la

---

<sup>1073</sup> A. Paulin, *Un étranger à côté de chez moi..., vous rêvez je crois !*, Note sous CA Besançon, 27.10.2005, D. 2006, jur. p. 357.

<sup>1074</sup> Loi, 16.11.2001, n°2001-1066, Loi relative à la lutte contre les discriminations.

<sup>1075</sup> Loi, 31.03.2006, n° 2006-396, Loi pour l'égalité des chances.

<sup>1076</sup> Loi, 30.12.2004, n° 2004-1486, Loi portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, JO, 31.12.2004.

<sup>1077</sup> Article 42, Loi, 31.03.2006, n° 2006-396, Loi pour l'égalité des chances.

<sup>1078</sup> G. Calvès, *Avant propos*, in « Les politiques de discrimination positive », Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999,

<sup>1079</sup> A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305.

discrimination peut prendre des formes particulièrement insidieuses. C'est une mentalité discriminatoire qu'il faut combattre.

### **b. Les discriminations positives comme lutte contre le préjugé dans les relations privées**

**250** - L'exemple le plus significatif en matière de discrimination insidieuse dans les relations privées est sans doute celle de la discrimination, à l'embauche et particulièrement la discrimination dont souffrent les femmes. Renoncer à embaucher une femme pour un employeur, c'est éviter les éventuelles périodes d'absentéisme liées à la maternité<sup>1080</sup> ou les contraintes d'horaires pour la garde des enfants<sup>1081</sup>, sans oublier les comportements sexistes qui existent toujours dans la société et notamment sur le lieu de travail. La preuve en est que les femmes ne sont pas seulement discriminées à l'embauche, mais aussi quant à leurs promotions, leurs formations ou encore leurs orientations<sup>1082</sup>. Ces attitudes négatives s'expliquent encore souvent par « *des préjugés diffus et encore inconscients*<sup>1083</sup> ». « *L'image stéréotypée de la sympathique petite secrétaire perdue*<sup>1084</sup> ». De manière involontaire les manuels de droit peuvent faire transparaître cette image. Lorsque sont abordées les conditions de la réparation du préjudice esthétique, il est souvent mis en avant les conséquences professionnelles d'un tel préjudice. Parmi les professions citées, nous retrouvons toujours l'hôtesse, la femme qui exerce l'activité de mannequin ou l'actrice...<sup>1085</sup> L'apparence physique ne serait-elle qu'un problème professionnel typiquement féminin ? Les emplois où le physique est mis en avant seraient réservés aux femmes, ce qui induit logiquement que les

---

<sup>1080</sup> F. Dekeuwer-Défossez, *L'égalité des sexes*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998, p. 14.

<sup>1081</sup> Nous pouvons d'ailleurs voir ici qu'une différence de traitement pour contrebalancer une différence physiologique entre les sexes peut entraîner une réaction de rejet pour certaines personnes et appuyer une différence subjective qui existait auparavant. Sur ce point : F. Dekeuwer-Défossez, *L'égalité des sexes*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998, p. 17.

<sup>1082</sup> J. Laufer, *L'entreprise et l'égalité des chances*, Secrétariat chargé des droits des femmes, La Documentation française, 1992, p. 37.

<sup>1083</sup> B. Renauld, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425 ; A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305.

<sup>1084</sup> *Ibid.* Voir sur l'ensemble de cette question : *Les nouvelles frontières de l'inégalité. Hommes et femmes sur le marché de l'emploi*, Sous la direction de M. Maruani, Paris, La Découverte, 1998, spéc. p. 283.

<sup>1085</sup> Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Droit privé, Coll. Précis, 5<sup>ème</sup> édition, 2004, § 144 ; M. le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel*, Litec Coll. Pratique professionnelle, 13<sup>ème</sup> éd., 2002, § 151.

emplois plus rémunérés<sup>1086</sup> et non fondés sur le physique seraient occupés de préférence par les hommes. La plupart du temps, les actes discriminatoires ne sont pas dus à une volonté sexiste ou raciste mais résident dans la volonté de ne pas pâtir de certaines situations ou de ne pas renoncer à certains avantages acquis. Cela peut aller du refus des pratiques volontaristes<sup>1087</sup>, jusqu'au contournement de la carte scolaire<sup>1088</sup>. Il s'agit ici d'une forme particulière de racisme dit « symbolique »<sup>1089</sup>. Les stratégies racistes revêtent donc différents aspects. Elles peuvent soit s'adresser à une personne en particulier, lorsqu'il s'agit de refuser une candidature à un emploi<sup>1090</sup>, soit ne pas viser une personne mais simplement consister en un refus de faire des efforts particuliers en faveur d'un groupe en général. La difficulté est alors que ces actes, ne correspondant à aucune hostilité précise, ne sont ni déclarés ouvertement, ni explicites<sup>1091</sup>.

**251** - Ces actes ne relèvent souvent d'aucune intention de nuire particulière, et sont la conséquence d'un égoïsme et d'une volonté de protection de sa situation ou de la situation de son entreprise, par exemple. Le critère de l'intention de nuire est cependant ici difficile à manipuler. Ce critère, bien connu du droit civil, est concrétisé lorsque l'auteur de l'acte n'a aucun intérêt à l'accomplir. Or, ne pas conclure de contrat avec une personne au seul motif de sa religion ou de son orientation sexuelle est contraire à l'intérêt de l'entreprise. Il n'y a donc aucun intérêt à ce rejet, ce qui pourrait être alors qualifié, du point de vue de l'auteur, d'intention de nuire<sup>1092</sup>. Il n'y a souvent aucune volonté de nuire personnellement au cocontractant, mais uniquement des préjugés par rapport à sa différence, laquelle n'a souvent aucune relation directe avec l'exécution du contrat en cause. En matière de discrimination positive il est alors important de dépasser la notion d'intention ou de volonté, pour se concentrer sur le résultat : le rejet d'un candidat, d'un cocontractant en raison de sa religion, de son sexe, de son origine ethnique sans autre prise en considération de ses autres caractéristiques et compétences personnelles. La directive du Conseil de 2004 sur la mise en

---

<sup>1086</sup> Les exemples professionnels où l'on cite des femmes sont des métiers rares et où la rémunération avantageuse est exceptionnelle.

<sup>1087</sup> Dont les discriminations positives.

<sup>1088</sup> V. de Rudder, C. Poiret, F. Vourc'h, *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, PUF, 2000, p. 43.

<sup>1089</sup> *Ibid.*

<sup>1090</sup> *Ibid.*, p. 140-141 : Ces auteurs parlent notamment de stratégies d' « évitement préventif » qui consistent à demander une photo ou encore une élimination des candidats par leur lieu de résidence.

<sup>1091</sup> Ils risquent de bénéficier alors d'une totale « impunité » : *Ibid.*, p. 140.

<sup>1092</sup> Sur une étude en matière de vie des affaires : D. Cohen, *La discrimination dans la vie des affaires. Rapport français*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 173.



œuvre de l'égalité entre les hommes et les femmes quant l'accès et la fourniture de biens et services<sup>1093</sup> a parfaitement exprimé cette idée en indiquant que « *Toute personne jouit de la liberté contractuelle, y compris de la liberté de choisir un cocontractant pour une transaction. Une personne qui fournit des biens ou des services peut avoir un certain nombre de raisons subjectives de choisir son cocontractant. À condition que le choix du cocontractant ne soit pas fondé sur le sexe de l'intéressé(e), la présente directive ne devrait pas porter atteinte à la liberté individuelle de choisir un cocontractant* »<sup>1094</sup>. Le jugement du cocontractant ne doit pas être fait uniquement en fonction d'un caractère discriminatoire - ici le sexe, mais cela peut être étendu à d'autres critères - pour refuser un bien ou un service. La liberté de choix de l'un ne peut aller jusqu'à annihiler le droit à l'égalité de l'autre partie au contrat. Cependant, dans tous les cas, la discrimination, consciente ou non, provient d'individus privés qui entretiennent une relation sociale ou économique de nature privée. C'est la perception journalière que l'on a de l'autre qui provoque des gestes de rejet ou de mépris. La multiplication de ces attitudes discriminatoires, conscientes ou non, provoque une inégalité dans les faits.

**252** - Ce sont ces obstacles qui sont visés en premier lieu, notamment par le droit communautaire. Il offre la possibilité aux Etats membres d'avoir recours à des discriminations positives, spécifiquement en droit du travail. Il s'agit toujours d'une faculté attribuée aux législateurs internes. Depuis la directive de 1976 sur l'égalité entre les hommes et les femmes<sup>1095</sup> jusqu'à la directive de 2004 qui concerne l'égalité dans l'accès aux biens et aux services<sup>1096</sup>, cette latitude ne s'est pas démentie et est même devenue plus explicite. L'article 2 §4 de la directive de 1976 se contentait de viser la promotion de l'égalité des chances en remédiant aux « *inégalités de fait* » existant au détriment des femmes<sup>1097</sup>. En revanche, depuis

---

<sup>1093</sup> Directive 2004/113/CE du Conseil, 13.12.2004, Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

<sup>1094</sup> Cela se traduit formellement par l'article 3-2 de la directive : « *La présente directive ne porte pas atteinte à la liberté individuelle de choisir un cocontractant à condition que le choix du cocontractant ne soit pas fondé sur le sexe de l'intéressé(e)* ».

<sup>1095</sup> Directive 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1096</sup> Directive 2004/113/CE du Conseil, 13.12.2004, Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

<sup>1097</sup> Article 2§4 : « *La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1§1.* » Le texte est assez vague puisque ces inégalités de fait peuvent provenir de divers facteurs.

les années 2000 et notamment la directive relative à l'égalité sans distinction de race ou d'origine ethnique<sup>1098</sup>, les normes communautaires parlent clairement d' « *action positive* <sup>1099</sup> » et autorisent les Etats, afin de réaliser une égalité dans les faits, à « *maintenir ou adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique* <sup>1100</sup> ». Cette possibilité a été étendue à l'ensemble du principe d'égalité de traitement en matière d'emploi<sup>1101</sup>. Quant à la directive de 2002 modifiant l'ancienne directive de 1976 sur la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi, sans faire explicitement référence à la notion d'action positive, elle se fonde directement sur l'article 141 §4 du traité<sup>1102</sup>, qui indique que « *pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle* »<sup>1103</sup>. De manière corollaire, ces directives s'adressent aux employeurs afin de rétablir une égalité bafouée dans les faits. Ils doivent ainsi assurer de manière concrète l'absence de discrimination ou de harcèlement sexuel dans l'entreprise<sup>1104</sup>. Ce sont donc les relations d'ordre privé qui sont visées au travers

---

<sup>1098</sup> Directive 2000/43/CE, Conseil, 29.06.2000, Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Une formulation identique a été utilisée dans d'autres domaines du principe d'égalité, notamment dans le domaine de l'égalité hommes-femmes.

<sup>1099</sup> Le premier texte communautaire à utiliser cette expression est une recommandation qui est entièrement consacrée à ces actions en faveur des femmes : Recommandation, 13.12.1984, 84/635/CEE, Conseil, Recommandation relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes. L'expression sera ensuite reprise par diverses directives : Directive 2000/43/CE, Conseil, 29.06.2000, Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive 2004/113/CE du Conseil, 13.12.2004, Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

<sup>1100</sup> Directive 2000/43/CE, Conseil, 29.06.2000, Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, article 5.

<sup>1101</sup> Directive 2000/78/CE, Conseil, Directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi, article 7.

<sup>1102</sup> Article 2§8, directive 2002/73/CE, Parlement européen et Conseil, 23.09.2002, Directive modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Cet article vient supplanter l'article 2§4 de la directive de 1976, mais renforce la faculté laissée aux Etats en s'appuyant directement sur le texte du Traité.

<sup>1103</sup> Pour une analyse de cet article : *Commentaire article par article des Traités U.E. et C.E.*, Sous la direction de P. Léger, Dalloz, 2000, p. 1184 et s.

<sup>1104</sup> Directive 2002/73/CE, Parlement européen et Conseil, 23.09.2002, Directive modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail : « *il convient d'encourager les employeurs et les personnes responsables de la formation professionnelle à prendre des mesures pour lutter contre toutes les formes de discrimination sexuelle et, notamment, à prendre des mesures préventives contre le harcèlement et le harcèlement sexuel sur le lieu de travail, conformément à la législation et aux pratiques nationales.* » De façon plus générale, il est aussi demandé aux employeurs de

de ces textes. Soit les directives s'adressent aux Etats membres, ces derniers pouvant offrir un cadre juridique aux employeurs afin de mettre en œuvre des discriminations positives, soit elles mentionnent directement le rôle des employeurs dans ce domaine. Dans les deux cas c'est la rencontre de deux individus qui est intéressée : celle de l'employeur avec ses éventuels préjugés et celle du candidat ou de l'employé qui présente une caractéristique jugée particulière. Que la mesure s'adresse à l'Etat ou à l'employeur, c'est à ce dernier que revient la tâche d'obtenir, en pratique, un retour à un équilibre égalitaire entre tous les postulants à un emploi. De façon surprenante, la jurisprudence communautaire relative aux discriminations positives est peu fructueuse en exemples. L'analyse de la jurisprudence montre que la faculté laissée aux Etats membres afin de mettre en œuvre des discriminations positives a surtout été utilisée par les législateurs internes dans les collectivités locales ou les administrations, ce qui constitue la quasi-intégralité de la jurisprudence jusqu'à aujourd'hui<sup>1105</sup>. L'absence de contentieux strictement privé semble surtout marquer la réticence des Etats à demander aux personnes privées de se conformer à une politique de discrimination positive. Les gouvernements n'ont que peu utilisé le blanc seing laissé par le droit communautaire. En revanche, faire de la fonction publique une première assise de l'aide à certaines catégories permet d'intégrer la philosophie de ces mesures au sein de l'ordre juridique interne et de familiariser les acteurs privés avec de telles politiques de protection et d'encadrement des conditions d'embauche.

**253** - Le droit français montre aussi combien la conscience d'une discrimination dans les faits est forte, mais sans entraîner pour autant des discriminations positives. Il se contente le plus souvent, de demander aux employeurs des chiffres sur la situation de l'emploi dans l'entreprise. Chiffres qui doivent refléter la situation actuelle, mais aussi l'évolution en la matière depuis que le système est mis en place. La loi dite Roudy<sup>1106</sup>, puis la loi dite Génisson<sup>1107</sup>, demandent aux employeurs une certaine transparence vis-à-vis de leurs employés quant à la situation de l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'entreprise.

---

supprimer tout obstacle à l'emploi des travailleurs handicapés : Article 5, directive 2000/78/CE, Conseil, 27.11.2000, Directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi.

<sup>1105</sup> CJCE, 17.10.1995, Kalanke, C-450/93, rec. p. I-3051 ; CJCE, 11.11.1997, Marschall, C-409-95, rec. p.I-6363 ; CJCE, 07.12.2000, Schnorbus, C-79/99, rec. p. I-10997.

<sup>1106</sup> Loi, 13.07.1983, n° 83-635, Loi portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

<sup>1107</sup> Loi, 09.05.2001, n° 2001-397, Loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

La transmission des données doit être annuelle<sup>1108</sup> et doit être accompagnée d'objectifs<sup>1109</sup>. L'égalité professionnelle est un domaine qui fait partie des négociations annuelles obligatoires pour l'employeur<sup>1110</sup>. Ces dispositions montrent combien la responsabilisation des employeurs est importante dans le domaine de l'égalité. C'est par leur intermédiaire que l'égalité peine à être effective, c'est donc encore par leur intermédiaire qu'elle doit être rétablie. Cette responsabilisation peut aller jusqu'à la mise en place de discriminations positives, même si cela n'est pas prévu expressément par le Code du travail. Ce résultat est obtenu en suivant l'esprit des directives communautaires qui visent les actions positives en matière d'emploi afin de parvenir à un équilibre entre les différents groupes de travailleurs. Les relations publiques peuvent aussi participer du rééquilibrage de la situation, mais elles ne le sont qu'en tant qu'application dans la sphère publique des mécanismes discriminatoires présents dans les relations privées.

## **B. Les relations publiques, simple transposition des relations privées**

**254** - Le droit public est ici concerné, cependant l'analyse des préjugés permet de faire apparaître un mécanisme d'exclusion qui utilise les mêmes ressorts qu'en droit privé. Même si le traitement offert par les discriminations positives pose moins de difficultés juridiques que celles de droit privé<sup>1111</sup>, les préjugés en cause sont les mêmes. Cette étude offre une conception harmonieuse des discriminations positives, quel que soit le domaine qu'elles abordent. En droit public, l'Etat peut être concerné soit par les pratiques des fonctionnaires, soit en sa qualité d'employeur ou de contractant.

---

<sup>1108</sup> Article L. 432-3-1 du Code du travail : « Chaque année, le chef d'entreprise soumet pour avis au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, soit directement, soit, si elle existe, par l'intermédiaire de la commission prévue au dernier alinéa de l'article L. 434-7, un rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise. A ce titre, ce rapport comporte une analyse sur la base d'indicateurs pertinents, reposant notamment sur des éléments chiffrés, définis par décret et éventuellement complétés par des indicateurs qui tiennent compte de la situation particulière de l'entreprise, permettant d'apprécier, pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise, la situation respective des femmes et des hommes en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail et de rémunération effective ».

<sup>1109</sup> Article L. 432-3-1 du Code du travail : « Ce rapport recense les mesures prises au cours de l'année écoulée en vue d'assurer l'égalité professionnelle, les objectifs prévus pour l'année à venir et la définition qualitative et quantitative des actions à mener à ce titre ainsi que l'évaluation de leur coût ».

<sup>1110</sup> Article L. 132-27 et L. 132-28 du Code du travail.

<sup>1111</sup> Nous pensons ici notamment aux limites des garanties offertes par la Convention européenne des droits de l'homme avec l'effet horizontal.

## 1. La transmission du préjugé dans les pratiques administratives

**255** - La plupart des actes discriminatoires ne proviennent pas de comportements « fanatiques », mais relèvent le plus souvent de « conduites souvent routinières, jamais sanctionnées, perpétrées ou abritées par des administrations et des institutions qui font partie de l'appareil de l'Etat <sup>1112</sup> ». La discrimination s'insinue dans tous rapports humains et dépasse le simple cadre d'une relation d'ordre privé pour s'établir de manière inconsciente dans les pratiques administratives et institutionnelles. Nous avons alors affaire à des « pratiques de guichet <sup>1113</sup> », des demandes de documents supplémentaires non nécessaires, des contrôles d'identité fondés uniquement sur l'apparence physique de la personne. On peut constater dans ce domaine que les policiers sont ainsi mal sensibilisés aux actes discriminatoires et sont susceptibles d'en être les auteurs, alors même que leur mission est de les combattre <sup>1114</sup>. La Commission Racisme et Xénophobie de l'Union européenne préconise d'ailleurs une formation spéciale des forces policières afin d'éviter ces risques <sup>1115</sup>.

**256** - Il existe une véritable discrimination structurelle <sup>1116</sup> qui se retrouve dans tous les aspects de la vie courante. Les femmes sont elles aussi affectées. De par l'éducation qu'elles reçoivent depuis des décennies, à l'école ou dans le milieu familial, leur orientation professionnelle leur est en quelque sorte imposée et ne relève pas toujours d'un choix libre et éclairé. L'école et les enseignants représentent un milieu où la discrimination est aussi présente. L'un des objectifs principaux de l'action égalitaire montre cette discrimination puisqu'il consiste à « agir sur l'orientation et la formation des jeunes filles pour leur

---

<sup>1112</sup> V. de Rudder, C. Poiret, F. Vourc'h, *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, PUF, 2000, p. 12.

<sup>1113</sup> *Ibid.*

<sup>1114</sup> G. Cohen-Jonathan, *Le droit de l'Homme à la non-discrimination raciale*, RTDH, 2001, numéro spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 665. L'auteur se sert dans son argumentation de statistiques fournies par l'organisation non gouvernementale European Roma Rights Carter lors de son intervention en tant qu'*amicus curiae* auprès de la Cour de Strasbourg (CEDH, 28.10.1998, Assenov et autres c/ Bulgarie, Req. 24760/94, rec. 1998-VIII, JCP G., 1999, I, 105, n° 12, Chr. F. Sudre). Il apparaît qu'il y a eu 45 cas d'abus policiers contre des tsiganes en Bulgarie entre 1992 et 1997 allant de blessures graves jusqu'à la mort de la victime.

<sup>1115</sup> G. Cohen-Jonathan, *Loc. cit.* Voir aussi l'analyse de Dominique Rosenberg, *L'arrêt Assenov : un premier pas vers une reconnaissance juridictionnelle du droit des Tsiganes en Europe*, RTDH, 1999, p. 389.

<sup>1116</sup> Calvès, *Femmes en politique : une exclusion persistante*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 58 ; E. Keslassy, *De la discrimination positive*, Bréal, 2004, p. 85 ; J. Chevallier, *Réflexions sur la notion de discrimination positive*, in « Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan », Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 415.

permettre d'avoir accès à des emplois auxquels traditionnellement elles étaient mal préparées et pour augmenter la diversification de leurs choix professionnels<sup>1117</sup>». Le poids des traditions<sup>1118</sup> est aussi présent à l'école et certains enseignants peuvent se faire les relais privilégiés de ces orientations culturelles auprès de leurs élèves. Ils peuvent aussi faire montre d'un certain racisme. Il s'avère, suivant une étude française, que « *c'est à l'école que les jeunes en stage d'insertion (...) ont fait la première fois l'expérience du mépris ou du rejet raciste*<sup>1119</sup> ». Selon Bourdieu, l'école est un lieu privilégié de la reproduction des structures d'inégalités<sup>1120</sup>. Il est alors nécessaire, tout comme en matière d'activité de police, de former les enseignants et de les sensibiliser à la recherche de l'égalité et l'absence de discrimination entre les élèves.

**257** - Les institutions publiques, par l'intermédiaire de leur personnel, créent le même environnement que les personnes discriminées trouvent dans leurs relations interindividuelles privées quotidiennes. Cette situation est d'ailleurs prévue par le Code pénal qui envisage la répression des actions discriminatoires de l'article 225-1 lorsqu'ils sont commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public<sup>1121</sup>.

Les juges peuvent aussi être des intermédiaires privilégiés des préjugés. Daniel Borillo estime en effet que « *l'analyse jurisprudentielle prouve qu'en l'absence de texte légal réprimant l'homosexualité en France, les juges ont organisé des mécanismes répressifs sur la base d'une utilisation discriminatoire des catégories de portée générale, telles que la notion de concubinage, l'adoption individuelle, l'attentat à la pudeur ou l'excitation des mineurs à la débauche*<sup>1122</sup> ». Selon les commentateurs, le Conseil d'Etat a fait preuve de préjugés

---

<sup>1117</sup> J. Laufer, *L'entreprise et l'égalité des chances*, Secrétariat chargé des droits des femmes, La Documentation française, 1992, p. 39. L'auteur parle notamment de « *pressions institutionnelles extérieures* » pour expliquer les choix professionnels des femmes.

<sup>1118</sup> R. Badinter, *Les discriminations positives dans l'Union Européenne*, in « Les droits de l'homme au seuil du 3<sup>ème</sup> millénaire », Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 37 ; B. Renaud, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425.

<sup>1119</sup> V. de Rudder, C. Poiret, F. Vourc'h, *Op. cit.*, p. 12.

<sup>1120</sup> J. Bidet, *Egalité des chances et principe de différence. Une réinterprétation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 51.

<sup>1121</sup> Article 432-7 du Code pénal : « *La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :*  
1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;  
2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. »

<sup>1122</sup> D. Borillo, *Introduction*, in « Homosexualités et droit », PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 5.

importants lors d'un arrêt en 1996. Le 9 octobre 1996<sup>1123</sup>, le Conseil donne raison au Département de Paris d'avoir refusé la possibilité d'adopter pour un homosexuel. Le refus n'est pas en soi discriminatoire, mais c'est sa justification qui donne lieu à controverse. Elle fait en effet apparaître certains préjugés envers la personne homosexuelle. Le refus est donné « *eu égard à ses conditions de vie et malgré ses qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté* ». A l'instar Gérard Bach-Ignasse et de Bernard Stirn, il nous faut souligner ici le fait que les qualités éducatives de la personne ne sont pas satisfaisantes sur le plan éducatif pour accueillir un enfant adopté<sup>1124</sup>. Pour cet auteur, ce constat démontre une véritable discrimination négative envers les homosexuels, d'autant plus grave qu'elle n'est pas explicite. Il n'est pas le seul à pencher pour cette interprétation, Daniel Borillo et Thierry Pitois, commentant le même arrêt, estiment que « *la seule force du préjugé explique la motivation du Conseil d'Etat* <sup>1125</sup> ». Il est parfaitement envisageable que le juge puisse « *partager le préjugé de la majorité* <sup>1126</sup> » et puisse le laisser paraître dans son activité professionnelle. Cependant, il ne faut pas négliger que l'inverse puisse aussi se produire : un juge peut participer pleinement à la lutte contre les préjugés<sup>1127</sup>. Le procès est un lieu de socialisation et un facteur de cohésion sociale<sup>1128</sup>, la lutte contre les préjugés est donc particulièrement intéressante dans ce cadre. En tant qu'élément du discours social<sup>1129</sup>, le procès a une valeur primordiale dans la recherche de l'égalité dans des relations dénuées de préjugés. Le fait qu'il existe des stéréotypes négatifs envers des personnes ne justifie en aucun cas l'action des organes de l'Etat qui les confirme<sup>1130</sup>, spécialement lors d'un procès. Les autorités étatiques se doivent de ne pas encourager les préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle. Cela démontre que les préjugés dans une relation qui

---

<sup>1123</sup> CE, 09.10.1996, Département de Paris c/ Fretté, n° 168342, rec. p. 390.

<sup>1124</sup> G. Bach-Ignasse, « *Familles* » et *homosexualités*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 122 ; B. Stirn, *Les libertés en question*, Montchrestien, Coll. Clefs - Politiques, 6<sup>ème</sup> édition, 2006, p. 26.

<sup>1125</sup> D. Borillo et T. Pitois, *Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 142.

<sup>1126</sup> O. de Schutter, *Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347.

<sup>1127</sup> M. Mercat-Bruns, *Introduction*, in « Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées », sous la direction de M. Mercat-Bruns, Dalloz, Coll. Actes, 2006, p.1.

<sup>1128</sup> F. Zénati, *Le procès, lieu du social*, in « Le procès », APD, Sirey, Tome 39, 1995, p. 267.

<sup>1129</sup> D. Salas, *Le procès*, in « Les mots de la justice », PUF, Coll. Droits, n° 34, 2001, p. 29. Voir également M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 411, 2004, § 1183.

<sup>1130</sup> CEDH, 27.09.1999, Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni, req. 31417/96 et 329377/96, § 90 (RTDCiv, 1999, p. 917, Chr. J-P. Marguénaud).

intéresse le droit public ne sont qu'une diffusion dans la sphère publique de ceux qui sont présents dans les relations privées.

**258** - La liaison avec le droit privé est plus fortement ancrée et transparaît nettement dans l'arrêt Pla et Puncernau de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1131</sup>. La Cour donne un nouvel élan à l'effet horizontal de la Convention en l'appliquant en matière de testament. Outre l'intrusion de la convention au sein de la liberté de tester, cet arrêt opère un rapprochement inédit entre la sphère publique et la sphère privée. La violation de l'article 14 est provoquée par un testament discriminatoire fondé sur une conception obsolète de la famille (ne pouvant, selon la testatrice, se constituer qu'avec un mariage légitime et canonique). La Cour estime que ce préjugé pourra être fustigé de manière égale qu'il s'agisse de l'interprétation des autorités faite à propos d'un testament, d'un contrat privé ou d'une pratique administrative<sup>1132</sup>. L'argumentation montre que le même préjugé peut se matérialiser de manière autre et dans des circonstances différentes, mais qu'il reste un fondement identique à ces diverses formes de discrimination. Les pratiques administratives, les autorités étatiques dans leurs relations horizontales avec des personnes privées peuvent matérialiser les préjugés aussi bien que les relations d'ordre privé. Par leur constance et leur ampleur, ce sont les relations privées qui servent initialement de miroir aux préjugés dont les relations publiques ne font que capter le reflet. La lutte contre les préjugés doit aussi se faire dans ce cadre car un service public est « *au service des personnes et doit donc montrer l'exemple dans le respect de leur intégrité personnelle et de leur dignité* »<sup>1133</sup>. L'effort à fournir doit être d'autant plus intense que l'Etat, dans son activité d'employeur ou de contractant peut directement discriminer certaines personnes.

## **2. La transmission du préjugé à l'Etat en tant qu'employeur et contractant**

**259** - L'Etat peut être impliqué de manière directe dans le processus d'exclusion. Quand une discrimination se développe à l'échelle de la société, lorsqu'elle s'engouffre dans tous les

---

<sup>1131</sup> CEDH, 13.07.2004, Pla et Puncernau c/ Andorre, req. 69498/01.

<sup>1132</sup> § 59 de l'arrêt.

<sup>1133</sup> C. Vigouroux, *Le fonctionnaire et les « bonnes mœurs »*, CFP, juin 2006, p. 7.



aspects de la vie sociale et qu'enfin elle devient « *systémique* <sup>1134</sup> », l'Etat parvient à être lui-même le vecteur de la discrimination. Le droit communautaire dérivé, conscient du rôle des organes étatiques, leur fait directement appel afin de respecter une égalité factuelle. La directive de 2000 sur l'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de race ou d'origine ethnique <sup>1135</sup>, indique ainsi que « *dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne :*

*a) les conditions d'accès à l'emploi aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion;*

*b) l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique;*

*c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération;*

*d) l'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou à toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations;*

*e) la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé;*

*f) les avantages sociaux;*

*g) l'éducation;*

*h) l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, à la disposition du public, y compris en matière de logement <sup>1136</sup>».*

---

<sup>1134</sup> V. de Rudder, C. Poiret, F. Vourc'h, *Op. cit.*, p. 200.

<sup>1135</sup> Directive 2000/43/CE, Conseil, 29.06.2000, Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

<sup>1136</sup> Article 3 §1 de la directive. L'article 3 §1 de la directive 2000/78/CE, Conseil, 27.11.2000, Directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi est rédigé dans des termes quasiment identiques.

Les organes étatiques sont soumis aux mêmes règles que les personnes physiques en matière d'égalité de traitement, ils se doivent de respecter l'égalité dans les mêmes conditions. Cela démontre que ces organes éprouvent les mêmes difficultés à faire respecter une égalité de fait en leur sein. D'ailleurs, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dévoile clairement que ce sont eux qui sont le plus concernés par les mesures de discrimination positive prises par les Etats membres, conformément aux possibilités ouvertes par le droit dérivé et l'article 141 §4 du Traité. Cette tendance existe depuis le premier arrêt sur les discriminations positives : l'arrêt Kalanke<sup>1137</sup>. Dans cette affaire, M. Kalanke a mis en cause l'article 4 de la loi du Land de Brême relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le service public. Il était en effet prévu qu'une préférence à l'embauche serait octroyée aux femmes, à la condition d'avoir une qualification équivalente et d'être sous-représentées. Deux ans plus tard, en 1997, dans l'arrêt Marschall<sup>1138</sup>, la Cour est une nouvelle fois confrontée aux dispositions d'un Land allemand sur la fonction publique. Elles prévoient une discrimination positive plus souple que dans l'arrêt Kalanke puisque la promotion prioritaire des femmes ne peut être admise qu' « à égalité d'aptitude, de compétence et de prestations professionnelles, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur<sup>1139</sup> ». L'Allemagne a fourni un troisième litige avec l'arrêt Badeck dans lequel était en cause la promotion prioritaire des femmes dans la fonction publique, cette fois dans le Land de Hesse<sup>1140</sup>. Dans son commentaire de l'arrêt, Katell Berthou fait justement remarquer que cette disposition ne s'applique pas au secteur privé<sup>1141</sup>. Ces espèces s'intéressent uniquement au statut des fonctionnaires et induisent que l'Etat, en tant qu'employeur, soit le destinataire de la mesure de discrimination positive. La Suède a permis elle aussi à la jurisprudence communautaire de préciser sa position face aux discriminations positives dans l'arrêt Abrahamsson<sup>1142</sup>. Cette fois, il s'agit d'un règlement spécifique relatif au recrutement des enseignants des universités suédoises permettant une priorité pour les femmes sous certaines conditions. Là encore, c'est la fonction publique qui est visée par la discrimination positive. L'Etat en tant qu'employeur est particulièrement visé car il est tout aussi susceptible qu'un employeur privé de ne pas respecter une égalité matérielle et, en tant que tel, constitue une cible privilégiée afin de rétablir cette égalité.

---

<sup>1137</sup> CJCE, 17.10.1995, Kalanke, C-450/93, Rec. p. I-3051.

<sup>1138</sup> CJCE, 11.11.1997, Marschall, C-409-95, Rec. p.I-6363.

<sup>1139</sup> Article 25 §5 du Beamten-gesetz (statut des fonctionnaires du Land Nordrhein-Westfalen).

<sup>1140</sup> CJCE, 28.03.2000, Badeck et autres, C-118/97, rec. p. I-1875.

<sup>1141</sup> K. Berthou, *Sur les discriminations positives (à propos de l'arrêt CJCE, 28.03.2000, Badeck et autres, C-158/97)*, DS, 2000, p. 901.

<sup>1142</sup> CJCE, 06.07.2000, Abrahamsson et Anderson, C-407/98, rec. p. I-5539.

Cependant, l'Etat, en dehors de son statut d'employeur, peut aussi être l'auteur de discriminations lorsqu'il exerce ses prérogatives de puissance publique. Cette dimension horizontale ne va pas sans poser de problème technique car, pour être prise en compte par le droit, ces relations interindividuelles supposent que la juridiction qui exerce le contrôle puisse donner un effet horizontal au texte qu'il s'agit d'appliquer.

## §2. Un effet horizontal à donner au texte protégeant l'égalité

260 - Dès lors que le litige rentre dans les compétences communautaires, le constat de préjugé ne pose aucune difficulté. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme peut être bloquée par l'aspect horizontal de la matérialisation du préjugé. La Convention n'a initialement pour but que de déterminer les responsabilités des Etats parties dans leurs relations avec d'autres Etats parties<sup>1143</sup> ou avec des individus<sup>1144</sup>. Les situations entre particuliers ne sont pas visées. Les juges strasbourgeois, grâce à une jurisprudence progressiste, ont réussi à étendre le champ d'application de la Convention, allant jusqu'à prendre en compte une dimension horizontale de la Convention. Suivant la lettre de la Convention, toute requête formée par un particulier à l'encontre d'un autre particulier est frappée d'irrecevabilité<sup>1145</sup>. Toutefois, certains auteurs, à l'instar de Dean Spielman<sup>1146</sup>, ont longtemps défendu l'idée selon laquelle ne pas étendre la défense des droits de l'homme à une dimension horizontale, revient à ne pas rendre effectifs ces droits alors même qu'ils représentent ceux qui sont les plus importants. De même, la doctrine allemande de la « *drittwirkung* »<sup>1147</sup> met en avant la nécessité d'un effet vis-à-vis des tiers pour une effectivité des droits consacrés. La Cour a alors admis, dans certaines espèces, l'application de la Convention dans des relations interindividuelles. Deux formes d'effet horizontal ont été consacrées dans les faits. Une première forme, sans doute la moins connue, n'est pas rattachée

---

<sup>1143</sup> Article 33 Convention européenne des droits de l'homme: « *Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention ou de ses Protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante.* »

<sup>1144</sup> *Ibid.*, article 34 : « *La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles.* »

<sup>1145</sup> CommEDH, 12.01.1994, Durini c/ Italie, req. 19217/91.

<sup>1146</sup> D. Spielman, « *Obligations positives* » et « *effet horizontal* » des dispositions de la Convention, in « *L'interprétation de la CEDH* », sous la direction de F. Sudre, Bruylant, 1998, p. 133 et D. Spielman, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, 1995.

<sup>1147</sup> *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, PUF, 2005, p. 27.

aux obligations positives de l'Etat. Il est arrivé à la Cour de constater une violation d'un droit à cause d'une action de l'Etat qui a donné au particulier « *un moyen ou un encouragement* <sup>1148</sup> » afin de porter atteinte au droit d'un autre particulier <sup>1149</sup>. Dans ce cas, si l'on transpose cette jurisprudence aux discriminations positives, il faut que l'action défaillante de l'Etat <sup>1150</sup> ait permis la violation du droit à l'égalité <sup>1151</sup> d'un particulier par un autre particulier. La discrimination positive mise en place doit alors avoir porté atteinte aux droits des personnes qui la subissent. Cette difficulté concerne la problématique de la mise en œuvre des discriminations positives, et non les conditions de leur existence <sup>1152</sup>. Ce point ne concerne donc pas le questionnement abordé ici <sup>1153</sup>. En revanche, une seconde orientation de l'effet horizontal intéresse directement leur existence. Il s'agit de celle qui consiste en une extension des obligations positives de l'Etat. La Cour ayant reconnu depuis longtemps que le respect des droits consacrés dans la Convention oblige les Etats Parties, non seulement à ne pas aller à l'encontre d'un droit, mais également à faire en sorte que ce droit ne puisse être violé. L'Etat peut alors être reconnu responsable de la violation d'un droit simplement par son inactivité <sup>1154</sup>. Ce n'est que le point de départ de l'extension des responsabilités de l'Etat car la Cour peut aller jusqu'à sanctionner une inactivité qui a entraîné la violation d'un droit d'un particulier par un autre particulier. Dans l'arrêt Lopez Ostra <sup>1155</sup>, une femme se plaignait de l'implantation d'une station d'épuration à proximité de son domicile provoquant des odeurs nauséabondes et une pollution importante. L'article 8 sous l'angle du droit au respect du domicile était en jeu ici. Il ne s'agissait pas d'une action des autorités municipales, mais de son inaction qui a permis à une station d'épuration de s'implanter au milieu d'une zone

---

<sup>1148</sup> J. Mouly et J-P. Marguénaud, D, 2001, Jur, p. 574, Obs. sous CEDH, 29.02.2000, Fuentes Bobo c/ Espagne.

<sup>1149</sup> Voir notamment : CEDH, 13.08.1981, Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, req. 7601/76 et 7806/77, A 44, CDE, 1982, p. 226, Chr. G. Cohen-Jonathan ; JDI, 1982, p. 220, obs. P. Rolland : Le droit anglais a permis le licenciement de plusieurs cheminots non syndiqués par la mise en place d'accords de « closed shop » qui obligeaient le personnel à être syndiqué pour garder ou obtenir un emploi.

<sup>1150</sup> F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire M. Levinet, *Op. cit.*, p. 29.

<sup>1151</sup> Nous pouvons ici parler du droit à l'égalité puisque les discriminations positives, comme les autres mesures de lutte contre les discriminations matérielles, font de l'égalité un droit créance et non plus un simple "droit de...". Certains manuels parlent d'ailleurs déjà de « *droit à l'égalité* » : L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mlin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Tremeau, Dalloz Précis, Coll. Droit public science politique, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, § 407 et s.

<sup>1152</sup> Cette forme de litige s'apparente à celle que connaît, sans les mêmes contraintes de l'effet horizontal, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg : dans les arrêts Kalanke (CJCE, 17.10.1995, Kalanke c/ Frei Hansestadt Bremen, C-450/93, rec. 1995, p. I-3051) ou Marschall (CJCE, 11.11.1997, Marschall c/ Land Nordrhein-Westfalen, C-409-95, rec. p.I-6363), où l'enjeu était de déterminer les conditions de mise en place des mesures de discriminations positives, mais non de déterminer si leur existence était possible ou non.

<sup>1153</sup> Ce point sera abordé lors de l'analyse du contrôle relatif aux conditions de mise en œuvre des discriminations positives. Cf infra § 347 et s..

<sup>1154</sup> Pour exemples : CEDH, 26.03.1985, X. et Y. c/ Pays-Bas, A 91, JDI, 1986, p. 1086, obs. P. Rolland ; CEDH, 25.11.1994, Stjerna c/ Finlande, Série A 299-B.

<sup>1155</sup> CEDH, 09.01.1994, Lopez Ostra c/ Espagne, req. 16798/90, A 303-C, JDI, 1995, p. 798, obs. P. Tavernier ; RUDH, 1995, p. 112, Chr. F. Sudre ; RTDCiv, 1996, p. 507, Chr. J-P. Marguénaud.

résidentielle. La violation du droit est donc commise directement par une entité privée (la station d'épuration) grâce à l'omission des autorités municipales. Il y a donc ici un effet horizontal de la Convention puisque la Cour admet une violation de l'article 8<sup>1156</sup>. Ce prolongement des obligations positives a été confirmé plusieurs fois à propos d'autres droits<sup>1157</sup>. Malgré cette avancée, la Cour a mis un frein important à cette jurisprudence progressiste dans l'arrêt Botta de 1998 qui concerne justement les discriminations<sup>1158</sup>. Une personne handicapée, en vacances au bord de la mer dans un établissement de soins, ne peut accéder à la plage en raison de l'absence d'aménagement approprié de la part du centre, malgré les prescriptions de la loi italienne<sup>1159</sup>. Le requérant se plaignait d'une violation de l'article 8 dans sa dimension horizontale, ainsi que de son droit à l'égalité contenu à l'article 14. Tous les espoirs étaient permis après l'arrêt Lopez Ostra, mais la Cour pose une limite importante à l'effet horizontal en indiquant que « *le droit revendiqué par M. Botta, à savoir celui de pouvoir accéder à la plage et à la mer loin de sa demeure habituelle pendant ses vacances, concerne des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'Etat pour remédier aux omissions des établissements de bains privés et la vie privée de l'intéressé, n'est envisageable* »<sup>1160</sup>. La Cour conclut à l'inapplicabilité de l'article 8 et à celle corrélative de l'article 14. Cette solution sera confirmée, avec une certaine nuance, par une décision sur la recevabilité de 2002<sup>1161</sup>. Il est vrai que les requérants, eux aussi personnes handicapées, s'étaient contentés d'invoquer un manque d'accès en général sans préciser les établissements réellement visés. La Cour répond à cette demande en invoquant le fait que « *l'article 8 ne saurait s'appliquer en règle générale et chaque fois que la vie quotidienne de la requérante est en cause* ». L'article 8 n'est applicable que lorsque le « *développement personnel* » de l'individu est l'objet de la requête<sup>1162</sup>. Quant aux discriminations positives, il faut que l'article 14 soit applicable pour

---

<sup>1156</sup> La solution est d'autant plus importante que la municipalité responsable de l'installation de la station d'épuration avait agi puisqu'elle avait relogé les habitants concernés après la constatation d'une pollution importante. Néanmoins, il semble que cela soit insuffisant aux yeux de la Cour qui considère que le respect du droit au domicile imposait l'absence d'implantation de la station en cause à proximité d'habitations.

<sup>1157</sup> CEDH, 23.09.1998, *A. c/ Royaume-Uni*, req. 25599/94, rec. 1999-VI, concernant l'article 3 ; CEDH, Gde Ch., 28.10.1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, req. 23452/94, rec. 1998-VIII (JCP G, 1999, I, 105, Chr. F. Sudre ; JDI, 1999, p. 269, Chr. P. Tavernier), concernant l'article 2 ; CEDH, 25.07.2002, *Sovtransavto Holding c/ Ukraine*, req. 48553/99, rec. 2002-VII, concernant l'article 1 du premier Protocole.

<sup>1158</sup> CEDH, 24.02.1998, *Botta c/ Italie*, req. 21439/93, rec. 1998-I, RTDH, 1999, p. 600, obs. B. Maurer.

<sup>1159</sup> §18 et 19 de l'arrêt.

<sup>1160</sup> § 35 de l'arrêt.

<sup>1161</sup> CEDH (DR), 15.05.2002, *Zehnalova et Zehnal c/ République Tchèque*, req. 38621/97, rec. 2002-V.

<sup>1162</sup> Sur cette décision : F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire M. Levinet, *Op. cit.*, p. 440.

qu'elles puissent être concernées. Or, l'article 14 n'a pas d'existence indépendante<sup>1163</sup>. Pour être applicable, il faut que le litige concerne un autre droit consacré par la Convention. En matière de vie privée, pour qu'une discrimination puisse être constatée, il faut que l'espèce permette l'applicabilité de l'article 8. Il existe alors une relation très forte entre les mécanismes utilisés lors de l'application de l'article 8 pris isolément et lorsque l'article 14 lui est combiné. Les discriminations positives, en tant qu'obligation pour l'Etat d'être actif dans la protection des discriminations, relèvent du même mécanisme que les obligations positives. Au regard des développements jurisprudentiels analysés ci-dessus, un individu ne pourra obtenir un constat de violation de la part d'un Etat Partie qu'à la seule condition que l'Etat ait été inactif dans un domaine qui touche le développement personnel d'un requérant faisant partie d'une minorité délaissée et désavantagée dans les faits. A cet égard, l'entrée en vigueur de l'article 12 pourra modifier cette limite au bénéfice des discriminations positives. La nouvelle indépendance de droit à l'égalité, transformé en principe général par le protocole n° 12, va offrir de nouvelles perspectives à la lutte contre les discriminations. Le cadre autrefois limitant des autres articles va maintenant disparaître et les possibilités d'applicabilité du droit à la non-discrimination vont ainsi être multipliées. Pour la France, cette avancée devra sans doute attendre quelques années, voire quelques décennies, tant sa réticence vis-à-vis du protocole n° 12 semble forte<sup>1164</sup>. Néanmoins, il ne faut pas négliger le rôle actif de l'article 14 sur l'applicabilité des autres articles. Dans l'arrêt Zarb Adami relatif à la discrimination régnant entre les hommes et les femmes face à l'activité de juré<sup>1165</sup>, se posait la question de savoir si l'article 4 § 3 d) sur l'exercice des obligations civiques normales pouvait être appliqué en l'espèce. La Cour répond, en citant l'arrêt Van der Mussele<sup>1166</sup>, que « *parmi les critères servant à délimiter la notion de travail obligatoire figure l'idée de normalité. Or un travail normal en soi peut se révéler anormal si la discrimination préside au choix des groupes ou individus tenus de le fournir* »<sup>1167</sup>. L'absence d'applicabilité de l'article 4 § 3 d) pris isolément ne fait pas obstacle à son applicabilité lorsqu'il est combiné avec l'article 14<sup>1168</sup>. L'article 14 peut aussi servir à l'applicabilité des autres articles de la Convention. Ce statut d'éclaireur est d'autant plus intéressant en l'espèce que n'était pas en cause directement

---

<sup>1163</sup> CEDH, 23.07.1968, « Affaire linguistique belge », Série A-6, AFDI, 1968, p. 201, obs. R Pelloux.

<sup>1164</sup> La France a affirmé à plusieurs reprises ne pas vouloir apposer sa signature à ce nouveau protocole additionnel. Sur cette virulence : A. Gil-Robles (Commissaire aux droits de l'homme), *Rapport sur le respect effectif des droits de l'homme en France*, 15.02.2006, Bureau du Commissaire aux droits de l'homme, [http://www.coe.int/t/f/commissaire\\_d.h/](http://www.coe.int/t/f/commissaire_d.h/).

<sup>1165</sup> CEDH, 20.06.2006, Zarb Adami c/ Malte, req.17209/02.

<sup>1166</sup> CEDH, 23.11.1983, Van der Mussele c/ Belgique, req. 8919/80, A 70.

<sup>1167</sup> § 45 de l'arrêt.

<sup>1168</sup> § 46 de l'arrêt.

la législation de Malte, mais les obstacles de fait sont venus s'interposer et ont provoqué une discrimination. Ce sont les statistiques qui ont permis à la Cour de déterminer qu'il y avait eu discrimination<sup>1169</sup>. Il s'agit d'une situation de fait qui amène une différence de traitement. La Cour exerce son contrôle de manière classique en analysant si la distinction ainsi faite a une justification objective et raisonnable. Néanmoins, c'est une difficulté liée à une obligation positive au sein de l'article 14 car la législation maltaise ne fait aucune discrimination, c'est la situation de fait qui la crée. Dans ce cas, il est possible de considérer que l'Etat n'a pas agi relativement à la situation de discrimination factuelle, alors qu'il aurait dû le faire. Cela aurait donc dû se traduire dans les faits par une action législative avec un traitement différencié permettant aux hommes et aux femmes d'être jurés dans des proportions chiffrées équivalentes. La justification objective et adéquate que demande la Cour, dans cet arrêt, est relative au laisser-faire de l'Etat qui a permis de développer une différence de traitement factuelle. La Cour ne demande pas à justifier une différence de traitement créée directement par l'Etat car la loi maltaise ne différencie justement pas les hommes et les femmes face à l'obligation civique d'être juré. L'Etat doit donc justifier, de façon objective et raisonnable, la discrimination factuelle créée par son absence de réaction juridique. Il s'agit bien d'un manque de respect des obligations positives de l'Etat en fonction de l'article 14. Cela rappelle fortement les discriminations positives qui doivent agir contre les obstacles de fait dont sont victimes certaines catégories<sup>1170</sup>. Le contrôle de la Cour, lorsqu'il s'exerce directement sur l'article 14 combiné avec un autre article<sup>1171</sup>, permet de mettre pleinement en lumière les relations entre obligations positives et discriminations positives. Cette collaboration fructueuse entre ces deux notions n'est sans doute qu'à ses balbutiements car la Cour, déjà très encline à reconnaître les obligations positives, en a fait au début de l'année 2006 une sorte de principe général lié à la Convention. Dans l'arrêt Sorensen et Rasmussen contre le Danemark<sup>1172</sup>, la Cour relie l'existence des obligations positives à l'article 1 de la

---

<sup>1169</sup> § 78 de l'arrêt.

<sup>1170</sup> Pour les femmes : Directive 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1171</sup> Il arrive souvent à la Cour d'analyser la violation relativement à l'article pris isolément en estimant qu'il n'y a aucune question distincte dans sa combinaison avec l'article 14. Par exemple : CEDH, 27.09.1999, Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni, req. 31417/96 et 329377/96 ; CEDH, 27.09.1999, Smith et Grady c/ Royaume-Uni, req. 33985/96 et 33986/96 ; CEDH, 22.10.1981, Dudgeon c/ Royaume-Uni, req. 7525/76. La Cour peut aussi, et semble d'ailleurs le faire de plus en plus souvent, commencer par l'analyse de l'article applicable avec l'article 14 pour ensuite abandonner l'analyse de l'article pris isolément. Par exemple : CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. 34369/97, Rec. 2000-IV ; CEDH, 29.04.1999, Chassagnou et autres c/ France, req. 25088/94, 28331/95, 28443/95, Rec. 1999-III ; CEDH, 29.06.2006, Zeman c/ Autriche, req. 23960/02.

<sup>1172</sup> CEDH, 11.01.2006, Sorensen et Rasmussen c/ Danemark, Req. 52562/99 et 52620/99.

Convention<sup>1173</sup>. Elle analyse ensuite les relations de l'article 11, applicable en l'espèce, avec les obligations positives posées de manière générale<sup>1174</sup>. Faire des obligations positives un moteur de l'effectivité des droits consacrés par la Convention<sup>1175</sup> a des incidences sur l'article 14 qui devra, en toute logique, bénéficier de cette observation nouvelle de la Cour, et s'appuyer de plus en plus sur les obligations positives de l'Etat. Ce qui devrait se traduire par un devoir accru de lutte contre les situations de fait contredisant le respect de la non-discrimination et, par conséquent, par l'avènement des discriminations positives.

**261** - Pour que cette consécration soit pleine et entière, il faut que les obligations positives se traduisent par un effet horizontal de la Convention. Or, il n'est pas admis de manière systématique par la Cour. Les développements récents de la jurisprudence strasbourgeoise confortent cependant l'avancée des obligations positives. Dans un arrêt contre l'Allemagne de 2003<sup>1176</sup>, la Cour fait jouer l'effet horizontal au bénéfice d'une requérante ayant subi une opération de conversion sexuelle qui avait entraîné son changement de prénom sur l'état civil. Cette victoire administrative ne servit pas d'exemple à l'assurance maladie privée de la requérante qui refusa de prendre en charge le remboursement des frais de l'opération. Pour la première fois, la Cour estime que l'effet horizontal de la Convention peut jouer dans le domaine des contrats<sup>1177</sup>. Or, nous avons constaté que le domaine des contrats de travail ou d'affaire constitue le lieu privilégié des discriminations initiales pouvant légitimer des discriminations positives. Ce domaine est d'ailleurs celui qui permet déjà aux discriminations positives communautaires de s'exprimer. Cette nouvelle opportunité est étayée par un arrêt plein de promesses. Dans l'arrêt Pla et Puncernau<sup>1178</sup>, les magistrats européens font preuve d'une audace toute nouvelle en la matière. En l'espèce, était en cause un testament qui distinguait les enfants légitimes et les enfants naturels. Selon les requérants, il y aurait dans cet acte une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14. La Cour admet

---

<sup>1173</sup> § 57 de l'arrêt : « Il convient également d'observer qu'aux termes de l'article 1 de la Convention chaque Etat contractant "reconnait à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention". Cette obligation générale peut impliquer des obligations positives inhérentes à la garantie de l'exercice effectif des droits consacrés par la Convention ».

<sup>1174</sup> §§ 57 et 58 de l'arrêt.

<sup>1175</sup> Sur l'importance des obligations positives dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg : J-F. Akandji, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006.

<sup>1176</sup> CEDH, 12.06.2003, Van Kück c/ Allemagne, req. 35968/97, rec. 2003-VII, RTDCiv, 2004, p. 361, Chr. J-P. Marguénaud.

<sup>1177</sup> J-P. Marguénaud, *Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme (Cour EDH, 3<sup>e</sup> section, Van Kück c/ Allemagne, 12 juin 2003)*, Chr., RTDCiv, 2004, p. 361.

<sup>1178</sup> CEDH, 13.07.2004, Pla et Puncernau c/ Andorre, req. 69498/01.



effectivement la violation et ajoute que « *certes, [elle] n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'un testament, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme dans le cas d'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie avec l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention* <sup>1179</sup> ».

**262** - Non contente de confirmer l'arrêt de 2003 quant aux contrats, la Cour va ici plus loin en incluant dans la théorie de l'effet horizontal (même si elle n'est encore limitée qu'à une simple exception) les actes juridiques, même très personnels, comme le testament<sup>1180</sup> ou encore les documents et pratiques administratifs. Cela permet aux requérants de demander à la Cour un constat de violation pour l'inaction d'un Etat qui n'a pas mis en place un dispositif de discrimination positive, permettant ainsi une discrimination dans une relation interindividuelle. La transformation de la notion d'obligation positive en principe général issu de la Convention et les excursions de l'effet horizontal en des terres jusqu'ici inconnues laissent penser qu'à l'avenir, loin d'être un frein au développement des discriminations positives, la jurisprudence strasbourgeoise peut être un moteur en la matière. L'effet horizontal de la Convention connaît une « *extension irrésistible* <sup>1181</sup> » qui ne peut qu'influer sur le droit privé français dans le sens d'une prise en compte accrue des obligations positives de l'Etat, particulièrement en matière d'égalité<sup>1182</sup>. Le ressort européen est d'autant plus fort que la Cour peut aussi sanctionner les préjugés qui sont issus directement de la loi en tant que réceptacle de ceux nés dans les relations horizontales.

---

<sup>1179</sup> §59 de l'arrêt.

<sup>1180</sup> Nous pouvons d'ailleurs souligner que le contenu du testament bénéficie d'une importante protection au titre de la liberté testamentaire, tout comme en matière de contrat existe la liberté contractuelle. D'ailleurs, l'opinion dissidente de M. le juge Garlicki accompagnant cet arrêt s'appuie sur ce point : « *Le testateur doit conserver une certaine liberté dans la transmission de ses biens, liberté qui est protégée tant par l'article 8 de la Convention que par l'article 1 du Protocole n° 1* ».

<sup>1181</sup> J-P. Marguénaud, *La Convention européenne des droits de l'homme : approches par le droit privé*, in « Les dynamiques du droit européen en début de siècle », Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Ed. Pédone, 2004, p. 155.

<sup>1182</sup> Sur la dynamique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit privé français : A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002. Cette avancée européenne devrait à terme contredire l'affirmation selon laquelle le principe d'égalité « *dans son essence est orienté contre l'autorité publique, qui ne doit opérer aucune distinction selon le sexe quant aux obligations et aux droits conférés à l'occasion de son activité de réglementation, de recrutement d'agents publics ou d'accueil des usagers. Ce principe n'a jamais eu vocation d'être imposé aux personnes privées pour régenter leurs relations interpersonnelles, d'ordre commercial ou bien encore religieux* » : R. Fournales, Conclusions sous TA Cergy-Pontoise, 21.07.2005, 0409171, Société Jasmeen, AJDA, 2006, p. 439.

## Section II. Une relation interindividuelle indirecte

**263** - Une relation verticale peut également faire apparaître un préjugé. Le législateur ou les autorités étatiques peuvent en devenir le relais lors de l'élaboration de nouvelles lois, du refus de modifier des lois anciennes qui ne sont plus en adéquation avec la société actuelle, ou de la prise d'une décision quelconque. Le lien qui unit l'autorité à l'origine de la loi et le sujet de droit peut tout aussi bien être objectif que subjectif<sup>1183</sup> et discriminatoire. Le préjugé peut alors « *corrompre le processus démocratique de décision, par l'“insularisation” qu'il emporte de la minorité qui en est victime* <sup>1184</sup> ». Les discriminations positives doivent intervenir afin d'apporter « *la correction de cette perversion* <sup>1185</sup> ». Les autorités luxembourgeoise et strasbourgeoise n'ont d'ailleurs pas exclu de constater la violation du principe d'égalité par une loi interne. Les préjugés présents dans la loi ne sont que l'application verticale d'un préjugé qui préexiste à l'échelle horizontale. Cet état de fait a d'ailleurs été formalisé par la Convention internationale sur l'élimination de la discrimination raciale<sup>1186</sup>. Elle prévoit en effet que « *chaque Etat partie s'engage à ne pas encourager, défendre ou appuyer la discrimination raciale pratiquée par une personne ou une organisation quelconque* <sup>1187</sup> ». Au regard de cette formulation et du travail effectué par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, l'Etat « *s'engage en réalité à ne pas se retrancher derrière le comportement d'individus, voire à ne pas “instrumentaliser” ou faire siens de tels agissements* <sup>1188</sup> ». Le discours est similaire à Strasbourg où la Cour estime, dans l'arrêt Lustig-Prean et Beckett<sup>1189</sup>, à propos de révocation d'homosexuels de l'armée britannique : « *ces attitudes, même si elles reflètent sincèrement les sentiments de ceux qui les ont exprimées, vont d'expressions stéréotypées traduisant de l'hostilité envers les homosexuels à un vague malaise engendré par la présence de collègues homosexuels. Dans la*

---

<sup>1183</sup> L. Jaume, *Loi*, Cités, 08.2001, « Le travail sans fin ? Réalités du travail et transformations sociales », p. 231.

<sup>1184</sup> O. de Schutter, *Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347.

<sup>1185</sup> *Ibid.*

<sup>1186</sup> Convention sur l'élimination de la discrimination raciale, 21.12.1965, Recueil des Traités des Nations Unies, Vol. 660, p. 195.

<sup>1187</sup> Article 2 §1 al. b) de la Convention.

<sup>1188</sup> L-A. Sicilianos, *L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale. A propos du 40<sup>ème</sup> anniversaire de son adoption*, RTDH, 2005, p. 869.

<sup>1189</sup> CEDH, 27.09.1999, Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni, req. 31417/96 et 329377/96.

mesure où ces attitudes négatives correspondent aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour ne saurait considérer en soi comme une justification suffisante aux ingérences dans l'exercice des droits susmentionnés des requérants, pas plus qu'elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, d'origine ou de couleur différentes<sup>1190</sup>». Ces rapports verticaux porteurs de préjugés vont une fois de plus transcender la distinction entre le droit privé et le droit public, mais en gardant comme constante l'origine privée de la discrimination servant de socle à la loi. La lutte contre les préjugés présents dans les relations horizontales se fait ici de manière indirecte. Il faut dans un premier temps apprécier les différents aspects de ces préjugés verticaux (§1.), pour s'assurer ensuite que les juridictions européennes peuvent intervenir sur ces préjugés, condition *sine qua non* de l'existence des discriminations positives (§2.).

## **§1. Un préjugé vertical transcendant les sphères d'activité de l'individu**

**264** - Par leur ampleur, les actes discriminatoires quotidiens peuvent devenir des discriminations sociétales, structurelles<sup>1191</sup>. Ne sont plus seulement affectés les comportements individuels, mais avec eux, tous les rouages de la société qui reproduisent la même discrimination. C'est aux Etats-Unis, grâce au mouvement pour les droits civiques, que cette distinction a été mise en évidence. Les militants ont ainsi démontré que n'était pas seulement en cause le racisme manifeste engendré par les comportements individuels, mais aussi un racisme caché, «*produit d'un ensemble intégré de dispositifs qui assurent la perpétuation du pouvoir des Blancs et défavorise systématiquement les Noirs dans la compétition*<sup>1192</sup>». Cette dichotomie opère non seulement pour le problème particulier du racisme, mais peut être étendue à beaucoup d'autres formes de discriminations. La sphère publique est tout aussi bien touchée que la sphère privée mais, dans les deux cas, l'origine du

---

<sup>1190</sup> § 90 de l'arrêt.

<sup>1191</sup> B. Renauld, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425 ; Calvès, *Femmes en politique : une exclusion persistante*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 58 ; J. Chevallier, *Réflexions sur la notion de discrimination positive*, in Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 415.

<sup>1192</sup> V. de Rudder, C. Poiret, F. Vourc'h, *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, PUF, 2000, p. 40.

préjugé reste les relations interindividuelles. Dans la relation verticale, le préjugé se traduit de manière singulière. Dans la relation horizontale, le préjugé devient discrimination parce que la personne qui lui fait porter des conséquences discriminatoires le fait dans l'exercice de la liberté dont elle dispose relativement au droit en cause. Plus sa liberté sera importante, plus il y a de chance pour que le préjugé soit matérialisé. Au contraire, dans une relation verticale, l'Etat intervient directement pour donner corps au préjugé. Cela se traduit par la définition d'un cadre relativement précis. Ici, ce n'est pas l'inaction de l'Etat qui est en cause, mais la forme de son action. Le premier exemple que l'on peut donner s'applique à la notion de famille dans la sphère privée (A.), tandis que le second est relatif à la religion et par conséquent à la sphère publique (B.).

### **A. Le droit privé et la conception de la famille**

**265** - La constitution de la famille commence par l'alliance de deux personnes, ce qui s'est longtemps traduit par un couple de deux personnes de sexe différent. Le couple ne reflète pourtant pas l'égalité car les femmes ont, de tout temps, été considérées comme des êtres inférieurs aux hommes. La loi ne fait ici que traduire le sentiment général de la société établie sur des préjugés quotidiens. A ces deux personnes viennent ensuite s'ajouter les enfants. Cette fois encore les préjugés sont fortement présents et illustrent une conception discriminatoire de la famille.

#### **1. Les relations entre les hommes et les femmes**

**266** - En matière d'égalité entre les femmes et les hommes, l'inégalité a longtemps été « *dans l'ordre des choses* <sup>1193</sup> ». La répartition traditionnelle des rôles entre les deux sexes,

---

<sup>1193</sup> Calvès, *Loc. cit.*

souvent relayée par le droit, nécessite parfois des mesures de discrimination positive<sup>1194</sup>. Une « *conception protectrice et tutélaire* <sup>1195</sup> » a pesé sur l'évolution des droits de la femme. Le rôle du droit a souvent été pernicieux en la matière. Loin d'être toujours voué à une discrimination ouverte envers les femmes en leur retirant certains droits uniquement réservés aux hommes<sup>1196</sup>, il a parfois pris le soin de se cacher derrière un souci apparent de protection de la femme. Souvent « *considérée comme un être faible voire écervelé mais néanmoins digne d'une considération juridique* <sup>1197</sup> », la femme était soumise à une représentation « *paternaliste* <sup>1198</sup> » de l'égalité. Deux domaines ont été particulièrement affectés par cette vision négative de la femme.

**267** - Tout d'abord, les femmes ont vu leurs droits nettement restreints par le jeu des régimes matrimoniaux. Le Code civil de 1804 est le parfait témoin de cette attitude en faisant passer la femme de l'emprise de son père à celle de son mari<sup>1199</sup>. N'ayant aucune possibilité de gestion directe de ses propres intérêts, elle ne disposait que de la possibilité de demander la séparation judiciaire si son mari gérât de manière dangereuse ses biens<sup>1200</sup>. Elle ne disposait alors que d'un certain pouvoir "répressif" vis-à-vis du fautif.

**268** - Le droit du travail constitue un autre domaine illustratif de cette attitude protectrice envers les femmes. Force est de constater ici qu'il a fallu l'intervention de la Cour de justice des Communautés européennes pour que le droit français réagisse. La protection de la femme a été, au début du moins, un exemple de protection que pouvait offrir le droit du travail à l'ensemble des salariés. En effet, les femmes et les enfants ont été les premiers à voir

---

<sup>1194</sup> R. Badinter, *Les discriminations positives dans l'Union Européenne*, in « Les droits de l'homme au seuil du 3<sup>ème</sup> millénaire », Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 37 ; B. Renaud, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425.

<sup>1195</sup> M. Miné, *Droit et discrimination sexuelle au travail*, entretien avec C. Coste, Cités, 2002, n°9, p. 91.

<sup>1196</sup> Nous pouvons citer à titre d'exemple l'absence de droit au vote pour les femmes ou les restrictions quant à la possibilité d'effectuer des actes de gestion dans le couple qui ont prévalu jusque dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle.

<sup>1197</sup> J. Amiel-Donat, *Egalité des sexes*, Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 589 : « *Procédant toujours [d'un] schéma de valeurs et de pensée, le Droit a eu souvent une attitude protectrice de la femme* ».

<sup>1198</sup> M-T. Lanquetin, *De l'égalité des chances. A propos de l'arrêt Kalanke*. CJCE, 17-10-1995, DS, n° 5, 1996, p. 494.

<sup>1199</sup> Avant le Code civil les femmes étaient soumises à un régime de tutelle : R. Letteron, *Les droits des femmes entre l'égalité et l'apartheid juridique*, in « L'évolution du droit international », Mélanges offerts à Hubert Thierry, Ed. A. Pedone, 1998, p. 281. Voir également sur cette évolution : *Droit patrimonial de la famille*, sous la direction de M. Grimaldi, Dalloz, Coll. Dalloz action, 1998, p. 39 ; R. Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1995, p. 97 et s., *Histoire des femmes en Occident*, sous la direction de G. Duby, M. Perrot, tome V. Le XX<sup>ème</sup> siècle, sous la direction de F. Thébaud, Plon, Coll. Tempus, 2002.

<sup>1200</sup> J. Amiel-Donat, *Loc. cit.*

leurs horaires de travail réduits. C'est ainsi qu'une loi de 1900<sup>1201</sup> prévoyait une journée de travail ne devant pas excéder 11 heures et devant être assortie d'un jour hebdomadaire de repos<sup>1202</sup>. Si la protection du travailleur est indispensable, il est étonnant de constater qu'elle a été seulement initiée pour les femmes et les enfants. Il y a bien une corrélation entre ces deux cibles. Si toutes deux présentent une certaine faiblesse physique et psychologique dans l'esprit du législateur, les femmes ont aussi pour rôle traditionnel d'enfanter et de s'occuper des enfants. Cette protection, *a priori* positive, n'est en fait que le réceptacle de toutes les croyances populaires de l'époque quant à la différence des sexes. La situation se retourne alors contre les femmes puisqu'elles sont « *exclues par là même d'une partie du monde du travail et de rémunérations plus importantes* »<sup>1203</sup>. De même, si la protection de la maternité est nécessaire pour les travailleuses, le régime mis en place est parfois plus proche de la conservation du rôle de génitrice de la femme que de l'encouragement à continuer sa carrière professionnelle. En effet, si la protection de la femme enceinte ou qui a juste accouché doit être limitée dans le temps suivant les prescriptions communautaires<sup>1204</sup>, c'est pour l'unique raison de permettre à la femme d'avoir des enfants tout en retrouvant son poste par la suite. Une limite stricte de cette protection est aussi faite afin que les droits internes ne succombent pas à la tentation de la mise à l'écart des femmes du milieu professionnel de manière durable, sinon permanente<sup>1205</sup>.

**269** - La jurisprudence américaine donne d'ailleurs des exemples de ce que peut être une protection trompeuse des femmes. Le droit pénal américain a ainsi prévu une qualification de

---

<sup>1201</sup> Loi, 30.03.1900.

<sup>1202</sup> Loi, 02.11.1892.

<sup>1203</sup> M. Miné, *Loc. cit.*

<sup>1204</sup> La directive 76/207 du 9 février 1976 prévoit une disposition entièrement consacrée à la protection de la maternité. La Cour se montre stricte quant à la protection dont la femme bénéficie pendant cette période, mais aussi quant à la définition de la période elle-même : CJCE, 18.11.2004, C-284/02, Sass, Commentaire : P. Icard, *La maternité élément signifiant de la discrimination*, D., 2005, Jur., p. 699. La directive 2002/73/CE, Parlement européen et Conseil, 23.09.2002, Directive modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, article 2 §7 : « *Une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence* ». La protection dépend de la définition du congé maladie et ne va pas au-delà.

<sup>1205</sup> Le droit français a lui aussi une définition stricte de la période de protection, mais cela n'a pas toujours été dans un sens bénéfique à la femme. Pour exemple : Cass. Soc., 29.09.2004, Commentaire : L. Noël, *Maternité : délimitation stricte des périodes de suspension et de protection*, D., Jur., 2005, p. 266. La Cour de cassation indique dans cet arrêt qu'une Cour d'appel viole les articles L. 122-25-2, al. 1<sup>er</sup>, L. 122-26 et R. 241-51 du code du travail en décidant que le licenciement d'une salariée à l'issue de son congé maternité était nul en application de l'article L. 122-25 al. 1<sup>er</sup>, alors que celle-ci n'avait pas subi la visite de reprise prévue à l'article R. 241-51, al. 1 à 3 et que le contrat était donc toujours suspendu lors du licenciement.

viol fictif pour une relation sexuelle entre un homme et une mineure, même consentante, alors que cette qualification n'existe pas dans le cas d'une relation sexuelle entre une femme et un mineur. Les juges<sup>1206</sup> ont estimé que cette différence de traitement était un moyen de rétablir une certaine égalité entre les sexes malgré leurs différences physiologiques. Cette argumentation « *cache mal les préjugés tel que celui selon lequel les jeunes femmes de moins de 18 ans sont psychologiquement incapables de consentir à l'acte sexuel ou que la perte de virginité est socialement plus préjudiciable pour les femmes que pour les hommes* »<sup>1207</sup>. Encore plus critiquables et archaïques étaient les dispositions de la loi d'Alabama qui prévoyait, en cas de divorce, le bénéfice d'une pension aux seules femmes<sup>1208</sup>. Au premier abord, il s'agit d'une mesure en faveur des femmes, mais à y regarder de plus près, « *la motivation sous-jacente de la loi* » est simplement « *que les femmes divorcées se trouv[ent] plus souvent dans le besoin que leurs ex-époux* »<sup>1209</sup>, ce qui constitue en fait une discrimination négative pour les femmes. En effet, cette norme n'incite aucunement les femmes à entrer sur le marché du travail et renforce le rôle traditionnel d'épouse en tant que femme au foyer dépendante de l'activité professionnelle de son mari. Cette loi a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour Suprême, car elle ne fait que renforcer « *le stéréotype défavorable selon lequel les femmes sont intrinsèquement dépendantes des hommes* »<sup>1210</sup>. Le droit français nous offre des exemples du même type. La condamnation de la France par la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'interdiction du travail de nuit<sup>1211</sup> illustre que, récemment, le droit français était encore enclin à faire prévaloir certains stéréotypes quant au rôle traditionnel de la femme<sup>1212</sup>. Dans l'arrêt Stoeckel, en effet, la Cour estime que cette protection n'est en rapport avec aucun besoin spécifique des femmes et n'est donc pas justifiée pour une raison objective<sup>1213</sup>. La justification, si elle existe, ne peut être trouvée que dans la mise à l'écart volontaire des femmes du milieu du travail suivant des

---

<sup>1206</sup> Michael v. Superior Court, cité par M. Rosenfeld, *Le principe d'égalité appliqué aux femmes dans la jurisprudence de la Cour Suprême américaine*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc5/rosenfeld.htm>.

<sup>1207</sup> M. Rosenfeld, *Le principe d'égalité appliqué aux femmes dans la jurisprudence de la Cour Suprême américaine*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc5/rosenfeld.htm>.

<sup>1208</sup> C.S. Orr v/ Orr, 440 U.S. 268 (1979).

<sup>1209</sup> *Ibid.*

<sup>1210</sup> *Ibid.*

<sup>1211</sup> CJCE, 25.07.1991, Stoeckel, C-345/89, rec. p. I-4047 ; CJCE, 02.08.1993, Levy, C-158/91, rec. p. I-4287.

<sup>1212</sup> A l'instar de Mme Lanquetin dans son commentaire de l'arrêt Kalanke, nous pouvons noter une certaine résistance française face aux évolutions de la jurisprudence communautaire et ce, afin de préserver une combinaison entre « *égalité et protection* » : M-T. Lanquetin, *De l'égalité des chances. A propos de l'arrêt Kalanke*. CJCE, 17-10-1995, DS, n° 5, 1996, p. 494.

<sup>1213</sup> Dans l'arrêt Stoeckel, en effet, la Cour estime que cette protection n'est en rapport avec aucun besoin spécifique des femmes et n'est donc pas justifiée pour une raison objective : M. Darmon, J-G. Huglo, *L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes : un univers en expansion*, RTDE, n°, 1992, p. 1.

traditions selon lesquelles les femmes doivent s'occuper des enfants et être présentes dans le foyer familial. En matière d'égalité hommes-femmes, « *il ne s'agit pas de confiner les femmes dans des tâches sociales communément admises et ainsi réduire leur chance dans la vie professionnelle* <sup>1214</sup> ». Le but de cette protection est d'être neutre, c'est-à-dire sans *a priori* vis-à-vis des femmes, et de « *trouver une articulation harmonieuse entre vie personnelle et vie professionnelle* <sup>1215</sup> ». Une politique de protection disproportionnée, des mesures mal adaptées à la volonté des femmes de construire des carrières professionnelles à l'instar des hommes « *peuvent renforcer la division sexuelle du monde social au lieu de la combattre* <sup>1216</sup> ».

**270** - Cette orientation est en adéquation avec un mouvement politique lancé dans les années 1960 où les membres des minorités donnent une dimension plus culturelle à leurs revendications et « *admettent (...) de moins en moins de voir leur action subordonnée à un sens autre que celui qu'ils entendent lui conférer eux-mêmes* <sup>1217</sup> ». Cette demande est aussi vérifiée pour les femmes. Dépendantes depuis des siècles de la pression exercée par les hommes pour les cantonner à un rôle traditionnel, elles ont, dans la deuxième moitié du 20<sup>ème</sup> siècle, développé leurs propres mouvements féministes en revendiquant l'adéquation du droit avec leur propre conception de ce qu'est la femme <sup>1218</sup>. Pour la plupart, ces mouvements revendiquent « *la neutralité sexuelle du système* <sup>1219</sup> », tout en ne niant pas la réalité de la différence des sexes. Le droit français s'avance peu à peu vers cette nouvelle égalité qui se veut neutre et ne prend en compte les différences sexuelles seulement dans un but objectif et strictement limité aux différences biologiques. Une veille juridique est toutefois nécessaire comme le montre le travail appliqué de la Cour de justice de Communautés européennes <sup>1220</sup>. Dans tous les cas, l'absence de retrait de la loi dans la prise en compte des sexes montre clairement que son origine peut être un préjugé vis-à-vis des femmes. L'absence de leur prise en considération en tant qu'être humain à part entière a été l'occasion pour le droit

---

<sup>1214</sup> P. Icard, *La maternité élément signifiant de la discrimination*, Commentaire sous CJCE, 18.11.2004, C-284/02, Sass, D., 2005, jur., p. 699.

<sup>1215</sup> *Ibid.*

<sup>1216</sup> F. Battagliola, *Le travail des femmes : une paradoxale émancipation*, Cités, n° 8, 2001, p. 75.

<sup>1217</sup> M. Wieviorka, *Minorités handicapées et différence culturelle*, in « *Personnes handicapées et situation de handicap* », sous la direction de I. Ville, J-F. Ravaud, Problèmes politiques et sociaux, n° 892, 09.2003, p. 15.

<sup>1218</sup> M-C. Belleau, *Les théories féministes : droit et différence sexuelle*, RTDCiv, 2001, p. 1. Sur une analyse générale de l'évolution de l'égalité entre les hommes et les femmes : J-P. Colin, *La femme dans tous ses droits. L'évolution de la protection internationale des droits de la femme*. Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 127.

<sup>1219</sup> M-C. Belleau, *Loc. cit.*

<sup>1220</sup> Sur les différentes orientations de la politique de protection des femmes : D. Borillo, *Les instruments français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination*, RFAS, 2002/1, p. 115.



d'intervenir en consacrant ce sous-statut déjà présent dans les faits. Même si la situation n'est pas la même aujourd'hui, des traces de paternalisme juridique persistent. On peut trouver une orientation subjective identique dans la constitution de la famille dans son ensemble et le régime réservé aux différents liens familiaux.

## 2. Les préjugés portés sur les liens familiaux

271 - Les femmes ne sont pas les seules à souffrir du poids de l'histoire. La différenciation faite, jusqu'à très récemment, entre les enfants légitimes et naturels quant aux droits successoraux montre combien le poids de la famille légitime formée par le mariage reste prégnant dans notre droit. « *Les premiers critères de distribution entre les individus trouvaient leur légitimation dans l'appartenance à une lignée ou à un groupe social spécifique. Ainsi, la naissance au sein d'une famille justifiait-elle l'octroi de certains privilèges* <sup>1221</sup> ». Or, la notion de famille a toujours été fortement connotée et orientée en fonction de la construction voulue de certains liens sociaux et familiaux. Pendant longtemps, seule a prévalu la famille légitime. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme, dans le retentissant arrêt Mazurek<sup>1222</sup>, a poussé le législateur français à revoir cette conception. En effet, elle a estimé que l'article 760 du Code civil qui créait une différence de traitement entre un enfant adultérin et un enfant naturel légitimé par mariage, venant tous deux à la succession de leur mère, était contraire à l'article 14 combiné avec l'article 1 du protocole additionnel n° 1. Si la Cour estime que la protection de la famille traditionnelle peut être un but légitime invoqué par le Gouvernement<sup>1223</sup>, elle n'en conclut pas pour autant que la différence instituée soit proportionnée. Elle rappelle que la Convention est « *un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles* <sup>1224</sup> ». Or, les membres du Conseil de l'Europe, selon la Cour, attachent une importance certaine à l'égalité entre les enfants naturels et légitimes<sup>1225</sup>, ce qui rend difficile la légitimité d'une telle différence de traitement<sup>1226</sup>. Plus

---

<sup>1221</sup> *Ibid.*

<sup>1222</sup> CEDH, 01.02.2000, Mazurek c/ France, req. 34406/97, Rec.2000-II, JCP, 2000, II 10287, note A. Gouttenoire-Cornut.

<sup>1223</sup> § 50 de l'arrêt.

<sup>1224</sup> § 49 de l'arrêt.

<sup>1225</sup> § 49 de l'arrêt.

que la solution d'espèce, c'est la référence à l'environnement politique et juridique dans lequel s'inscrit la loi en cause qui se révèle primordiale. Une différence de traitement peut paraître légitime à une époque et devenir une véritable discrimination fondée sur des préjugés quelques décennies plus tard. D'ailleurs, concernant les enfants naturels, les dispositions de l'article 760 du Code civil souffraient depuis quelques années d'une critique ardente de la part de la doctrine<sup>1227</sup>. L'institution de la famille se doit d'évoluer parallèlement aux mentalités sous peine de faire apparaître un conservatisme discriminatoire de la part du législateur. L'arrêt Mazurek a, de ce point de vue, constitué un électrochoc qui a conduit la jurisprudence interne à suivre immédiatement les indications de la Cour de Strasbourg, ne trouvant aucun « *fondement sérieux* » à la différence de traitement entre enfants naturels et légitimes<sup>1228</sup>. Le législateur a été conduit à modifier le droit des successions<sup>1229</sup>, mais aussi tout le droit de la filiation afin de faire disparaître toute trace du mépris traditionnel envers les enfants naturels et adultérins<sup>1230</sup>. Le travail du temps n'est donc pas à négliger en ce qui concerne les différences de traitement discriminatoires, spécialement en droit de la famille. Ce qui est en cause ici n'est pas une simple inégalité, mais une inégalité entièrement créée par un préjugé qui fait de la famille le lieu privilégié de l'exclusion de certains individus au seul motif qu'ils ne rentrent pas dans le cadre de la seule famille considérée comme viable et susceptible d'être protégée par la loi : la famille légitime.

**272** - Au sein de cette famille légitime, de la même sorte, les relations font l'objet de présomptions particulièrement fortes. La réserve héréditaire marque la croyance très forte du législateur en une égalité dans la fratrie<sup>1231</sup> et en la force des liens qui unissent les parents et les enfants. Cette réserve, qui est d'ordre public<sup>1232</sup>, témoigne d'un préjugé sur les liens

---

<sup>1226</sup> La Cour se réfère aux arrêts Inze (CEDH, 28.10.1987, Inze c/ Autriche, req. 8695/79, A 126) et Abdulaziz, Cabales et Balkandali (CEDH, 28.05.1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni, req. 9214/80, 9473/81, 9474/81, A 94) pour justifier de l'avancée des Etats membres dans la protection des enfants naturels.

<sup>1227</sup> C. Pelletier, *Première application de la jurisprudence « Mazurek » par le juge français*, D. 2001, jur., p. 1270, note sous TGI Montpellier, 02.05.2000.

<sup>1228</sup> TGI Montpellier, 02.05.2000. Il faut toutefois souligner l'existence de cas d'hostilité face à la solution de l'arrêt Mazurek, ce qui conduira la Cour de Strasbourg à constater une nouvelle fois un cas de violation par la France : CEDH, 22.12.2004, Merger et Cros c/ France, JCP, G, 2005, I, 103, n° 16, Obs. F. Sudre ; RTDCiv, Chr. 2005, n° 2, p. 335, Obs. J-P. Marguénaud.

<sup>1229</sup> Loi, 03.12.2001, n° 2001-1135, Loi sur les droits du conjoint survivant et des enfants adultérins.

<sup>1230</sup> Ordonnance, 04.07.2005, n° 2005-759, Ordonnance portant réforme de la filiation. Sur cette réforme : F. Granet-Lambrechts et J. Hauser, *Le nouveau droit de la filiation*, D., 2006, Chr., p. 17. Voir également le décret d'application : Décret, 01.06.2006, n° 2006-640, Décret pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et relatif au livret de famille et à la procédure en matière de filiation.

<sup>1231</sup> L'institution de la réserve a été créée afin de parvenir à une égalité entre frère et sœur, débarrassée du privilège de masculinité et de celui de l'aînesse : M. Grimaldi, *Droit civil. Successions*, Litec, Coll. Manuels, 6<sup>ème</sup> édition, 2001, §112.

<sup>1232</sup> Pour un exemple jurisprudentiel : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 08.12.1982, Inédit.

familiaux. L'absence de liberté laissée au testateur dans ce cas l'empêche de concrétiser au-delà de la mort les véritables liens familiaux noués pendant sa vie. Dans des cas spécifiques, ce préjugé peut parfois se doubler d'un second. Les enfants handicapés sont soumis exactement à la même règle que les autres, alors qu'ils ont souvent des besoins particuliers dus à leur handicap. Ce déséquilibre est renforcé par les préjugés dont ils font l'objet sur le marché du travail, ce qui a d'ailleurs poussé le législateur à mettre en place un système de quotas à leur bénéfice. Cette protection n'est toutefois pas suffisante pour faire en sorte que toutes les personnes handicapées puissent trouver un travail rémunéré. La plupart du temps, ils ne disposent que de peu de ressources, hormis les aides de l'Etat. Ce problème est relayé de façon surprenante par le droit des successions. En élaborant une égalité absolue entre les enfants, il se fait l'acteur de cette discrimination en empêchant, par le jeu de la réserve héréditaire, tout aménagement testamentaire à leur encontre. Les nouvelles dispositions de la loi réformant les successions<sup>1233</sup> prévoient en effet que les enfants peuvent renoncer à leur réserve au bénéfice d'un autre enfant handicapé. Cette différenciation juridique au bénéfice des personnes handicapées, qui recouvre toutes les caractéristiques d'une discrimination positive, illustre parfaitement l'idée que la loi peut se faire le relais d'un préjugé qui se loge initialement au sein des relations interindividuelles.

**273** - On peut néanmoins objecter le manque de transparence de la loi qui ne détermine pas les catégories qui peuvent bénéficier de cette aide. Il est en effet possible d'imaginer d'autres catégories de personnes qui pourraient bénéficier d'une telle protection. Par exemple, la question de l'attribution préférentielle peut se révéler tout aussi discriminatoire que celle de la réserve. Même si le problème se rencontre actuellement beaucoup moins, la question de l'exploitation agricole peut conduire le *de cujus* à être un maillon de plus dans les discriminations subies par les femmes. Si la femme n'a pas reçu l'éducation nécessaire à l'activité où si elle n'a jamais été investie des tâches qui peuvent conduire à la gestion d'une exploitation<sup>1234</sup>, elle devra être écartée de l'attribution préférentielle<sup>1235</sup>. Le mécanisme est ici identique à celui des personnes handicapées : de par la rigidité de la loi, l'individu devient auteur de discrimination. A cet égard, la loi de 2006 réformant les successions<sup>1236</sup> n'est pas

---

<sup>1233</sup> Loi, 23.06.2006, n° 2006-728, Loi portant réforme des successions et des libéralités.

<sup>1234</sup> J. Carbonnier, *Op. Cit.*, p.146.

<sup>1235</sup> Pour un exemple jurisprudentiel de cette mise à l'écart : Cass. Civ., 21.12.1959, cité par J. Carbonnier, *Op. Cit.*, p. 146.

<sup>1236</sup> Loi, 23.06.2006, n° 2006-728, Loi portant réforme des successions et des libéralités.

éloignée de ce système discriminatoire. Elle vise implicitement deux hypothèses<sup>1237</sup>. La première concernant les personnes handicapées ne pose pas de difficulté au regard de l'égalité, bien au contraire. La seconde vise le problème de la transmission d'entreprise. Afin de faciliter la pérennité des entreprises familiales et autres, l'atteinte à la réserve est également possible dans ce cas. Cependant, les effets ne seront pas équivalents à ce qui est prévu pour les personnes handicapées. En effet, les femmes sont encore dans une situation de retard vis-à-vis des hommes dans leur carrière professionnelle. La plafond de verre dont elles sont victimes s'intéresse - et peut-être surtout - à la direction des entreprises<sup>1238</sup>. Dans ce cadre, la loi de 2006 instaurerait une discrimination indirecte puisque le critère neutre de la direction de l'entreprise favoriserait les hommes qui sont plus présents à ce type de poste. L'entreprise "Père et Fils" a encore de beaux jours devant elle d'autant plus que les professions artisanales, qui représenteront à coup sûr une partie conséquente de l'application de ce nouveau dispositif, sont pour la plupart des activités qui intéressent surtout les hommes. Voilà comment un même dispositif peut être une discrimination positive ou une discrimination indirecte en fonction du critère qui sert de justification à la différenciation. Dans la loi de 2006, un équilibre est néanmoins trouvé dans l'accord à donner par celui dont la réserve est atteinte, mais cela n'en rendra pas moins les relations familiales tendues et les esprits vindicatifs. Une fois de plus, c'est la femme qui devra prendre une décision parfois destructrice des liens familiaux. Il n'est pas certain que le féminisme ait bonne presse dans les familles pendant quelques années.

**274** - Les libéralités peuvent constituer un exemple d'origine de discrimination différente, mais dont la réaction par une discrimination positive est équivalente. Face à la réserve, le *de cuius* est soumis à la loi et ne peut, sauf dans de rares cas prévus par la réforme de 2006, porter atteinte à la réserve. En revanche, il retrouve toute latitude pour la quotité disponible. Non limité dans ses choix, le testateur peut organiser sa succession de manière entièrement libre. Ici aussi les discriminations peuvent être présentes. Par nature, les libéralités constituent un domaine où règne les inégalités, mais des inégalités spécifiques, des « *inégalités affectives*<sup>1239</sup> ». *A priori*, rechercher l'égalité serait absurde dans ce domaine puisque l'inégalité fait partie intégrante du mode de fonctionnement. L'affection se

---

<sup>1237</sup> Compte rendu du Conseil des ministres, 29.06.2005, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/successions-liberalites.asp>.

<sup>1238</sup> HALDE, *Le plafond de verre*, <http://www.halde.fr/discriminations-101/documentc-6-13/fichespratiques-55/plafond-verre-8922.html>.

<sup>1239</sup> J-P. Marguénaud, *L'égalité des droits patrimoniaux de la famille*, in « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », Sous la direction de F. Sudre, Actes du colloque des 22 et 23 mars 2002 organisé à la Faculté de droit de l'Université Montpellier I, Bruylant, 2001, p. 335.

commande difficilement et les relations filiales ou autres peuvent différer et amener le testateur à effectuer des distinctions qui ne peuvent être combattues par les malheureux membres de la famille soumis à une restriction pécuniaire qu'ils estiment injuste. Pourtant, en ayant une liberté totale, le testateur peut très bien être le relais de la discrimination répandue en fonction d'une caractéristique essentielle qu'il désapprouve ou ne comprend pas. L'institution de la réserve a donné lieu à une égalité entre les enfants en les considérant de la même manière quel que soit leur sexe où leur place dans la fratrie. La quotité disponible peut faire ressurgir des discriminations. Dans l'arrêt Pla et Puncernau<sup>1240</sup>, la notion de famille au sens entendu par la testatrice était discriminatoire au regard des évolutions sociales. L'exemple montre combien il est facile de transformer une discrimination sociale en discrimination privée dans la transmission du patrimoine. La conception de la société dans certains domaines peut inciter une personne à suivre cette opinion générale et à provoquer une discrimination. L'environnement discriminatoire peut ainsi influencer sur l'affection. Il est possible d'envisager par ce biais un retour au droit d'aînesse par la quotité disponible ou encore une préférence accordée aux hommes ou aux hétérosexuels. Ce n'est pas une hypothèse d'école puisque la Cour de cassation a déjà dû faire face à une exhérédation de filles, mais elle s'est contentée de répondre uniquement par la liberté testamentaire<sup>1241</sup>. Un acte isolé peut difficilement demander une action, en revanche, la répétition d'un tel comportement pourrait amener le législateur à réagir et modifier le régime de la quotité disponible. Contrairement à l'exemple des personnes handicapées où le *de cuius* peut créer une discrimination à cause de la rigidité de la loi, ici, il peut l'être par le désintéressement totale de la loi. L'encadrement strict comme l'absence d'encadrement peuvent entraîner des discriminations dans les relations familiales. La réaction légale doit aussi se diriger vers un encadrement modéré afin de prendre en considération l'intérêt de la personne qui crée la discrimination. Ce qui reviendrait à instituer le même système que pour la réserve, celui de la préférence pour certaines personnes en vertu de difficultés particulières auxquelles elles sont soumises dans leurs activités quotidiennes. Afin d'éviter un encadrement trop strict synonyme de préjugés sur les liens familiaux, la seule possibilité serait de faire reposer l'action pour rétablir l'égalité sur le volontariat des testateurs avec assentiment des personnes qui viennent en concurrence avec le bénéficiaire. Au lieu d'avoir deux régimes extrêmes quant à la liberté laissée au *de cuius*, avoir recours à des discriminations positives dans le domaine des successions et des libéralités fonderait le régime sous un seul mode de fonctionnement où les

---

<sup>1240</sup> CEDH, 13.07.2004, Pla et Puncernau c/ Andorre, req. 69498/01.

<sup>1241</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19.01.1982, D., 1982, p. 589, note Prévault.

personnes en difficulté pourraient compenser leur situation délicate par un espoir familial de fraternité. Les discriminations positives apparaissent comme le juste milieu à réaliser pour que la personne qui crée la discrimination de manière libre ou contrainte puisse voir son intérêt légitimement analysé et respecté. Si, selon l'analogie du Doyen Carbonnier<sup>1242</sup>, chacun surveillera encore le partage du gâteau, chacun pourra y participer en faisant preuve de générosité envers ceux qui sont soumis à un régime forcé. De même, celui qui effectuera la découpe sous une surveillance étroite pourra exprimer ses choix en toute transparence et avec l'aval de tous.

**275** - Le cadre du droit des successions permet de mettre en place des conditions discriminatoires envers certaines personnes au nom de préjugés portés sur ce que doit être la famille<sup>1243</sup>. C'est la définition du lien familial qui est au cœur de la discrimination. Cela est logique au regard de la nécessité d'encadrer juridiquement des relations qui sont de l'ordre du sentiment. Généraliser et formaliser un lien qui n'est fondé que sur le subjectif ouvre la voie aux discriminations, mais également aux discriminations positives qui luttent contre la subjectivité néfaste des relations. A l'inverse, le retrait du législateur par rapport à cette question peut aussi provoquer des discriminations, cette fois d'origine uniquement privée. La famille est le lieu privilégié d'une réflexion sur le rôle de la loi et sur son influence sur les discriminations. La norme apparaît comme un réceptacle important des discriminations, mais aussi comme un moteur de la lutte contre ces dernières. La sphère publique peut, elle aussi, présenter un enjeu de même type.

## **B. Le droit public et la religion**

**276** - L'universalité de la règle de droit n'est parfois qu'apparente et peut indirectement favoriser un groupe de personnes<sup>1244</sup>. La neutralité des dispositions relatives à la religion est

---

<sup>1242</sup> J. Carbonnier, *Op. Cit.*, p.177.

<sup>1243</sup> Il s'agit bien d'un problème de famille puisque la Cour européenne des droits de l'homme accepte l'applicabilité de l'article 8 : CEDH, 13.06.1979, Marckx c/ Belgique, req. 6833/74, A 31 ; CEDH, 29.11.1991, Vermeire c/ Belgique, req. 12849/87, A 214-C.

<sup>1244</sup> D. Lochak, *Egalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 39 ; D. Lochak, *Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité*, Droit et Cultures, « Égalité et Discrimination. Etats-Unis, Europe, France », n° 49, 2005/1, p. 15.

contestable<sup>1245</sup>. De manière théorique, la « *non-confessionnalité de l'Etat* <sup>1246</sup> » doit entraîner une pleine et entière égalité entre les différentes religions sans qu'aucune ne soit privilégiée. Cependant, le calendrier mis en place correspond *de facto* au calendrier chrétien. En pratique, tous les croyants ne bénéficient pas de la même liberté de religion<sup>1247</sup>. Les chrétiens n'ont aucun obstacle pour pratiquer leur religion au contraire des juifs ou des musulmans. Il est donc permis aux membres de cultes minoritaires de s'absenter de leur lieu de travail afin de pouvoir assister à certaines fêtes religieuses. Des circulaires, remises à jour chaque année, permettent ainsi aux fonctionnaires et agents de l'Etat concernés d'aménager leur temps de travail, à la seule condition que cela soit compatible avec le fonctionnement normal du service<sup>1248</sup>. Cette modulation face à la règle soi-disant universelle ne doit pas masquer la technique mise en œuvre. Ce n'est pas une disposition de rattrapage de l'égalité, au même titre que les discriminations positives, ni une dérogation au principe classique d'égalité, mais il s'agit simplement d'une « *tolérance* <sup>1249</sup> ». Les membres des religions minoritaires restent des citoyens de « *seconde zone* <sup>1250</sup> » malgré le système *a priori* neutre mis en place. La situation est alors paradoxale puisque ce « *système de dérogation au cas par cas* <sup>1251</sup> », constitue la prise de conscience du droit de la différence de certaines personnes quant au fait religieux, mais n'en déduit pas pour autant une différence de traitement en tant que telle. La prise de conscience de la différence est réelle, en même temps que l'importance de cette différence se trouve niée. Ce système revient à réfuter l'importance des cultes minoritaires et la résonance que peut avoir ce culte sur les personnes qui le pratiquent. C'est une caractéristique fondamentale d'un individu qui se trouve reléguée à un simple accessoire dont le sort dépend du bien vouloir de l'administration. Effet paradoxal de cette mesure partielle, elle demande à la personne qui voudrait exercer un culte minoritaire, de mettre en avant ses convictions religieuses pour bénéficier de cette tolérance<sup>1252</sup>.

---

<sup>1245</sup> Pour voir le besoin religieux en général dans les sociétés démocratiques modernes : Y. C. Zarka, *La démocratie et le besoin indifférencié de religion*, Cités, « Religion et démocratie », 12.2002, p. 3.

<sup>1246</sup> J. Robert, *La liberté religieuse*, RIDC, 2-1994, p.629.

<sup>1247</sup> E. Forey, *L'égalité des cultes : un principe en évolution ?*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 41.

<sup>1248</sup> *Ibid.*

<sup>1249</sup> D. Lochak, *For intérieur et liberté de conscience*, in « Le for intérieur », PUF, 1994, p. 203 ; D. Lochak, *Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité*, Droit et Cultures, n° 49, « Égalité et Discrimination. Etats-Unis, Europe, France », 2005/1, p. 15.

<sup>1250</sup> J. Robert, *Loc. cit.*

<sup>1251</sup> D. Lochak, *Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité*, Droit et Cultures, n° 49, « Égalité et Discrimination. Etats-Unis, Europe, France », 2005/1, p. 15.

<sup>1252</sup> *Ibid.*

277 - Nous avons alors affaire à une discrimination qui n'est plus seulement fondée sur la différence objective des cultes, mais sur les conséquences de cette différence et la négation de l'importance qu'elle peut avoir pour l'individu. Les discriminations positives devraient être la réponse à cette situation inégalitaire. Certains auteurs estiment que le traitement indifférencié devait être considéré comme illégal si aucune dérogation individuelle n'existe<sup>1253</sup>. Nous retrouvons ici l'idée défendue par l'arrêt Thlimmenos<sup>1254</sup>. La plupart des sociétés démocratiques occidentales, malgré une apparence de neutralité, sont très fortement influencées par les pensées et rites religieusement orientés, conduisant à un certain hermétisme vis-à-vis de certaines religions et pratiques religieuses<sup>1255</sup>. Pourtant, il est indéniable que l'Etat a une véritable obligation positive en la matière et doit « *prendre les mesures indispensables* »<sup>1256</sup> afin de permettre une jouissance égale de la liberté de religion. Constitutionnellement, il semble impossible à l'heure actuelle de mettre en place des discriminations positives dans ce domaine puisque la religion fait partie des critères de distinction bénéficiant d'une interdiction absolue<sup>1257</sup>. L'exemple a le mérite de montrer que le préjugé se distille à l'identique en droit privé et en droit public, et que la loi n'est ici que le reflet de la société. Elle donne l'occasion aux préjugés issus des relations interindividuelles de s'exprimer complètement. Dans cette logique, l'étape suivante consiste à pouvoir sanctionner une telle loi discriminatoire.

## §2. Un préjugé vertical susceptible de sanction

278 - La difficulté ne se pose pas pour la Cour de justice des Communautés européennes. Son rôle est justement de faire en sorte que la législation des Etats membres soit en accord avec le droit communautaire (A.). En revanche, la question est plus confuse devant la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour ne juge en effet que la situation

---

<sup>1253</sup> J-H. Stalh et D. Chauvaux, *Chronique de jurisprudence administrative française*, AJDA, 1995, p. 501.

<sup>1254</sup> CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. 34369/97, rec. 2000-IV.

<sup>1255</sup> J. Robert, *Loc. cit.*

<sup>1256</sup> Y. Aguila, Conclusions sous CE, 14.04.1995, 2 espèces, Consistoire central des israélites de France et autres et M. Koen, RFDA, 1995, p. 585.

<sup>1257</sup> Article 1 de la Constitution.



individuelle de requérant face aux droits garantis par la Convention. Néanmoins, « *l'existence d'authentiques discriminations légales*<sup>1258</sup> » sanctionnées par la Cour ne fait aucun doute (B.).

#### **A. Les discriminations légales devant la Cour de justice des Communautés européennes**

**279** - Le contentieux de la Cour de justice nous offre une illustration d'un droit interne discriminatoire en raison de considérations extérieures aux personnes concernées. Il s'agit du domaine « *sensible*<sup>1259</sup> » de l'armée. La Cour a dû faire face à différents droits internes qui refusaient ou limitaient<sup>1260</sup> l'accès des femmes à l'armée et même au service militaire<sup>1261</sup>. Ainsi, dans l'arrêt Sirdar, les femmes étaient bannies du corps des Royal Marines quelles que soient les fonctions visées par les postulantes (en l'occurrence, Mme Sirdar convoitait un poste de cuisinière). La justification de cette exclusion repose sur le caractère dangereux et spécifique des activités. La politique du Ministère de la défense anglais est « *exclusivement dictée par la préoccupation de préserver l'efficacité au combat de cette formation*<sup>1262</sup> ». L'idée sous-tendue par cette argumentation est que le Gouvernement britannique craint que l'engagement de femmes dans le corps des Royal Marines ne nuise à l'efficacité des missions qui lui sont confiées et ce quel que soit le poste considéré<sup>1263</sup>. Il s'agit, à n'en pas douter, de préjugés qui n'ont pas été vérifiés en pratique<sup>1264</sup>. Or, ces derniers sont d'autant plus graves que pendant que l'armée britannique refusait le recrutement des femmes sur des présupposés, certaines armées, à l'instar de l'armée canadienne, ont accepté la présence de femmes dans des unités d'élite et cela en s'appuyant sur des études pratiquées sur le terrain. Pour rendre ses conclusions, M. La Pergola se sert notamment d'une étude faite dans l'armée canadienne en 1980<sup>1265</sup>. Celle-ci démontre qu'effectivement la présence de femmes n'est pas neutre, mais qu'elle emporte des effets positifs : sans nuire à l'efficacité, elles ont permis de renforcer

---

<sup>1258</sup> F. Chabas, *Rapport de synthèse*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 1.

<sup>1259</sup> F. David, *Les femmes, l'armée et le droit communautaire*, RTDH, 2004, p. 689.

<sup>1260</sup> CJCE, 26.10.1999, Sirdar, C-273/97, rec. p. I-7403 ; CJCE, 11.01.2000, Kreil, C-285/98, rec. p. I-69.

<sup>1261</sup> CJCE, 11.03.2003, Alexander Dory, C-186/01.

<sup>1262</sup> Point 33 des conclusions de M. l'avocat général A. la Pergola, 18.05.1999, C-273/97.

<sup>1263</sup> Point 45 des conclusions.

<sup>1264</sup> F. David, *Loc. cit.*

<sup>1265</sup> Point 45 des conclusions.

l'esprit de corps parmi l'ensemble des militaires<sup>1266</sup>. Si la Cour admet la compatibilité des dispositions britanniques avec le droit communautaire c'est uniquement parce qu'il s'agit d'un corps d'armée particulier ayant une activité de terrain extrêmement dangereuse, où même des cuisiniers subissent des risques<sup>1267</sup>. *A contrario*, cette argumentation indique que dans tous les autres cas, les femmes doivent être intégrées. L'exemple canadien montre clairement qu'une solution contraire serait uniquement fondée sur des *a priori* et constituerait une discrimination qui s'appuierait sur un préjugé à l'encontre des femmes, c'est-à-dire l'absence supposée d'efficacité militaire fondée sur l'appartenance à leur sexe. Dans un arrêt antérieur, la Cour avait admis l'exclusion des femmes de l'armée en Irlande du nord au seul motif qu'il s'agissait d'une incorporation en temps de guerre<sup>1268</sup>, dans les autres cas leur exclusion n'était pas possible. Ce dernier point est illustré par l'arrêt Kreil<sup>1269</sup> dans lequel les juges communautaires ont dû faire face à l'exclusion totale des femmes dans les unités armées de la Bundeswehr. La Cour admet ici que le caractère général de l'interdiction provoque une incompatibilité avec la directive de 1976. L'intérêt de cette affaire provient également de l'argumentation de l'avocat général, M. La Pergola<sup>1270</sup>, qui, outre la lecture de l'article 2 de la directive 1976<sup>1271</sup>, fait appel au respect de « *l'évolution sociale* », élément essentiel de l'article 9 §2<sup>1272</sup>, afin de rejeter les dispositions allemandes. Il fait une lecture combinée de ces deux articles afin de « *déterminer les effets - sur les personnes autres que le travailleur - à prendre en considération quand il faut décider si le sexe est une condition décisive pour l'exercice d'une activité professionnelle déterminée* »<sup>1273</sup>. Le critère de l'évolution sociale est un point central de l'orientation dans le temps de la notion d'égalité. Les dérogations qui sont opposées au principe général doivent être en accord avec les avancées de la société sur la considération de la différence des sexes<sup>1274</sup>. Les présupposés en matière d'appartenance sexuelle sont donc à bannir, en général, et en particulier dans le domaine de l'armée.

---

<sup>1266</sup> Cour canadienne des droits de l'homme, 20.02.1989, Gauthier e.a./Canadian Armed Forces, TD 3/89, cité dans les observations écrites de Mme Sirdar.

<sup>1267</sup> Point 30 de l'arrêt.

<sup>1268</sup> CJCE, 15.05.1986, Johnston, C-222/84, rec. p. I-1651.

<sup>1269</sup> CJCE, 11.01.2000, Kreil, C-285/98, Rec. p. I-69. Sur cet arrêt : J. Gerkrath, *Le principe de l'égalité de traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées de la Bundeswehr*, Europe, 12.2000, p. 5.

<sup>1270</sup> A. la Pergola, 26.10.1999, Conclusions sous CJCE, Kreil, C-285/98. Il est à noter qu'il avait déjà rédigé les conclusions pour l'arrêt Sirdar.

<sup>1271</sup> Cet article est relatif aux conditions dans lesquelles il peut être contrevenu au principe général d'égalité entre les sexes.

<sup>1272</sup> Article 9 §2 directive 76/207 : « *Les États membres procèdent périodiquement à un examen des activités professionnelles visées à l'article 2 paragraphe 2 afin d'apprécier, compte tenu de l'évolution sociale, s'il est justifié de maintenir les exclusions en question. Ils communiquent à la Commission le résultat de cet examen* ».

<sup>1273</sup> Point 21 des conclusions.

<sup>1274</sup> Un arrêt de 1988 avait déjà mis en évidence ce point : CJCE, 08.11.1983, Commission c/ Royaume-Uni, C-165/82, rec. p. 3431.

L'évolution sociale alliée aux études montrant l'impact positif de l'engagement des femmes dans certains corps restreint le champ d'action des Etats membres, même s'ils disposent ici d'une marge d'appréciation étendue<sup>1275</sup>. Il existe en la matière une sorte d'obligation positive d'ordre moral<sup>1276</sup> qui doit conduire les Etats à aider les femmes à combler leur retard de représentation dans certains métiers, et singulièrement dans l'armée<sup>1277</sup>. L'action des Etats est d'autant plus nécessaire que l'opinion publique est de plus en plus encline à accepter et encourager la participation des femmes dans les corps militaires. « *L'état d'esprit* » de l'ensemble de la société a particulièrement évolué sur ce thème<sup>1278</sup>. Pendant ce temps, « *les conditions d'aptitudes et le rôle du soldat*<sup>1279</sup> » ont été redéfinis, facilitant ainsi l'acceptation des femmes. Tout est affaire de mentalité ici, et certains commissaires du gouvernement avouent eux-mêmes qu'ils ne sont pas loin de divulguer dans leurs conclusions des préjugés sur la place des femmes dans l'armée<sup>1280</sup>. Même si le système, à l'époque de sa mise en place, n'était pas illégal, il l'est devenu de par l'environnement social qui entoure les femmes et leur place, que ce soit dans la société en général ou dans l'armée en particulier<sup>1281</sup>.

**280** - L'orientation de la jurisprudence est identique en ce qui concerne l'interdiction pour les femmes de travailler en milieu hyperbare. La Cour estime en 2005<sup>1282</sup> qu'il « *n'est pas permis d'exclure les femmes d'un emploi au seul motif qu'elles sont en moyenne plus petites et moins fortes que la moyenne des hommes, tant que des hommes ayant des*

---

<sup>1275</sup> Voir notamment sur ce point : CJCE, 11.012000, Kreil, C-285/98, Rec. p. I-69.

<sup>1276</sup> F. David, *Loc. cit.*

<sup>1277</sup> La France semble avancer dans la bonne direction sur ce point puisqu'une grande réforme a été effectuée en 1998 afin d'ouvrir plus largement l'accès des femmes dans l'armée française (Décret, 16.02.1998, n° 98-86, Décret modifiant divers décrets portant statuts particuliers de certains corps d'officiers et de sous-officiers et officiers marinières des armées, de la gendarmerie et de la délégation générale pour l'armement, JO, 18.02.1998, p. 2556). Le principe du recrutement est inversé : avant 1998, il était nécessaire d'avoir un texte autorisant le recrutement de femmes pour chaque corps et fixant le pourcentage de femmes engagées. Les quotas avaient été mis en place car on estimait que les femmes ne pouvaient remplir toutes les fonctions. Paradoxalement le chiffre n'était pas fixé par rapport aux fonctions, mais de manière globale et sans prise en compte des différents corps de métiers. Il s'agissait d'une double discrimination : dans un premier temps, on estimait les femmes incapables d'exercer certaines fonctions, dans un second temps, leur admission n'était pas subordonnée à la nature de la fonction. Ce système revient à nier totalement la place que les femmes peuvent occuper dans l'armée. La réforme de 1998 est salutaire pour la lutte contre les discriminations dont sont victimes les femmes.

<sup>1278</sup> Conclusions du commissaire du gouvernement M. H. Savoie pour l'arrêt CE, 11.05.1998, Aldige, n° 185049, Rec. p. 708.

<sup>1279</sup> A. Haquet, *L'accès des femmes aux corps de l'armée*, RFDA, 2000, p. 342.

<sup>1280</sup> F. Scanvic, sous CE, 29.12.1993, Melle Martel, n° 78835, rec. p. 377, AJDA, 1994, p. 407, obs. S. Salon : « *Peut-être par méconnaissance de la fonction, peut-être par habitude et manque de réflexion sur les missions opérationnelles de l'armée de l'air, il ne m'aurait pas semblé anormal de limiter l'accès des femmes aux corps de l'armée* ».

<sup>1281</sup> Commissaire du gouvernement M. H. Savoie pour l'arrêt CE, 11.05.1998, Aldige, n° 185049, rec. p. 708.

<sup>1282</sup> CJCE, 07.07.2005, Commission c/ Autriche, C-147/03.

*caractéristiques physiques similaires sont admis à cet emploi*<sup>1283</sup>». La différence physique qui existe entre les hommes et les femmes justifie une intervention législative, mais cette dernière ne doit pas être trop forte et aller « *au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection de la femme* »<sup>1284</sup>. Une protection trop intense de la loi peut être le signe d'un préjugé discriminatoire et nécessite une sanction de la part de la Cour luxembourgeoise. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg va dans le même sens.

## **B. “ Tous différents, tous égaux ”, principe directeur de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme**

**281** - C'est sans doute le juge Cabral Barreto qui a offert la plus belle ouverture aux discriminations positives dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme en affirmant, dans son opinion dissidente de l'arrêt D.H.<sup>1285</sup>, que « *l'expression “tous différents, tous égaux” devrait continuer à être le principe directeur de la lutte sans fin contre les discriminations dans le respect de l'article 14 de la Convention dans sa globalité, cette disposition portant aussi bien sur la discrimination négative que, comme dans la présente affaire, sur la discrimination positive* »<sup>1286</sup>. C'est dire toute l'importance du travail des juges de la Cour européenne à travers l'expression de leurs opinions personnelles jointes aux arrêts. Si les arrêts eux-mêmes s'expriment peu de manière directe sur les discriminations positives, obligeant le lecteur, même attentif, à un effort soutenu d'interprétation, les juges montrent ouvertement que les discriminations positives font partie intégrante des préoccupations strasbourgeoises, et en conséquence, qu'elles appartiennent à la garantie offerte par l'article 14<sup>1287</sup>.

---

<sup>1283</sup> Point 46 de l'arrêt.

<sup>1284</sup> Point 49 de l'arrêt.

<sup>1285</sup> CEDH, 07.02.2006, D.H. et autres c/ République tchèque, req. 57325/00.

<sup>1286</sup> I. Cabral Barreto, opinion dissidente sous CEDH, 07.02.2006, D.H. et autres c/ République tchèque, req. 57325/00, § 6.

<sup>1287</sup> Nous pouvons citer également le juge J-P. Costa, toujours sous l'arrêt D.H., qui, sans donner la même lecture des arrêts de la Cour cités par le juge I. Cabral Barreto, se penche aussi sur le problème des discriminations positives.

**282** - L'expression était déjà apparue sous la plume du juge Pettiti sous l'arrêt Buckley<sup>1288</sup>. Il regrette, dans le contentieux obligeant certains tsiganes à renoncer à leurs propres terrains afin d'y installer leur caravane à cause d'une loi britannique sur l'urbanisme et le paysage, que la Cour, dans sa majorité, n'ait pas conclu à une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de ce point de vue. En l'espèce, M. le juge Pettiti estime que la loi anglaise est discriminatoire puisque les Tsiganes sont traités de manière négative par la loi. En effet, « *un citoyen britannique non tsigane qui aurait voulu vivre sur son terrain dans une caravane n'aurait pas été inquiété par les autorités, même si celles-ci avaient estimé que son comportement n'était pas orthodoxe* ». Au contraire, les requérants, Tsiganes, n'ont pu avoir le droit d'installer leur caravane à cause d'une difficulté environnementale et d'urbanisme. Si l'on suit la pensée du juge, il faudrait prendre en compte de manière spécifique les besoins des personnes nomades en leur accordant le droit de vivre sur leurs terrains en dépit de la loi sur le paysage. Protection que le juge nomme « *discrimination positive* ». De même, dans l'arrêt Thlimmenos, la Cour estime que l'article 14 est violé quand l'Etat n'a pas traité de manière différente des situations sensiblement différentes<sup>1289</sup>. Cette affirmation sera d'ailleurs reprise dans l'arrêt Posti et Rahko à propos de l'article 14 combiné avec l'article 1 du protocole 1<sup>1290</sup>.

**283** - Pour un exemple plus récent, dans la décision de recevabilité Maldonado Nausia contre Espagne<sup>1291</sup>, le requérant se plaignait de la façon dont étaient données les autorisations d'émettre des ondes radio. Ces autorisations n'étaient attribuées qu'aux seuls bénéficiaires de concessions sous la dictature du général Franco. Le requérant estimait qu'il s'agissait là d'une discrimination positive contraire à l'article 14 de la Convention. Même si l'on peut émettre des réserves quant à l'utilisation de la notion dans ce cas précis (il s'agit à n'en pas douter d'une discrimination négative créant une différence de traitement injustifiée), le requérant a entrevu le point central d'une discrimination positive, celui d'être liée à une vision hautement subjective de la différence qui existe entre certains groupes. Cette espèce nous montre que sur le plan de la recevabilité, seule une victime concrète ou potentielle peut aller devant la Cour.

---

<sup>1288</sup> CEDH, 25.09.1996, Buckley c/ Royaume-Uni, req. 20348/92, Rec. 1996-IV.

<sup>1289</sup> CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. 34369/97, Rec. 2000-IV, § 44.

<sup>1290</sup> CEDH, 22.09.2002, Posti et Rahko c/ Finlande, req. 27824/95. Après avoir rappelé le principe dégagé dans l'arrêt Thlimmenos, indique que son rôle est alors de « *rechercher si cette différence de traitement – provoquée ou non par une action positive de l'Etat ou par un manquement à l'obligation de veiller à l'absence de discrimination – visait un but légitime* ». §§ 82 et 83 de l'arrêt.

<sup>1291</sup> CEDH, DR, 23.03.1999, Maldonado Nausia c/ Espagne, req. 41599/98.

La Cour ne doit juger que de la situation individuelle du requérant<sup>1292</sup>, même si, indirectement, la loi interne du pays est remise en cause<sup>1293</sup>.

**284** - Même si la Cour n'est censée rendre que des « *arrêts d'espèce* <sup>1294</sup> », il lui arrive parfois d'aboutir à un constat de violation directe par la loi interne, à condition bien évidemment que le requérant soit lui aussi victime. Il est intéressant de voir que les espèces dans lesquelles elle a accepté de le faire concernent souvent l'article 14. C'est ainsi qu'elle a constaté l'incompatibilité de la loi française avec la Convention quant à sa réglementation sur la chasse dans l'arrêt Chassagnou<sup>1295</sup>. Les propriétaires de terrains de petite surface étaient obligés par la loi d'adhérer à l'association de chasse locale afin que les chasseurs aient accès à leur terrain<sup>1296</sup>. La Cour accepte de regarder non seulement la situation des requérants, mais aussi les conséquences de la loi sur toutes les personnes supportant les mêmes dispositions<sup>1297</sup>. Dans l'arrêt Thlimmenos, en se référant à l'arrêt Chassagnou, la Cour observe qu'elle « *n'a jamais exclu de constater qu'un texte législatif emportait directement violation de la Convention* <sup>1298</sup> ». Dans la plupart des exemples précités, c'est la subjectivité de la loi qui peut être mise en cause au regard de l'article 14. Ils correspondent parfaitement à l'expression « Tous différents, tous égaux » défendue par le juge Cabral Barreto. L'action de l'Etat, tout comme son inaction, peut renfermer des préjugés. La loi ne doit pas prendre la

---

<sup>1292</sup> CEDH, 21.02.1975, Golder c/ Royaume-Uni, req. 4451/70, A 18, § 39 (AFDI, 1975, p. 330, note R. Pelloux) : « *La Cour n'a pas (...) à statuer in abstracto sur la compatibilité* », « *Saisie d'une affaire qui tire son origine d'une requête individuelle, elle ne se trouve appelée à se prononcer que sur le point de savoir si l'application de ces articles en l'espèce a enfreint ou non la Convention au détriment du requérant.* » Voir également : CEDH, 18.12.1987, F. c/ Suisse, req. 11329/85, A 128 (JDI, 1988, p. 892, obs. P. Tavernier) ; CEDH (DR), 03.06.2003, Scordino et autres c/ Italie, req. 27.03.2003, rec. 2003-IV ; CEDH (DR), 13.09.2001, De Savoie c/ Italie, req. 53360/99 ; CEDH(DR), 11.01.2001, Xhavera et autres c/ Italie et Albanie, req. 39473/98.

<sup>1293</sup> Pour un exemple ayant trait au droit français : CEDH, 01.02.2000, Mazurek c/ France, Req. 34406/97, Rec. 2000-II. Cet arrêt a abouti à un constat de violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole 1 relatif au droit des biens à cause du statut différent existant en droit français entre les enfants naturels et légitimes. Cet arrêt a entraîné une refonte globale du droit français (Loi, 03.12.2001, n° 2001-1135, Loi sur les droits du conjoint survivant et des enfants adultérins) sur ce point allant même jusqu'à modifier récemment le droit de la filiation (Ordonnance, 04.07.2001, n° 2005-759, Réforme de la filiation). Cette réforme s'est avérée d'autant plus nécessaire que la France s'est faite sanctionnée une deuxième fois : CEDH, 22.12.2004, Merger et Cros c/ France, JCP, G, 2005, I, 103, n° 16, Obs. F. Sudre ; RTDCiv, Chr. 2005, n° 2, p. 335, Obs. J-P. Marguénaud.

<sup>1294</sup> J-F. Renucci, *La loyauté des preuves et les procédés dit de "testing"*, obs. sous Cass. Crim., 11.06.2002, SOS Racisme, RSC, 2002, p. 879.

<sup>1295</sup> CEDH, 29.04.1999, Chassagnou c/ France, req. 25088/94, 28331/95, 28443/95, rec. 1999-III.

<sup>1296</sup> Cette obligation n'existait que pour les propriétaires de terrains inférieurs à une certaine superficie, d'où l'allégation de discrimination au regard de l'article 14.

<sup>1297</sup> § 95 de l'arrêt : « *En conclusion, dans la mesure où la différence de traitement opérée entre les grands et les petits propriétaires a pour conséquence de réserver seulement aux premiers la faculté d'affecter leur terrain à un usage conforme à leur choix de conscience, elle constitue une discrimination fondée sur la fortune foncière au sens de l'article 14 de la Convention. Il y a donc violation de l'article 1 du Protocole n° 1, combiné avec l'article 14 de la Convention* ».

<sup>1298</sup> § 48 de l'arrêt.

différence comme point d'appui à la concrétisation d'un préjugé structurel, mais, au contraire, protéger cette différence, qui est une richesse<sup>1299</sup>, afin que le préjugé n'ait plus de conséquence négative. La jurisprudence de la Cour, portant sur le protocole n°12 qui est entré en vigueur pour une douzaine de pays, devrait transformer peu à peu ce principe directeur de la protection de la différence en principe directeur de la Convention et amener des constats de violation de la Convention lorsque la différence est ignorée ou mal prise en compte par la loi.

---

<sup>1299</sup> CEDH, 13.12.2005, Timichev c/ Russie, req. 55762/00 et 55974/00, § 56, D. 2006, Pan., p. 1719, Obs. J-F. Renucci.

## *Conclusion du Chapitre II*

**285** - « *La reconnaissance des catégories elles-mêmes étant le fait des pouvoirs publics (...), le pouvoir public devient ainsi progressivement le détenteur prépondérant des clefs d'avantages*<sup>1300</sup> ». Il est parfois possible de constater l' « *absence de symétrie entre les droits reconnus aux uns et octroyés aux autres*<sup>1301</sup> ». Tous les étages de la société sont alors gangrenés par une attitude de mépris ou de franche hostilité. Le préjugé peut se transmettre par capillarité jusqu'à l'Etat. La XXXI<sup>ème</sup> session de l'assemblée parlementaire de la francophonie de 2005 consacrée notamment aux effets de la Convention pour l'Elimination de toutes formes de Discriminations à l'Egard des Femmes (CEDEF)<sup>1302</sup> relève la persistance « *d'obstacles enracinés dans la vie quotidienne, au travail comme à la maison, dans les instances politiques et dans tous les lieux où se prennent les décisions*<sup>1303</sup> ». Le préjugé est toujours le même quelle que soit sa source. La lutte contre les discriminations doit se faire à tous les niveaux et passe sans doute par une introspection du législateur sur sa propre action. Les préjugés issus de la loi sont les plus faciles à combattre car une modification adéquate fait disparaître immédiatement la discrimination. C'est une priorité car l'appui normatif nourrit les préjugés dans les relations interindividuelles. Combattre les préjugés présents dans une loi, c'est donc combattre indirectement les préjugés nés des relations entre personnes privées. Cela nous indique deux points importants relatifs aux discriminations positives. D'une part, elles ont une nature fondamentalement privée grâce à la notion de préjugé. D'autre part, l'action contre les préjugés nés d'une relation interindividuelle ne peut être efficace que par une lutte constante contre les préjugés provenant de la loi. De ce point de vue, ces différenciations juridiques de traitement ne peuvent être considérées comme des discriminations positives car ces dernières ne s'appuient que sur des obstacles de fait. Cependant, en tant que concrétisation particulière d'un préjugé, les lois discriminatoires viennent renforcer les inégalités issues d'un rapport horizontal. Elles sont des obstacles

---

<sup>1300</sup> J-C. Colli, *Libérez l'égalité*, Coll. Les idées de la liberté, La Table Ronde, 1982, p. 108.

<sup>1301</sup> D. Lochak, *Egalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 39. L'auteur parle ici spécifiquement de la liberté de religion.

<sup>1302</sup> XXXI<sup>ème</sup> session de l'assemblée parlementaire de la francophonie, 6 au 9 juillet 2005, Bruxelles, Document n° 67, « Déclaration du réseau des femmes parlementaires de l'APF sur la Convention pour l'Elimination de toutes formes de Discriminations à l'Egard des Femmes », [http://apf.francophonie.org/travaux/session31/R67\\_declaration CEDEF.pdf](http://apf.francophonie.org/travaux/session31/R67_declaration_CEDEF.pdf).

<sup>1303</sup> *Ibid.*



juridiques qui viennent donner encore plus de poids à des obstacles factuels et peuvent être finalement considérées comme l'un d'eux. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'arrêt Thlimmenos et la perception doctrinale qui en fait l'arrêt fondateur de la Cour de Strasbourg en matière de discriminations positives<sup>1304</sup>. La plupart des auteurs en ont fait une lecture intuitive sans passer par la notion de préjugé. Or, cela a amené, à première vue, à une définition différente des discriminations positives par rapport à celles du droit communautaire qui se réfèrent explicitement aux obstacles de fait<sup>1305</sup>. C'est un manque de profondeur dans la définition des discriminations positives qui introduit cette apparente contradiction. Le préjugé, en tant que point cardinal des discriminations positives, permet une lecture harmonieuse du droit interne et des droits européens. Ce critère, qui met en avant les relations interindividuelles et le droit privé sont parfaitement en adéquation avec l'idée selon laquelle « *la relation constitue à la fois le fait primitif de la réalité humaine et la norme centrale de cette réalité* »<sup>1306</sup>.

---

<sup>1304</sup> J-P. Marguénaud, *Requiem pour l'adage Ubi lex distinguit ? La Cour européenne des Droits de l'Homme pourfend les lois trop générales qui n'établissent pas de discrimination positive*, CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, Chr., RTDCiv., 2000, p. 434 ; D. Fiorina, *Mode de vie : la consécration du droit à la différence*, D., 2002, jur., p. 2758 ; D. Rosenberg, *L'indifférence du juge européen aux discriminations subies par les Roms (en marge de l'arrêt Chapman)*, RTDH, 2001, p. 1077. Voir cependant J-P. Costa dans son opinion concordante sous l'arrêt CEDH, 07.02.2006, D.H. et autres c/ République tchèque, req. 57325/00.

<sup>1305</sup> Directive 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1306</sup> A. Policar, *Droit à la différence et droits de l'homme : antinomie ou complémentarité ?*, in « Le droit ? » Actions et recherches sociales, Revue interuniversitaire des Sciences et Pratiques sociales, Vol. 47, juin 1992, p. 35.

## *Conclusion du Titre Second*

**286** - La loi doit être « *“langage de la vie réelle” de l’individu social* <sup>1307</sup> ». Pour ce faire, les discriminations positives, en tant que prolongement de la réalité sociale, supposent de « *connaître les réalités, les analyser, qualifier les inégalités et discriminations pour les traiter* <sup>1308</sup> ». Un des principaux enseignements de ces mesures est justement de maîtriser la distinction entre les différences et les inégalités. Il n’est « *nullement évident que les différences entre les individus doivent se traduire en inégalités, et surtout en inégalités qualitatives, ce qui implique la notion de défavorisés* <sup>1309</sup> ». La situation préalable à l’existence des discriminations positives n’est pas une inégalité de fait comme les autres. Il s’agit d’une inégalité résultant d’un préjugé. Or, le préjugé naît d’une différence ou d’une inégalité objective. L’égalité qu’il faut rétablir demande une lecture plus approfondie de la situation et c’est le contrôle de comparaison qui devrait permettre cela. Pourtant, le contrôle de comparaison n’obéit pas à des règles strictes et se contente de débusquer les différences de situation sans les distinguer suivant leur origine et leur forme. Toute l’ambiguïté de la protection de l’égalité naît ici car les discriminations positives luttent contre les discriminations au sens où on l’entend aujourd’hui, c’est-à-dire les inégalités dues à un facteur subjectif. En ce sens, les discriminations positives sont le cœur de la lutte contre les discriminations. Elles ne font que réagir face à une situation dont l’inégalité est provoquée par l’Autre dans sa perception négative d’une différence. Le rôle des préjugés n’a jamais été assez mis en avant pour réellement comprendre la nature de ces mesures alors que les discriminations positives n’existent que par rapport à leurs conséquences. Les discriminations positives naissent de l’altérité.

---

<sup>1307</sup> J. Robelin, *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, 1994, p. 14.

<sup>1308</sup> C. Sutter, *L’égalité professionnelle dans les droits nouveaux*, DS, 1983, p. 684.

<sup>1309</sup> J. Robelin, *Op. cit.*, p. 205.

## *Conclusion de la Première Partie*

287 - Au-delà de considérations purement techniques, la loi a une véritable «*force symbolique et expressive* ». Elle «*exprime, à un moment donné, les valeurs, les priorités et les ambitions d'une société, quelque chose même du regard qu'elle porte sur elle-même et sur le monde*<sup>1310</sup>». L'absence de réelle définition des discriminations positives révèle un malaise, une volonté de ne pas voir ce qu'elles sont et ce qu'elles combattent. L'absence d'une telle théorisation empêche leur vraie nature d'être mise en avant et provoque des incompréhensions. Le fait de ne pas faire de l'existence des préjugés une condition de l'existence des discriminations positives provoque un flottement qui est aussi néfaste aux discriminations positives qu'à la lutte contre les discriminations. Souvent mal aimées, elles sont en fait victimes de ce qu'elles combattent : les préjugés. Recourir aux discriminations positives matérialise un double échec. D'une part, le principe d'égalité tel qu'il nous a été légué par le travail révolutionnaire n'est pas satisfaisant<sup>1311</sup> au sens où il ne tient pas compte de l'égalité matérielle<sup>1312</sup>. D'autre part, parce que ce constat nous ramène à nos propres actions, nos habitudes révélatrices d'une attitude discriminatoire envers certains groupes, parfois relayée par le droit lui-même. La société est alors obligée de procéder à «*une relecture d'elle-même*<sup>1313</sup> ». Il ne s'agit plus d'appliquer le principe d'égalité de façon «*mécanique*<sup>1314</sup>», mais d'une manière pensée et consciente des discriminations actuellement présentes dans la société. Malgré toutes les difficultés spécifiques qu'elles provoquent, il est impossible de perdre de vue qu'au même titre que toutes les autres mesures différenciatrices, elles s'avèrent nécessaires à la réalisation de l'égalité. En effet, «*l'égalité comme principe*

---

<sup>1310</sup> J-M. Sauvé, *Combien de temps faut-il pour faire une bonne loi ?*, in « Le Temps, la Justice et le Droit », Textes réunis par S. Gaboriau et H. Pauliat, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003, Pulim, 2004, p. 61.

<sup>1311</sup> C. Starck, *La Constitution. Cadre et mesure du droit*, Economica, Puam, Coll. Droit public positif, 1994, p. 109 à 121 : «*Considéré en lui-même, le principe général d'égalité est vide et sans contenu, parce qu'il ne dit pas ce qui doit être traité également et ce qui doit être traité inégalement* ». De plus, «*nous savons que la forme de la réglementation générale n'est pas une garantie de l'égalité* ».

<sup>1312</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 353 : «*La nécessité d'adopter le texte de la loi à la réalité sociale des comportements humains supplante le mythe de la généralité de la loi* ».

<sup>1313</sup> P. Noblet, «*Affirmative action* » aux Etats-Unis et discrimination positive en France, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 462.

<sup>1314</sup> L-A. Sicilianos, *L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale. A propos du 40<sup>ème</sup> anniversaire de son adoption*, RTDH, 2005, p. 869.

*n'est pas détachable de ses applications*<sup>1315</sup> ». Or, la pratique montre combien une règle ayant toutes les apparences d'une norme égalitaire peut être, en réalité, discriminatoire. Ce constat fait naître la nécessité des discriminations positives afin de permettre au principe d'égalité d'atteindre la plénitude de son objectif.

**288** - Toutefois, même si la nécessité de ces mesures est avérée, elle n'est pas suffisante en elle-même pour les légitimer. Si la recherche de l'égalité est à l'origine de leur nécessité, elle doit aussi être son cœur d'action. La mise en œuvre des discriminations positives est également contrainte par cet objectif<sup>1316</sup>, mais elle ne peut être efficace que si les mesures sont nettement définies auparavant. La définition que nous pouvons retenir des discriminations positives grâce à la détermination de leur champ d'application est la suivante : ce sont des différenciations juridiques destinées à rétablir l'égalité réelle rompue par une inégalité factuelle due à l'exercice de préjugés.

---

<sup>1315</sup> L. Sfez, *L'égalité*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1989, p. 19.

<sup>1316</sup> L-A. Sicilianos, *Loc. cit.*

## **SECONDE PARTIE**

### **Des fondements des discriminations positives**



**289** - Les discriminations positives ont une place précise dans l'égalité. Elles se situent dans les différences de situation et s'installent définitivement lorsque ces dernières sont créées par des préjugés. La compréhension des discriminations positives ne s'arrête pas à ce point. Leur champ d'application étant spécifique, il est rationnel de leur faire subir un régime d'application qui l'est tout autant. La nature immatérielle des préjugés va aussi jouer dans leur mise en œuvre. Une politique de discrimination positive doit s'adapter et se fondre dans l'environnement de chaque catégorie concernée. Au même titre que les discriminations indirectes auxquelles elles sont intimement liées, ces mesures ne s'entendent alors qu'au pluriel. Uniques dans leur objectif, elles deviennent multiples dans leur pratique<sup>1317</sup>. Leur multiplicité n'empêche aucunement le dessin d'une théorie générale<sup>1318</sup> en ce qu'elles peuvent toutes reposer sur des fondements identiques. En effet, toutes les discriminations positives s'adossent à des valeurs, à des références de base qui leur sont communes<sup>1319</sup>. Il serait tentant de s'en tenir à une recherche sur les fondements égalitaires des discriminations positives. Il est vrai que la première partie de cet ouvrage a montré la place occupée par ces mesures dans l'égalité en général, le principe d'égalité doit donc pouvoir servir de fondement pour juger de leur éventuelle pertinence. Sur ce point, elles devraient bénéficier largement du développement de l'égalité matérielle dépassant la scolastique égalitaire, mais s'inscrivent aussi dans d'autres philosophies juridiques. L'implication de ces dernières s'explique par le fait qu'avec les discriminations positives, il ne s'agit plus seulement de considérer l'Autre comme son « *alter ego* », mais comme son « *alter égal* »<sup>1320</sup>. L'altérité est au cœur des discriminations positives et suppose que leurs fondements incluent cette dimension. Ce sont les sentiments humains qui créent le besoin en discriminations positives, c'est donc à eux qu'elles s'adressent afin de rétablir l'égalité. Or, il existe une notion juridique permettant de refléter cette image axiologique des discriminations positives, celle de la fraternité.

L'étude des fondements des discriminations positives inclut donc une analyse de l'évolution de l'égalité qui s'oriente actuellement vers une certaine matérialité, et induit également une

---

<sup>1317</sup> E. Keslassy, *De la discrimination positive*, Bréal, 2004, p. 9 : l'auteur envisage le pluriel quant à la mise en œuvre des mesures au regard des différents bénéficiaires mais garde en titre de son ouvrage le singulier afin de marquer le mécanisme unique de ces mesures : « *Instituer des inégalités formelles pour lutter contre des inégalités de fait* ».

<sup>1318</sup> Pour un exemple de recherche juridique dans ce sens alliant le pluriel à l'unité de la définition dans une théorie générale: E. Gavin-Millan, *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 383, 2003.

<sup>1319</sup> *Fondement, Vocabulaire juridique*, G. Cornu, PUF, Coll. Quadrige, 7<sup>ème</sup> édition revue et augmentée, 2005, p. 412.

<sup>1320</sup> O. Jouanjan, *Conclusions*, in « *Actualité politique et juridique de l'égalité* », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 245.

incursion au-delà de ces premières limites imposées pour tenir compte de leur nature fraternelle.

Le Titre I aura trait à l'obligation de recourir aux discriminations positives en raison de la consécration de l'égalité matérielle (**Titre I**).

Le Titre II sera quant à lui dévolu au fondement de la fraternité, ligne de force axiologique des discriminations positives (**Titre II**).



## Titre Premier

### Les discriminations positives imposées par la consécration de l'égalité matérielle

**290** - Il faut se résoudre au constat suivant lequel « l'état actuel de notre société montre que l'égalité des droits ne suffit pas à réaliser l'égalité des chances <sup>1321</sup> ». Ce constat, en apparence simple, contient en son sein diverses implications. D'une part, l'égalité formelle classique est parfois insuffisante pour parvenir à l'égalité. D'autre part, l'égalité ainsi visée devient un résultat à obtenir, résultat qui se veut concret. L'égalité devient un objectif à poursuivre, objectif qui est d'ailleurs avant tout social. La Cour de justice des Communautés européennes rappelle à ce titre que la finalité sociale de l'égalité l'emporte sur sa finalité économique <sup>1322</sup>. Il est toujours possible de faire des discriminations positives une position antithétique au principe républicain classique de l'égalité. Cette attitude ne peut conduire qu'au rejet de leur mise en place <sup>1323</sup>. Cependant, le constat relatif à l'insuffisance de l'égalité classique démontre que l'égalité évolue, l'égalité formelle laissant transparaître l'égalité matérielle, plus adéquate pour l'obtention résultats concrets. Le fondement égalitaire des discriminations positives doit s'ouvrir à cette évolution, alors que les discriminations positives

---

<sup>1321</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 84. Voir également : T. Piketty, *L'économie des inégalités*, La Découverte, Coll. Repères, 1997, p. 40 ; J-P. Fitoussi, P. Rosanvallon, *Le nouvel âge des inégalités*, Seuil, 1996, p. 75.

<sup>1322</sup> CJCE, 10.02. 2006, *Deutsche Post AG c/ Sievers et Schrage*, C-270/97 et C-271/97, point 57 ; CJCE, 10-02-2000, *Deutsche Telekom AG c/ Schröder*, C-50/96, point 57.

<sup>1323</sup> Pour un exemple clair de cette position : A-G. Slama, *Contre la discrimination positive. La liberté insupportable*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 133.

s'inscrivent dans la recherche d'une égalité avant tout sociale. En tant que créatrices d'une différenciation juridique vouée à combattre une situation d'inégalité<sup>1324</sup>, les discriminations positives participent pleinement à cette évolution et trouvent leur assise égalitaire dans l'avènement de cette égalité matérielle. L'intérêt de cet appui égalitaire est de leur fournir le cadre nécessaire à leur application. L'égalité matérielle, médium juridique de l'égalité réelle, impose que soient tracées des limites afin de parvenir effectivement au but que le juriste lui a assigné. Un critère correspond à cette dialectique de la juste mesure de la réaction égalitaire, celui de la proportionnalité. L'égalité matérielle ne peut se justifier que si elle est proportionnée, c'est-à-dire qu'elle parvient à l'égalité réelle. Les discriminations positives, fondées sur cette égalité matérielle, doivent être soumises à ce même cadre de la proportionnalité.

Le premier chapitre sera donc consacré à la place des discriminations positives dans une nouvelle orientation concrète de l'égalité, tandis que le second chapitre aura trait à la proportionnalité de l'égalité réalisée par les discriminations positives.

---

<sup>1324</sup> P. Ardant, *L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle*, in « La personne humaine, sujet de droit », PUF, Publication de la Faculté de droit et de Sciences sociales de Poitiers, 1994, p. 135.

# Chapitre I

## Les discriminations positives réalisatrices d'un objectif concret

291 – Le développement de l'égalité matérielle ne correspond pas à un caprice juridique relevant d'une nouvelle obsession égalitaire. Cette évolution met seulement en lumière le fossé creusé inlassablement entre l'égalité et la définition juridique et formelle de cette dernière. L'égalité définie de manière formelle ne peut parvenir, dans beaucoup de cas, à l'égalité réelle. Cette dissension n'est effective que lorsque l'on met en avant l'objectif du principe d'égalité, celui de parvenir à un résultat concret. Cette évolution n'est pas un bouleversement connu uniquement de l'égalité, mais s'accompagne des changements opérés par diverses notions proches de celle de l'égalité. Les discriminations positives, puisque reposant sur l'égalité matérielle, s'appuient elles aussi sur ces mutations.

Elles bénéficient de l'assignation d'un objectif concret à l'égalité (Section I.), alors que cela s'accompagne de changements opérés ailleurs que dans la notion d'égalité, mais qui renouvellent cette dernière (Section II.).

## Section I. L'égalité concrète devenue un objectif

**292** - « *L'égalité purement formelle ne peut satisfaire le juriste. Il lui faut une égalité "réelle"* <sup>1325</sup> ». Il n'est pas question ici d'une révolution, mais d'un changement progressif, continu et nuancé. Le principe d'égalité n'est pas bouleversé, mais il est modifié par la définition d'un objectif de plus en plus concret. Cette rénovation se fait par touches successives qui passent du constat inéluctable de l'inefficacité relative de l'égalité formelle (§1.) à l'apparition de nouvelles notions dont les discriminations positives sont complémentaires (§2.).

### §1. L'inefficacité de l'égalité formelle

**293** - « *Si l'égalité est lésée lorsque des êtres égaux sont traités différemment, elle l'est de même lorsque des êtres inégaux se voient réserver un régime identique. En pareil cas, l'égalité sera toujours au détriment de l'un ou de l'autre, soit que la réglementation considérée néglige les charges qui pèsent sur lui, ou l'égalité "naturelle" dans laquelle il se trouve, soit au contraire qu'elle ne reconnaisse point ses mérites légitimes* <sup>1326</sup> ». Or, l'égalité telle qu'elle est pratiquée à l'heure actuelle permet ce type d'inégalité et cela de deux manières. D'une part, l'égalité classique formelle et générale nie l'existence de différences de situation (A.), et, d'autre part, la seule possibilité pour le législateur français de traiter de manière différente des situations différentes conduit à l'admission de nouvelles inégalités (B.).

---

<sup>1325</sup> J-G. Renauld, *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit belge*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 134.

<sup>1326</sup> *Ibid.*

## A. Une inégalité due au traitement identique des situations différentes

**294** - L'égalité classique formelle et générale est imperméable aux faits. Elle ne régit que les situations équivalentes et reste indifférente aux inégalités de fait. Or, ces dernières existent. Cette forme d'égalité se trouve éloignée des « *réalités sur lesquelles l'Etat agit* <sup>1327</sup> ». Loin de réduire ces inégalités de fait, le principe égalitaire les laisse subsister. En effet, « *l'égalité de traitement est un principe, mais à l'appliquer mécaniquement, sans avoir égard à tous les facteurs concrets, on engendre l'injustice* <sup>1328</sup> ». Pourtant, certains s'évertuent à défendre le principe d'égalité entendu de manière classique car, en tant que principe, il aurait une valeur immuable. L'égalité devrait s'appliquer de manière mécanique sans un regard porté sur la situation sur laquelle se pose la règle égalitaire. Cette position n'est pas tenable au regard de l'ampleur des déficiences de l'égalité.

### 1. Une inégalité due à une application mécanique de l'égalité formelle

**295** - Le constat selon lequel « *l'égalité de droit peut aller de pair avec une inégalité de fait* <sup>1329</sup> » est inéluctable. La CPIJ l'a d'ailleurs parfaitement exprimé en attestant que « *confrontée à la réalité, l'égalité formelle peut devenir en fait inégalité, voire discrimination* <sup>1330</sup> ». Cette opinion est relayée au plan interne par le Conseil d'Etat qui estime que « *la réalité économique et sociale étant extrêmement diverse, ce serait une vue théorique, voire absurde, que d'imaginer des lois et règlements s'imposant de manière uniforme à tous les acteurs et à toutes les situations* <sup>1331</sup> ». La doctrine semble reprendre unanimement cette constatation. Il faut dire que les faits parlent d'eux-mêmes. En matière de droit du travail, les illustrations ne manquent pas : on ne peut que constater « *les importants écarts existant entre hommes et femmes ou encore entre délégués syndicaux et salariés dits ordinaires, pour ne*

---

<sup>1327</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 91.

<sup>1328</sup> CIJ, 18.07.1966, Statut international du Sud-Ouest africain (2<sup>ème</sup> phase), rec. 1966, p. 304.

<sup>1329</sup> M. Sousse, *Le principe de non-discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français*, AJDA, 1999, p. 985.

<sup>1330</sup> CPJI, 06.04.1935, Ecoles minoritaires en Albanie, Série A/B, n°64, p. 19.

<sup>1331</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 41.

*citer que ces deux exemples*<sup>1332</sup>». Si le principe d'égalité formelle est nécessaire<sup>1333</sup>, il apparaît clairement insuffisant<sup>1334</sup>. Des «*carences*<sup>1335</sup>» subsistent puisque l'égalité générale n'apporte qu'une solution partielle. Elle ne tient compte que des situations équivalentes. «*Il serait aberrant de reconnaître un caractère absolu et abstrait à l'égalité devant la loi. Une telle attitude serait purement utopique*<sup>1336</sup>». Le principe d'égalité, tel que conçu classiquement était nécessaire lors de son élaboration - et l'est toujours -, il n'en demeure pas moins de l'ordre du rêve et de l'utopie. Il reste une construction juridique théorique, «*une imagination métaphysique*<sup>1337</sup>» que sa faible prise au réel a rendu «*incapable de juguler les inégalités qui [nous] frappent au quotidien*<sup>1338</sup>». Non contente de maintenir les inégalités de fait existantes, l'égalité formelle permet aussi leur développement, notamment dans les domaines sociaux et culturels<sup>1339</sup>.

## 2. Une transformation nécessaire de l'application du principe d'égalité

**296** - Si l'égalité est inscrite en tant que principe, cette qualification ne doit pas lui ôter la possibilité d'évoluer. Néanmoins, en Slama considère que les principes, qui font aujourd'hui l'objet de débats à cause de leur degré d'abstraction, «*n'en sont pas moins des valeurs pratiques essentielles ; conçus par la raison, inscrits dans les consciences, ils forment la trame des références sans lesquelles la volonté de vivre ensemble ne peut être considérée*

---

<sup>1332</sup> Y. Leroy, *L'égalité professionnelle. Vers une approche générale et concrète*, RJS, 11.2002, p. 887.

<sup>1333</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 94.

<sup>1334</sup> A. Pizzorusso, *Le principe d'égalité dans la doctrine et dans la jurisprudence italienne*, in Conseil d'Etat, «*Rapport public 1996 sur l'égalité*», La documentation française, 1997, p. 451 ; R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 94 ; R. Houin, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit commercial. Rapport général*, Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 234 ; Y. Leroy, *Loc. cit.* ; M. Miné, *Droit et discrimination sexuelle au travail*, entretien avec C. Coste, *Cités*, 2002, n°9, p. 91.

<sup>1335</sup> M-C. Laval-Reviglio, *Egalité et éducation : les discriminations justifiées, l'exemple de Sciences-Po*, in «*Actualité politique et juridique de l'égalité*», Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 115.

<sup>1336</sup> F. Miclo, *Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois*, AJDA, 1982, p. 115.

<sup>1337</sup> S. Goyard-Fabre, R. Seve, M. Hauriou. *La Science sociale traditionnelle. Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, 1986, p. 218.

<sup>1338</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 258.

<sup>1339</sup> P. Stasse, *Le Conseil d'Etat*, in «*“Egalité et équité” Antagonisme ou complémentarité*», Sous la direction de T. Lambert, *Economica*, 1999, p. 30.

comme librement consentie<sup>1340</sup>». L'égalité, en tant que principe, serait donc vouée à rester figée dans le temps, sans autre possibilité que de demeurer ancrée dans le droit comme au jour de sa découverte, alors même que sa forme normative n'est plus en adéquation avec la société. Pour M. Slama, l'égalité n'est que le résultat d'un principe qui a été construit juridiquement et qui n'a donc pas de possibilité de changer. Or, la plupart des auteurs modernes s'accordent à penser le principe comme « *une proposition générale induite de règles particulières* »<sup>1341</sup>. Par leur raisonnement, les représentants de la première doctrine égalitaire renversent l'analyse des faits pour parvenir à une inertie juridique totale. Ils partent en effet du principe - donc du résultat de l'analyse - pour refuser tout changement. Le principe servant de justification à l'entérinement définitif d'une conception, aucune "induction" n'est possible et en conséquence aucune évolution. Au lieu d'être le résultat d'une analyse, le principe devient le socle du raisonnement. En revanche, pour l'autre partie de la doctrine, appuyée par les avancées jurisprudentielles constatées précédemment, ce n'est pas le principe qui est important, mais la notion qu'il porte en son sein. Le principe d'égalité n'a été construit que dans le but de protéger l'égalité. Or, l'analyse de la réalité sociale ne trompe pas sur l'insuffisance d'une égalité classique afin de parvenir à une égalité dans les faits. A partir de cette constatation, le principe d'égalité est susceptible d'être modifié dans les règles qui le composent, dès lors que cela sert l'égalité. Le point central de la réflexion est ici le concept<sup>1342</sup> d'égalité et non plus son principe. L'égalité devient une valeur à atteindre et non plus seulement un principe irrévocable à respecter<sup>1343</sup>.

**297** - La concrétisation de l'égalité est inévitable. D'une part, il n'est plus acceptable aujourd'hui de soutenir que le principe d'égalité est adapté aux besoins actuels de la société, et qu'il existe certainement des personnes qui estiment ne pas avoir librement consenti à vivre en son sein au vu des multiples discriminations dont ils font l'objet. D'autre part, le droit, dans son fonctionnement et sa nature mêmes, doit évoluer. « *Il n'y a pas de normes juridiques*

---

<sup>1340</sup> A-G. Slama, « *Contre la discrimination positive. La liberté insupportable* », Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 133.

<sup>1341</sup> P. Morvan, *Principes*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 1201.

<sup>1342</sup> Le concept étant défini comme « *l'expression de la réalité véritable d'une institution à un stade de son évolution : au-delà des apparences superficielles des simples faits, il exprime le niveau atteint par l'institution, dans sa progression vers le rationnel absolu de l'Idée, à un moment donné* » : F-P. Bénoit, *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel*, in « Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser », Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 23.

<sup>1343</sup> F. Stasse, *Pour les discriminations positives*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 119 : « *Hormis quelques esprits situés aux franges extrêmes du conservatisme pour lesquels les inégalités sont une donnée incorrigible de la nature humaine, personne ne conteste que l'égalité soit une des valeurs constitutives de la dignité humaine vers laquelle les sociétés doivent s'efforcer toujours de tendre.* »

*qui sont faites pour toujours*<sup>1344</sup>», fut-ce un principe fondamental de notre droit. D'ailleurs, les droits de l'homme dans leur ensemble «*sont un faisceau de normes en induction permanente ou en tension dialectique toujours en gestation*<sup>1345</sup> ». Le bord extérieur du tableau de l'égalité n'est pas remis en cause, seules les cases internes qui le constituent sont vouées à évoluer. Le débat ne doit donc pas se situer au stade de la définition même du principe, mais à celui de son application. Transformer les applications du principe d'égalité n'est pas la négation de cette dernière, mais une adéquation rendue nécessaire dans les faits. La position défendue par M. Slama n'est pas soutenable de ce point de vue. La valeur de l'égalité n'est pas en cause avec les discriminations positives. Au contraire, elles ont pour but d'en faire à terme une valeur effective, ce qui n'est pas le cas actuellement. Dans cette optique, les discriminations positives proposent un renforcement de la notion d'égalité dans sa quête d'absolue effectivité qui est justement, à l'heure actuelle, combattue par les faits. De plus, elles ne font que s'insérer dans un mouvement général de quête de résultats concrets. Elles ne peuvent donc être combattues de manière isolées, mais en tant qu'élément d'un mouvement général. Ce dernier reste pour l'instant, surtout en droit interne, en retrait par rapport à la prise en compte du réel, ce qui provoque de nouvelles inégalités.

## **B. Une inégalité due à la prise en compte facultative du réel**

**298** - La jurisprudence interne actuelle reconnaît l'existence de situations différentes, pour autant, elle ne leur donne pas toute leur valeur. Il est possible de les distinguer selon les situations, mais cela n'est pas encore un principe général à valeur obligatoire. Si cette possibilité «*témoigne de la capacité du principe d'égalité à s'adapter aux réalités*<sup>1346</sup>», elle conduit nécessairement le juge à valider des pratiques législatives discriminatoires. En effet, «*l'application de mesures identiques à des personnes placées dans des situations différentes ne [peut] conduire qu'à une permanence des inégalités*<sup>1347</sup> ». Nous pouvons alors partager le

---

<sup>1344</sup> V. Petev, «*Temps et transmutation des valeurs en droit* », in «*Temps et droit. Le droit a-t-il vocation de durer ?*», sous la direction de F. Ost et M. Van Hoecke, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 171.

<sup>1345</sup> P. Meyer-Bisch, *Le corps des droits de l'homme*, Editions Universitaire, Coll. Interdisciplinaire, Fribourg, Suisse, 1992, p. 253.

<sup>1346</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*

<sup>1347</sup> J. Laufer, *L'entreprise et l'égalité des chances*, Secrétariat chargé des droits des femmes, La Documentation française, 1992, p. 42.



constat de M. Michel Borgetto selon lequel « *si le principe d'égalité n'a pas toujours été entendu (...) de manière totalement abstraite et formelle, et a donc pu être amené, le cas échéant, à supporter certains aménagements, il n'en a pas moins été encadré par la jurisprudence de façon telle que ces derniers ne permettaient guère, dans nombre d'hypothèses, de satisfaire pleinement l'égalité réelle et concrète* <sup>1348</sup> ».

**299** - Les hommes étant « *foncièrement inégaux* <sup>1349</sup> », le traitement de leur situation respective se doit d'être différent pour que l'égalité existe. Ne pas prendre en compte ce fait relève d'une attitude partielle et produit une égalité « *contre nature* <sup>1350</sup> ». Là où l'égalité classique ne faisait que fermer les yeux derrière un voile d'uniformité, la solution actuelle va encore plus loin. Les tribunaux font plus qu'ignorer les différences de situation, ils les déterminent pour ensuite avaliser une pratique normative qui les nie. Cette évolution est positive dans les cas où les juges admettent une différence de traitement, est également une régression lorsqu'elle permet l'admission de l'existence de différences et donc d'inégalités, pour mieux passer outre. Nous sommes alors face à un système schizophrène ou hypocrite <sup>1351</sup>, à savoir que l'égalité concrète comme moyen reste une « *dérogation* <sup>1352</sup> » éventuelle à l'égalité formelle, alors que le but avoué de la règle égalitaire est d'obtenir une égalité concrète. On admet la réalité pour mieux la nier par la suite. Cette faculté ne peut être qu'une étape transitoire vers une prise en compte totale de la réalité et la recherche d'une égalité toujours plus effective. Cette évolution globale est d'ailleurs bien avancée avec une définition de l'égalité de plus en plus réelle et à présent dotée d'un objectif à réaliser.

---

<sup>1348</sup> M. Borgetto, *Equité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 115.

<sup>1349</sup> S. Goyard-Fabre, R. Seve, M. Hauriou. *La Science sociale traditionnelle. Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, 1986, p. 218.

<sup>1350</sup> F. Miclo, *Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois*, AJDA, 1982, p. 115.

<sup>1351</sup> L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

<sup>1352</sup> Tesouro, 06.04.1995, conclusions sous l'affaire Kalanke, C-450/93, rec. p. I-3053 ; Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 96 ; R. Badinter, *Les discriminations positives dans l'Union Européenne*, in « Les droits de l'homme au seuil du 3<sup>ème</sup> millénaire », Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 37.

## §2. Une nouvelle obligation de réaliser l'égalité

300 - A propos de l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels<sup>1353</sup> observe que « *Comme tous les autres droits de l'homme, le droit à une nourriture suffisante impose aux Etats parties trois sortes ou niveaux d'obligation : les obligations de respecter et de protéger ce droit et de lui donner effet* <sup>1354</sup> ». L'obligation de respecter doit être comprise comme l'interdiction pour l'Etat de s'ingérer dans ce droit, l'obligation de protéger oblige l'Etat à défendre activement le droit en empêchant tout agissement contraire de la part d'un particulier. Enfin, pour remplir la troisième obligation, celle de réaliser le droit, « *l'Etat doit assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus, en prenant des mesures qui, non seulement protègent l'individu des violations dont il pourrait être victime dans le cadre de ses rapports individuels, mais en outre placent le titulaire de droits dans une situation qui lui permette d'en jouir effectivement* <sup>1355</sup> ». Quant à l'égalité, elle « *n'est plus un état mais un projet* <sup>1356</sup> ». C'est ce qu'affirme la Cour de justice des Communautés européennes lorsqu'elle indique que la directive n° 76/207 «  *vise à déboucher sur une égalité substantielle, et non formelle* <sup>1357</sup> ». Le principe d'égalité ne doit pas être vide, il doit contenir des éléments, des mécanismes, lui permettant de s'inscrire et de se développer dans les faits. Il ne s'agit pas de redéfinir directement les concepts égalitaires, mais de redéfinir les objectifs du principe d'égalité. C'est une protection dynamique qui est alors offerte et qui ne peut correspondre qu'à une obligation pour l'Etat de réaliser progressivement l'égalité. Cette troisième obligation, en plein essor, fait de l'égalité un résultat à obtenir (A) et, par conséquent, impose l'essor de nouvelles notions égalitaires qui puissent aider à remplir ce nouvel objectif assigné à l'égalité (B).

---

<sup>1353</sup> Observation générale n° 12 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 20<sup>ème</sup> session, 1999.

<sup>1354</sup> § 15

<sup>1355</sup> O. de Schutter, *Les générations de droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux*, in « Juger les droits sociaux », Actes du colloque Organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ, n° 2, Pulim, 2004, p. 13.

<sup>1356</sup> J-P. Fitoussi, P. Rosanvallon, « *Le nouvel âge des inégalités* », Seuil, 1996, p. 99.

<sup>1357</sup> CJCE, 30.04.1998, Thibault, C-136/95, rec. p. I-2011, point 26 (D., 1998, Somm. Comm., p. 247, obs. M-T. Lanquetin) et CJCE, 03.02.2000, Mahlburg, C-207/98, rec. p. I-549, point 26.

## A. Une égalité devenue un résultat à atteindre

**301** - Si l'égalité formelle n'est pas satisfaisante, il faut donc trouver une autre définition de l'égalité<sup>1358</sup>. Cette transformation ne peut intervenir qu'en donnant un aspect concret à l'égalité, ce qui revient à faire du réel une donnée à prendre<sup>1359</sup> en compte afin de parvenir à l'égalité. M. Catalano a parfaitement résumé cette nécessaire évolution en indiquant que « *alors que le droit individualiste a choisi cette notion de l'égalité pour point de départ, le droit contemporain y voit au contraire un but à atteindre : la collectivité doit procurer à ses membres tout ce qui leur est nécessaire pour atteindre leurs fins*<sup>1360</sup> ». Cette nouvelle orientation égalitaire « *révèle un modèle d'égalité par la distinction des catégories, un modèle d'égalité concrète mieux adaptée aux réalités sur lesquelles l'Etat agit, mais qui conduit à la négation du caractère général du principe d'égalité*<sup>1361</sup> ».

**302** - A première vue, cette nouvelle orientation met en opposition l'égalité formelle et l'égalité réelle. C'est d'ailleurs un avis qui a longtemps été partagé par de nombreux représentants de la doctrine au point de devenir une position « *classique* »<sup>1362</sup>. Nous sommes alors face à deux conceptions, initialement indépendantes, que sont « *une conception abstraite qui assure l'application des mêmes règles à toutes les personnes quelle que soit leur situation* » et « *une conception concrète qui assure l'application des règles en tenant compte de la situation concrète dans laquelle se trouvent les personnes*<sup>1363</sup> ». Leur relation serait celle d'une substitution, une conception devant remplacer l'autre. De manière classique, la doctrine estime que l'égalité formelle doit primer dans tous les cas : « *Une législation tendant à l'égalité de fait ne saurait donner d'entorse à l'égalité juridique*<sup>1364</sup> ». A l'inverse, de manière plus contemporaine, seul le résultat de la norme est pris en compte, ce qui justifie que

---

<sup>1358</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 113.

<sup>1359</sup> Y. Leroy, *L'égalité professionnelle. Vers une approche générale et concrète*, RJS, 11.2002, p. 887.

<sup>1360</sup> N. Catalano, *Rapport général sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 433.

<sup>1361</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 91.

<sup>1362</sup> Voir sur ce point : O. Jouanjan, *Conclusions*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 245.

<sup>1363</sup> M. Miné, *Droit et discrimination sexuelle au travail*, entretien avec C. Coste, Cités, 2002, n°9, p. 91.

<sup>1364</sup> M. Waline, *Paradoxe sur l'égalité devant la loi*, D., 1949, Chr., p. 25.

« l'égalité formelle doit céder le pas devant l'égalité matérielle » dès lors que l'on se rapproche de l'égalité réelle<sup>1365</sup>.

**303** - Ce n'est pas de substitution dont il faut parler, mais de complémentarité, en conservant l'approche d'un résultat à obtenir. A moins de faire preuve « *d'un cynisme à toute épreuve* », de « *soutenir que l'objectif poursuivi par l'égalité des droits, l'égalité devant la loi ou, pour employer la terminologie d'usage, l'égalité formelle, n'est autre que celui d'assurer une égalité réelle entre ses destinataires* »<sup>1366</sup>. Une fois de plus, il faut dépasser les apparences car le paradoxe n'est que superficiel. Même si les deux notions, que sont égalité formelle et égalité substantielle, ont été mises en opposition pour plus de clarté, leur objectif est le même, c'est-à-dire réaliser l'égalité. Dès lors, l'enjeu n'est plus de mettre en exergue les différences philosophiques immanentes à chaque orientation, mais de les mettre en œuvre de manière simultanée de façon à obtenir une égalité pleine et entière. Ces deux formes d'égalité peuvent même « *se recouper* » dans des domaines particuliers comme l'égalité de rémunération entre travailleurs féminins et masculins<sup>1367</sup>. La plupart du temps, c'est un compromis qui est fait entre ces deux aspects de l'égalité. Il faut éviter de « *s'hypnotiser sur les particularités des hommes situés jusqu'à perdre de vue la permanence de la personne humaine à travers tous les accidents, ou à l'inverse, de se confiner dans la seule contemplation de l'essentielle égalité naturelle en négligeant les obstacles que les inégalités de fait opposent à l'épanouissement de la personne* »<sup>1368</sup>. Tout comme l'égalité formelle est en fait impossible - deux situations n'étant jamais réellement identiques -, l'égalité substantielle se révèle difficile à réaliser dans les faits. En effet, « *l'égalité concrète idéale ne serait-elle pas que chaque situation reçoive un traitement adapté, et qu'il n'existe pas deux règles identiques puisque deux situations ne sont jamais parfaitement identiques ?* »<sup>1369</sup>. M. Pellissier nous donne une indication pour concilier ces notions. Il s'agit alors de transposer « *l'exigence de généralité de la règle non plus dans le contenu de l'acte, mais dans les critères de détermination des éléments de chaque situation à partir desquels sera élaboré le*

---

<sup>1365</sup>F. Luchaire, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, p. 1229. Voir également sur ce point : O. Jouanjan, *Conclusions*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 245.

<sup>1366</sup>L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

<sup>1367</sup>A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305.

<sup>1368</sup>J. Rivero, *Les notions d'égalité et de discriminations en droit public français*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 343.

<sup>1369</sup>G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 42.

*traitement adapté*<sup>1370</sup>». M. Jouanjan aboutit à une conclusion similaire en indiquant que puisque le législateur a l'obligation de justifier la différence de traitement, la formule normative du principe d'égalité intègre la différence. « *De plus, la logique de son application impose toujours de généraliser, c'est-à-dire de mettre en évidence les traits typiques d'une situation itérables en d'autres situations*<sup>1371</sup>». Il ne faut plus comparer l'égalité concrète et l'égalité formelle en tant que but à accomplir à travers la mesure égalitaire - auquel cas elles sont irrémédiablement opposées -, mais comme des moyens différents afin d'obtenir un même but, à savoir l'égalité. Le droit communautaire envisage pleinement cette perspective lorsque la Cour de Luxembourg donne à la directive de 1976<sup>1372</sup> relative à l'égalité entre les hommes et les femmes l'objectif de parvenir à une égalité substantielle et non formelle<sup>1373</sup>. Elle parle du résultat à atteindre et non du moyen pour y parvenir<sup>1374</sup>. L'égalité doit consister en l'articulation<sup>1375</sup> de l'égalité formelle et de l'égalité réelle afin de parvenir à la concrétisation des deux versants égalitaires que sont « *le droit à un traitement égal et le droit d'être traité comme un égal*<sup>1376</sup>». De cette manière, il est possible de réaliser « *une égalité pleine et effective*<sup>1377</sup>» qui est le but du principe de non-discrimination tel que défini notamment par le nouveau protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme.

**304** - Nous ne pouvons nous ranger à l'explication de Geneviève Koubi qui estime que « *la notion de discrimination positive accentue (...) la décomposition du principe d'égalité ; elle suscite une disjonction entre principe d'égalité devant la loi et principe d'égalité dans la loi ; elle ouvre sur la connaissance d'un principe d'égalité par la loi* ». Cependant, la conclusion qu'elle en tire lorsqu'elle indique que « *ces mesures ne s'inscrivent pas dans la continuité logique des principes d'égalité et de non-discrimination ; au contraire, elles relèvent formellement l'inégalité* »<sup>1378</sup>, néglige la complémentarité des diverses formes d'égalité. Les discriminations positives ne font que prendre acte des inégalités provoquées par

---

<sup>1370</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>1371</sup> O. Jouanjan, *Conclusions*, in «Actualité politique et juridique de l'égalité», Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 245.

<sup>1372</sup> Directive, 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1373</sup> CJCE, 30.04.1998, Thibault, C-136/95, rec. p. I-2011.

<sup>1374</sup> Sur ce point : CJCE, 03.02.2000, Mahlburg, C-207/98, rec. p. I-549.

<sup>1375</sup> M. Miné, *Loc. Cit.*.

<sup>1376</sup> G. Koubi, *Le droit à l'indifférence, fondement du droit à la différence*, in « Le droit à la différence », Sous la direction de N. Rouland, PUAM, 2002, p. 263.

<sup>1377</sup> Rapport explicatif du protocole n° 12.

<sup>1378</sup> G. Koubi, *Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ?*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 71.

les insuffisances remarquées du principe d'égalité formelle. L'auteure le relève d'ailleurs puisqu'elle prend acte du fait que l'introduction de nouvelles formes d'égalité « *prétendait signifier que l'égalité des droits, bien que formellement assurée se révélait de mise en œuvre médiocre, d'application imparfaite, de concrétisation insuffisante* <sup>1379</sup> ». Il n'y a ici aucune concurrence, mais un simple complément apporté au principe classique qui s'est révélé parcellaire. Il ne s'agit pas d'une « *décomposition* » de l'égalité, mais d'une recomposition faite en fonction d'une réalité sociale éprouvée. Les discriminations positives, à l'instar des autres mesures différenciatrices justifiées, ne consistent qu'en une augmentation du champ d'investigation de l'égalité. Au lieu de se confiner aux simples cas dans lesquels les situations en présence sont équivalentes, elles permettent à l'égalité de régler aussi les circonstances dans lesquelles les situations sont jugées différentes. Dès lors qu'est admise la finalité concrète de l'égalité, il est indéniable que les mesures qui permettent d'aboutir à cet objectif, fussent-elles différenciatrices, sont d'une mise en œuvre nécessaire. Au contraire de ce que peut affirmer l'auteur, ces nouvelles mesures, loin d'aboutir à une décomposition de l'égalité, lui offre l'occasion d'obtenir sa complétude et sa plénitude. Sa force est alors consolidée car toutes les situations pourront être régies par le principe d'égalité, ce qui n'est pas le cas avec l'égalité classique. Le fait d'admettre l'absence de réalisation par l'égalité formelle, tout en refusant le recours aux mesures différenciatrices qui pourraient y remédier, relève d'une simple hypocrisie fondée sur l'absence totale de remise en cause d'un principe que l'on sait inadapté au seul prétexte que ses applications deviendraient diverses. C'est à la fois soutenir l'uniformité du droit à tout crin, au-delà des pressions pratiques pour lequel il est pourtant construit <sup>1380</sup>, et l'uniformité des droits qui nie toute pluralité dans la société. Dernier point que l'auteure ne manque d'ailleurs pas de défendre <sup>1381</sup>.

**305** - L'égalité devenue un objectif transforme nettement les obligations de l'Etat en induisant une action dynamique de sa part qui dépasse le simple cadre d'une obligation de respecter. La complémentarité mise en avant ici, entre la forme classique et la forme réelle de l'égalité, montre parfaitement cette nouvelle dialectique qui conduit le législateur et les autorités étatiques à opérer un choix entre les formes égalitaires à leur disposition afin de parvenir au résultat souhaité. C'est déjà, en soi, imprimer une marque dynamique à la

---

<sup>1379</sup> *Ibid.*

<sup>1380</sup> P. Hébraud, *Observations sur la notion de temps dans le droit civil*, in « Etudes offertes à Pierre Kayser », tome II, PUAM, 1979, p. 1 : pour l'auteur le droit a un « *but essentiellement pratique* ».

<sup>1381</sup> G. Koubi, *Droit à la différence, droit à l'indifférence*, in « Le droit à la différence », sous la direction de N. Rouland, PUAM, 2002, p. 263.

protection de l'égalité. Cela peut tout aussi bien correspondre à une obligation de protéger qu'à une obligation de réaliser pour l'Etat, mais l'apparition de nouvelles notions au sein de l'égalité va peu à peu transformer le rôle de l'Etat en une obligation de réaliser l'égalité.

## **B. De nouvelles notions égalitaires concrètes**

**306** - La nouvelle matérialité de l'égalité a entraîné naturellement le développement de nouvelles notions. Malgré la position passéiste de certains auteurs considérant tout ceci comme autant de tentatives de corruption du principe initial<sup>1382</sup>, ces avancées se font dans un même sens de redéfinition concrète de l'égalité dans une situation actuelle marquée par les inégalités. Elles vont consacrer définitivement une obligation de réaliser l'égalité qui impose à l'Etat de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition afin d'y parvenir. Les discriminations positives trouvent une place naturelle dans cette nouvelle optique. Cette redéfinition comporte deux stades complémentaires. L'inscription de l'égalité en tant que résultat à obtenir demande la définition d'une nouvelle forme d'égalité. C'est la notion d'égalité des chances qui est ainsi mise en avant dans tous les domaines d'application de l'égalité<sup>1383</sup>. Cela nécessite aussi une lutte accrue contre les discriminations qui sont elles-mêmes nouvellement définies. La référence aux discriminations matérielles et indirectes en est le stigmate.

### **1. Une obligation de moyens de réaliser l'égalité**

**307** - Lorsque la doctrine critique l'égalité formelle en affirmant qu'il « *ne suffit pas de proclamer l'égalité des droits et de proscrire la discrimination intentionnelle pour que*

---

<sup>1382</sup> Pour exemple : A.-G. Slama, *L'égalité de droit*, in « *République et particularismes* », Dossier réalisé par J. Costa-Lascoux, Problèmes politiques et sociaux, n°909, 02.2005, p. 28.

<sup>1383</sup> Sur cette notion : G. Koubi, G.J. Guglielmi, *L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives*, La découverte, Coll. Recherches, 2000, Introduction.

*s'instaure une véritable égalité des chances*<sup>1384</sup>», elle reconnaît que l'objectif du principe d'égalité est non seulement la réalisation effective de cette égalité, mais que cette dernière est matérialisée par la notion<sup>1385</sup> d'égalité des chances<sup>1386</sup>. C'est une égalité réelle mesurée qui est visée car cette égalité des chances n'induit pas l'admission de l'égalité de résultat<sup>1387</sup> qui se concentre uniquement sur le résultat sans considération du moyen pour y parvenir.

### a. La consécration de l'égalité des chances

**308** - Cette notion a l'avantage de parler « *au cœur et à l'esprit*<sup>1388</sup> ». Ce terme se fait de plus en plus présent dans les textes, tant internationaux<sup>1389</sup> que nationaux<sup>1390</sup> au point qu'elle

---

<sup>1384</sup> G. Calvès, *Femmes en politique : une exclusion persistante*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 58.

<sup>1385</sup> G. Koubi, G.J. Guglielmi, *Loc. Cit.*, Introduction, p. 7

<sup>1386</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, p. 91. Voir également, Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 335 : « *Le principe d'égalité n'atteint réellement son but que s'il est aussi vecteur de l'égalité des chances* ».

<sup>1387</sup> Pour une opinion contraire : O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, Coll. Corpus essais, 2005, p. 215.

<sup>1388</sup> V. Giscard D'Estaing, *Vers plus de justice sociale*, Cahiers français, sept-oct. 1973, p. 34.

<sup>1389</sup> Pour exemple : Convention de l'OIT, n° 156 concernant l'égalité des chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes, ratifiée par la France par la loi n° 88.1240 du 30 décembre 1988, JO du 03.01.1988 ; Recommandation du Comité des Ministres, 09.04.1992, n° R(92)6, relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées qui invite les Etats membres du Conseil de l'Europe à « *garantir le droit de la personne handicapée à une vie autonome et à l'intégration dans la société, et reconnaître le devoir de la société d'assurer ce droit* » en vue d'assurer aux handicapés l'« *égalité des chances* » par rapport aux autres personnes ; Convention 111 de l'OIT ratifiée par la France le 15 avril 1981 ; Convention de l'ONU, 18.12.1979, Art. 4 ; Charte sociale européenne, Al. 20, Partie I et art 27, Partie II ; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989.

<sup>1390</sup> Loi, 13.07.1983, «Loi Roudy», n° 83-635, JO du 14.07.1983, circulaire d'application du 02.05.1984. Cette loi désormais célèbre pour la défense des travailleuses en France est axée autour de deux idées motrices :

- L'égalité des droits est assortie de moyens concrets pour sa réalisation
- L'égalité de chances par une réelle connaissance des situations susceptibles d'être corrigées

Voir sur ce point : D. Noguerol, *Discriminations sexuelles et droits européens*, Coll. Réalités C.E.E., Masson, 1993, p. 67 et s.

Pour d'autres exemples : Article L 441 du code de la construction et de l'habitation : « *L'attribution des logements locatifs sociaux participe à la mise en œuvre du droit au logement, afin de satisfaire les besoins des personnes de ressources modestes et des personnes défavorisées. / L'attribution des logements locatifs sociaux doit notamment prendre en compte la diversité de la demande constatée localement ; elle doit favoriser l'égalité des chances des demandeurs et la mixité sociale des villes et des quartiers.* » Voir également : Loi, 04.02.1995, n° 95-115, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Art. 1<sup>er</sup> ; Loi, 10.07.1989, n° 89-486, Loi d'orientation sur l'éducation ; Loi, 29.07.1998, n° 98-657, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.



« acquiert un prestige international <sup>1391</sup> ». La dénomination d'une récente loi en matière d'égalité des personnes handicapée s'intitulant "Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées"<sup>1392</sup> ou encore la loi sur l'égalité des chances de 2006<sup>1393</sup> illustrent parfaitement l'avènement de l'égalité des chances. La recherche de l'égalité devient alors active et transforme l'action du législateur en une obligation positive de réaliser l'égalité.

Tout comme le droit communautaire<sup>1394</sup>, les juridictions françaises, notamment le Conseil d'Etat, font de l'égalité des chances le véritable objectif des mesures égalitaires<sup>1395</sup>. La jurisprudence interne est tout aussi sensible à cette nouvelle philosophie égalitaire. Le Conseil d'Etat n'hésite pas à rappeler, à l'occasion, que l'égalité des chances reste un objectif à promouvoir, nécessitant parfois des dérogations au jeu classique de l'égalité et cela notamment en matière d'égalité entre les femmes et les hommes<sup>1396</sup> : « *En vertu du principe qu'a posé le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et selon lequel "la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme", les femmes ont vocation à occuper tous les emplois publics dans les mêmes conditions que les hommes, aucune distinction ne pouvant être introduite entre les personnels de l'un et de l'autre sexe dans les conditions d'exercice des fonctions correspondant à ces emplois, hormis celles qui seraient justifiées par les conditions particulières dans lesquelles sont accomplies certaines missions ou par la nécessité de la protection de la femme ou de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les*

---

<sup>1391</sup> G. Quinn, *Les droits des handicapés dans le droit de l'UE*, in « L'Union Européenne et les Droits de l'Homme, sous la direction de P. Alston, Académie de droit européen, Institut universitaire européen, Bruylant, 2001, p. 291.

<sup>1392</sup> Loi, 11.02.2005, n° 2005-102, Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

<sup>1393</sup> Loi, 31.03.2006, n° 2006-396, Loi pour l'égalité des chances.

<sup>1394</sup> Il préconise en effet une politique de *mainstreaming*, c'est-à-dire la prise en compte de la dimension de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes dans toutes les politiques ou les activités communautaire. Sur cette politique : Commission, Rapport annuel 1997 sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes dans l'Union Européenne, p. 11. L'égalité des chances représente le modèle communautaire de l'égalité : C. Barnard, *L'égalité des sexes dans l'Union Européenne*, in « L'Union Européenne et les Droits de l'Homme, sous la direction de P. Alston, Académie de droit européen, Institut universitaire européen, Bruylant, 2001, p. 219.

<sup>1395</sup> Voir en ce sens : M-C. Laval-Reviglio, *Egalité et éducation : les discriminations justifiées, l'exemple de Sciences-Po*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 115 : « *Le Conseil d'Etat a lui-même reconnu que l'objectif d'égalité des chances pouvait conduire l'Etat à agir sur le corps social pour le découper en catégories et pour créer des distinctions, la restauration du principe d'égalité s'opérant au moyen d'un fractionnement social.* » Voir également CE, 26.06.1989, Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale et de la Recherche, n° 89945, rec. p. 152.

<sup>1396</sup> CE, 07.12.1990, Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Buret, n° 96209, rec. p. 556. Voir pour un autre exemple : CE, 26.06.1989, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche SGEN-CFDT, n° 89945, Rec. p. 152.

femmes ». La Haute juridiction judiciaire fait de même et accepte que des avantages financiers soient octroyés aux femmes à partir du moment où ces mesures sont « *relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité* » ou visent « *à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes en matière d'emploi* », conformément à la directive communautaire de 1976 relative à l'égalité hommes – femmes<sup>1397</sup>.

**309** - Cette égalité des chances constitue une égalité de départ<sup>1398</sup>. En effet, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 énonce que « *la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes les dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* <sup>1399</sup> ». Ce sont par conséquent les mérites et les capacités individuelles qui « *fondent la différenciation dans l'attribution des biens et des charges* <sup>1400</sup> ». Ce principe n'entraîne aucune difficulté lorsque l'égalité est formelle : chacun obtient des droits en fonction de ses mérites. En revanche, avec l'émergence de l'égalité matérielle et la considération de l'égalité en tant que résultat à poursuivre, il apparaît clairement que l'attribution des droits au mérite peut être faussée par des inégalités de fait qui traversent la société et viennent paralyser les chances de certains individus. L'égalité ne peut alors être réalisée qu'à la condition que les individus en compétition se trouvent dans une situation d'égalité au départ. « *L'égalité des chances exprime une conception de la justice sociale selon laquelle il conviendrait de doter tous les sujets de possibilités équivalentes de promotion dans la société, en fonction des seuls critères de distinction que sont les qualités personnelles du mérite et du talent* <sup>1401</sup> ». Pour que l'égalité soit effective, il faut une égalité des chances. Pour John Rawls, l'égalité des chances est celle « *d'accéder à des positions différentes, aux meilleures fonctions et aux moins bonnes* ». Ce principe « *possède une signification très concrète : chacun doit entrer dans la carrière de la vie avec les mêmes*

---

<sup>1397</sup> Cass. Soc, 08.10.1996, n° 92-82291, Bull. Soc, 1996, V, n° 311, p. 221. Pour d'autres exemples : Cass. Soc, 22.01.1991, n° 89-44035, Inédit ; Cass. Soc, 27.02.1991, n° 90-42239, Bull. Soc, 1991, V, n° 101, p. 63 ; Cass. Soc, 03.10.1991, n° 90-42153, Inédit titré.

<sup>1398</sup> Tesauro, 06.04.1995, conclusions sous l'affaire Kalanke, C-450/93, rec. p. I-3053. Voir sur ce point : K. Berthou, *Sur les discriminations positives (à propos de l'arrêt CJCE, 28.03.2000, Babeck et autres, C-158/97)*, Droit social, 2000, p. 901.

<sup>1399</sup> Article 6.

<sup>1400</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 155.

<sup>1401</sup> S. Wuhl, *L'égalité. Nouveaux débats*, PUF, 2002, p. 54.

chances, c'est-à-dire avec la même dotation en formation et en capital »<sup>1402</sup>. L'égalité des chances a alors pour but d' « améliorer les chances de ceux qui en ont le moins »<sup>1403</sup>. C'est ainsi qu'il est possible de concevoir, au bénéfice des seules femmes, des mesures qui visent à leur octroyer des places en formation afin d'améliorer leur qualification<sup>1404</sup>. Une égalité des chances sur le marché de l'emploi sera ainsi rétablie<sup>1405</sup>. Voici comment l'égalité des chances, considérée comme une égalité point de départ, devient un résultat à obtenir à travers la norme juridique. Selon Hayek, le mérite reste présent et retrouve sa position classique de différenciation des situations finales des individus<sup>1406</sup>. « En ce sens, l'égalité des chances prolonge l'égalité de traitement et le principe de non-discrimination, car elle affine l'égalité des droits. Réduire les inégalités de fait, sans pour autant supprimer la conception même de l'égalité révèle la philosophie de l'égalité des chances »<sup>1407</sup>.

**310** - Admettre de se fonder sur l'égalité des chances à une conséquence directe sur la force de l'engagement pris. Cette forme d'égalité suppose une action dynamique en fonction d'un résultat à atteindre que l'on s'est fixé. Toutes les mesures qui sont nécessaires pour réaliser cet objectif doivent être mises en œuvre. C'est une égalité de moyens qui est alors en jeu. Tous les sujets de droits doivent avoir au départ les mêmes « moyens »<sup>1408</sup> ou les mêmes « possibilités »<sup>1409</sup> d'accéder à une prestation, le mérite personnel créant ensuite les différences justifiées entre ces sujets. C'est en quelque sorte une obligation de moyens qui

<sup>1402</sup> J. Bidet, *Egalité des chances et principe de différence. Une réinterprétation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 51.

<sup>1403</sup> J. Rawls, *Théorie de la justice*, Fayard, 1987, p. 341.

<sup>1404</sup> Conclusions de l'avocat général M. L. M. Poiras Maduro, 21.06.2004, C-319/03, Briheche, point 30.

<sup>1405</sup> Cette vision active de l'égalité des chances s'oppose à celle de Geneviève Koubi qui ne voit pas dans l'égalité des chances « une méthode de traitement des inégalités, elle n'est pas incluse dans une démarche de neutralisation des inégalités ; elle n'offre pas un procédé de suppression des inégalités, elle n'engage pas de procédé de compensation des inégalités ».

<sup>1406</sup> F. von Hayek, *Droit, législation et liberté. Le mirage de la justice sociale*, Tome 2, Traduit de l'allemand par R. Audouin, PUF, Coll. Quadrige, 1976, p. 151.

<sup>1407</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 336.

<sup>1408</sup> M. Borgetto, *Equité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 115 : « Face au constat des ravages causés par la crise structurelle qui, affectant depuis plus de deux décennies le pays, s'est traduite notamment par l'essor des exclusions de toutes sortes, l'aggravation des inégalités et le manque de mobilité au sein de la société, beaucoup ont pris conscience d'une part des limites revêtu par une stricte application de l'égalité en droits – la circonstance que celle-ci ne tienne pas compte des inégalités de moyens n'aboutissant finalement qu'à renforcer les inégalités sociales et les phénomènes d'exclusion-, d'autre part de la nécessité de recourir plus largement à l'équité – c'est-à-dire, ici, de prendre davantage en considération la situation réelle de chacun pour l'accès aux droits et aux avantages sociaux – afin de satisfaire plus largement l'égalité concrète. »

<sup>1409</sup> G. Koubi, *Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ?*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 71 ; Y. Poirmeur, *Le double jeu de la notion d'égalité des chances*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 91.

contraint le législateur à tout mettre en œuvre afin que tous les individus bénéficient des mêmes possibilités au départ pour obtenir un résultat déterminé. Les autorités étatiques ont rempli leur obligation de réaliser l'égalité à partir du moment où elles ont effectivement déployé « *les efforts que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles* <sup>1410</sup> ». Cette obligation de moyens se traduit par la prise en considération par le droit des circonstances et des caractéristiques différentes suivant les individus et leurs conséquences : les « *vies réelles que les individus peuvent choisir de vivre* <sup>1411</sup> ». Or, c'est bien la question essentielle qui est soumise aux discriminations positives. Les individus se trouvent dans l'impossibilité, ou dans la très grande difficulté, de pouvoir jouir de l'égalité au sens où des barrières sociales les empêchent de pouvoir faire des choix de vie effectifs. Les femmes peuvent ainsi difficilement atteindre des postes importants dans les entreprises ou encore espérer une carrière à cause de nombreux obstacles de faits. Les discriminations positives réagissent contre l'alliance des différences de caractéristiques avec l'environnement dans lequel elles s'inscrivent. Cette combinaison renforce l'affirmation de l'obligation de réaliser l'égalité selon laquelle « *l'Etat ne peut demeurer insensible à ces circonstances de l'existence qui séparent la garantie des libertés de l'individu de sa capacité effective d'en jouir* <sup>1412</sup> ». Dans l'égalité des chances, et spécialement dans les discriminations positives, les obstacles à l'égalité « *ne sont plus ici de nature juridique, mais essentiellement de nature sociale et culturelle, et pourrait-on ajouter historique* <sup>1413</sup> ». Les discriminations positives ne sont que le prolongement de l'obligation de moyens posée par la consécration de l'égalité des chances. Elles en constituent même, à vrai dire, le cœur car elles ne luttent pas contre une forme de malheur face à la jouissance d'un droit, mais contre l'injustice d'une situation où la difficulté de jouissance est due à des actes répétés d'une partie de la population <sup>1414</sup>. Pour Bourdieu, en effet, dans l'égalité des chances ce n'est pas la chance, le hasard, qui est en jeu, mais « *uniquement le fait qu'une structure*

---

<sup>1410</sup> CEDH, 27.11.1992, Olsson c/ Suède, req. 13441/87, A 250, § 90.

<sup>1411</sup> A. Sen, *L'économie est une science morale*, La Découverte, 2003, p. 43.

<sup>1412</sup> O. de Schutter, *Les générations de droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux*, in « Juger les droits sociaux », Actes du colloque Organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ, n° 2, Pulim, 2004, p. 13.

<sup>1413</sup> J. Laufer, *L'entreprise et l'égalité des chances*, Secrétariat chargé des droits des femmes, La Documentation française, 1992, p. 42.

<sup>1414</sup> Pour une explication sur la différence entre les notions de malheur et d'injustice : K. Günter, *L'héritage de l'injustice et de la peur : une approche européenne des droits de l'homme et leurs effets sur la culture politiques*, in « L'Union Européenne et les Droits de l'Homme, sous la direction de P. Alston, Académie de droit européen, Institut universitaire européen, Bruylant, 2001, p. 117. L'auteur parle de « *la distinction entre la nature et de destin, d'une part, et les actions humaines cohérentes, d'autre part* ».

*sociale se reproduit en reproduisant les dominants dans leur descendance sociale*<sup>1415</sup>». Même si cette inégalité n'est pas le fruit du hasard, mais est « *fonction de l'inégale structuration sociale*<sup>1416</sup>», il s'agit de la constatation d'une inégalité de départ qui suscite une inégalité dans la répartition des droits et des biens. C'est dans ce constat que réside la notion d'égalité des chances : il faut rééquilibrer les forces au départ afin de parvenir à une égalité comme résultat non faussée par un facteur inégalitaire extérieur. Il s'agit ici de redonner une « *crédibilité*<sup>1417</sup>» au principe d'égalité. Les discriminations positives sont donc possibles, voire imposées au regard de l'intensité de l'affirmation de l'égalité des chances. Cependant, l'apparition d'une égalité concrète<sup>1418</sup> ne doit pas aller jusqu'à une égalité de résultat.

### **b. Le rejet d'une obligation de résultat**

**311** - Cette égalité des chances, devenue le guide « *de l'activité communautaire sous toutes ses formes et dans tout domaine*<sup>1419</sup>», et transformée quel que soit l'ordre juridique en un résultat à atteindre<sup>1420</sup>, est la seule nouvelle orientation de l'égalité admise. L'Etat a de ce point de vue une obligation de moyens afin de remplir son obligation de réaliser l'égalité. La Cour européenne des droits de l'homme exprime parfaitement cette idée lorsqu'elle indique que l'Etat doit mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour lutter contre le racisme<sup>1421</sup>. L'obligation de l'Etat n'est donc pas une obligation de résultat, ce qui se traduit

---

<sup>1415</sup> J. Bidet, *Loc. cit.* L'auteur explique la théorie de Bourdieu en ces termes : « *les structures d'inégalité (dominants/dominés) reproduisant à travers l'éducation (inégale) des habitus inégaux (de dominants/de dominés), reproduisant des pratiques qui reconstituent les structures dans leur inégalité* ».

<sup>1416</sup> *Ibid.*

<sup>1417</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, Introduction, p. 17.

<sup>1418</sup> K. J. Partsch, *Les principes de base des droits de l'homme : l'autodétermination, l'égalité et la non-discrimination*, in K. Vasak, « Les dimensions internationales des droits de l'homme », Unesco, 1978, p. 74 : l'égalité des chances permet à « *la notion abstraite d'égalité* » d'« *être remplacée par une définition concrète du domaine où l'égalité doit s'appliquer* ».

<sup>1419</sup> R. Badinter, *Les discriminations positives dans l'Union Européenne*, in « Les droits de l'homme au seuil du 3<sup>ème</sup> millénaire », Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 37.

<sup>1420</sup> G. Calvès, *Femmes en politique : une exclusion permanente*, in : « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 58.

<sup>1421</sup> CEDH, 13.12.2005, Timichev c/ Russie, req. 55762/00 et 55974/00, § 56, D. 2006, Pan., p. 1719, Obs. J-F. Renucci : « *Discrimination on account of one's actual or perceived ethnicity is a form of racial discrimination. Racial discrimination is a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, required from the authorities special vigilance and vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy's vision of society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment* ».

dans les conceptions égalitaires par le rejet de l'égalité de résultat. L'égalité des chances ne doit intervenir que sur le point de départ, mais ne doit pas modifier directement le résultat. Il est alors possible de mettre en place des mesures qui visent à « *augmenter la probabilité qu'a un sujet d'exercer réellement ses droits* », mais elles ne doivent pas atteindre « *nécessairement leur but* »<sup>1422</sup>. L'égalité de résultat, contrairement à l'égalité des chances, est porteuse en son sein d'un résultat qu'elle affiche de manière autoritaire et « *directe* »<sup>1423</sup>. On se trouve ici en face d'une mesure d'égalité plus « *radicale* »<sup>1424</sup> car nécessitant « *un degré d'intensité supplémentaire* »<sup>1425</sup>. Là où l'égalité des chances se contentait d'agir sur les chances initiales de chaque sujet afin que le résultat ne soit pas faussé<sup>1426</sup>, l'égalité de résultat détermine le résultat à atteindre de manière plus directe, et pourrait-on dire plus violente. Cette sorte d'égalité porte en elle « *la certitude d'une issue définitive* »<sup>1427</sup>. Elle trouve une correspondance avec la 6<sup>ème</sup> forme de justice distributive déterminée par M. Perelman<sup>1428</sup> qu'il dénomme : « *à chacun ce que la loi lui attribue* ». C'est la dernière étape de la justice distributive qui « *ne se contente pas de poser des conditions ou d'organiser l'exercice des droits* »<sup>1429</sup>, mais donne directement le résultat que la norme vise.

**312** - On peut constater dès lors que l'égalité de résultat, en instituant des normes qui ne s'accompagnent que d'objectifs chiffrés définitifs, ne représente pas qu'un simple degré supplémentaire par rapport à l'égalité des chances<sup>1430</sup>, mais est en soi un instrument égalitaire différent<sup>1431</sup>. En effet, même si l'égalité des chances vise à l'aboutissement d'une égalité concrète, et qu'elle veut modifier en ce sens les résultats, elle n'appuie pas directement ses

---

<sup>1422</sup> A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305.

<sup>1423</sup> P. Daillier, *Egalité de traitement et égalité des chances en droit communautaire*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 173.

<sup>1424</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 188.

<sup>1425</sup> H. Chavrier, E. Honorat, G. de Bergues, *L'égalité de traitement : Kalanke*, DA, 1996, p. 284 ; L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

<sup>1426</sup> M-C. Laval-Reviglio, *Egalité et éducation : les discriminations justifiées, l'exemple de Sciences-Po*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 115 : L'égalité des chances exige de « *placer les individus sous certains rapports dans une situation identique, en tenant compte des différences réelles qui les caractérisaient et en les corrigeant.* »

<sup>1427</sup> F. von Hayek, *Droit, législation et liberté. Le mirage de la justice sociale*, Tome 2, Traduit de l'allemand par R. Audouin, PUF, Coll. Quadrige, 1976, p. 151.

<sup>1428</sup> C. Perelman, *De la justice*, in « Justice et raison », Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1972, p. 15.

<sup>1429</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 130.

<sup>1430</sup> Pour cette interprétation : Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 69.

<sup>1431</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 188

actions sur ces derniers. Elle ménage l'égalité formelle pour la rendre concrète<sup>1432</sup>, mais elle garde les mêmes principes de base quant à son fonctionnement, notamment l'égalité en fonction des mérites et des vertus. Au contraire, l'égalité de résultat, en prévoyant directement les résultats à atteindre par l'intermédiaire de la norme égalitaire, met à l'écart ce principe de respect des mérites respectifs des sujets. L'égalité des résultats remet alors en cause les fondements de l'égalité classique en acculant le législateur à remplir une obligation de résultat. Là où l'égalité des chances ménage l'égalité formelle et l'égalité concrète, l'égalité de résultat nie l'égalité formelle pour ne s'attacher cette fois qu'à une égalité substantielle<sup>1433</sup>. C'est en quelque sorte la concrétisation en matière d'égalité de l'expression selon laquelle "la fin justifie les moyens". L'égalité concrète étant le but du principe d'égalité, il est nécessaire de l'atteindre, et ce quels que soient les moyens qui doivent être mis en œuvre pour y parvenir. Il ne s'agit plus d'un aménagement du principe d'égalité tel que conçu actuellement, mais d'une réelle substitution de concepts. Sur ce point, la Cour de Luxembourg a nettement affirmé que de telles normes étaient prohibées. Ainsi, dans l'arrêt Kalanke, où étaient prévus des quotas rigides d'accès à un emploi au bénéfice des femmes, la Cour a indiqué clairement qu'une « *réglementation qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive. Il convient d'ajouter en outre qu'un tel système [...] substitue à la promotion de l'égalité des chances [...], le résultat auquel seule la mise en œuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir* <sup>1434</sup> ». Une telle politique ne tient pas compte des mérites pour s'intéresser seulement au résultat égalitaire. Tout comme dans la stricte égalité formelle, la véritable égalité substantielle se trouve niée. En effet, cette forme de quotas impose un certain nombre de femmes à certains postes, et cela même si elles ne bénéficient pas des qualifications équivalentes aux hommes qui sont en concurrence pour ce poste et en ont été évincés. D'une part, cela remet en cause l'égalité fondée sur les mérites, dont nous avons déjà vu qu'elle était introduite dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; d'autre part, l'égalité substantielle visée soi-disant par ces mesures n'est pas réalisée. Si des femmes sous-qualifiées obtiennent des postes face à des hommes qualifiés, ces derniers sont en droit de se plaindre

---

<sup>1432</sup> Pour prendre l'exemple des femmes, l'égalité des chances ne fait que « *mettre les femmes en situation d'obtenir les mêmes résultats que les hommes* » : L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

<sup>1433</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 158.

<sup>1434</sup> CJCE, 17.10.1995, Kalanke, C-450/93, rec. p. I-3051.

d'une discrimination<sup>1435</sup>. L'égalité concrète se trouve encore niée par cette action<sup>1436</sup>. L'obligation de réaliser l'égalité n'est en aucun cas une obligation de résultat. Elle est quasiment impossible à mettre en œuvre pour les Etats, ce qui se traduit en pratique par des situations qui bafouent l'égalité. L'obligation de résultat nie l'égalité concrète et fait basculer l'action non vers les discriminations positives, mais vers les discriminations à rebours où la situation inégalitaire ne fait que s'inverser. Puisque l'égalité n'est pas obtenue avec une obligation de résultat, lorsque celle-ci se rencontre en pratique, elle doit être éliminée par l'intervention du principe de proportionnalité<sup>1437</sup>. Cela montre combien c'est l'aspect concret de l'action en matière d'égalité qui est important. Cette orientation est renforcée par la lutte contre les discriminations concrètes qui a reçu un appui très fort du droit communautaire.

## **2. Une obligation de réaliser l'égalité par la lutte contre les discriminations concrètes**

**313** - L'apport du droit communautaire en matière d'égalité est fondamental. De manière surprenante, ce n'est pas vraiment la recherche d'une égalité substantielle – bien qu'elle soit mise en oeuvre - qui a permis une concrétisation de l'égalité, mais la lutte contre les discriminations avec le développement de nouvelles notions de discriminations. La Cour de Strasbourg ainsi que le droit interne ne sont pas restés insensibles à ces nouvelles inégalités et l'essor de leur lutte permet à l'obligation de réaliser l'égalité d'être consolidée, confortant ainsi l'action nécessaire des discriminations positives. Deux types de discriminations constituent depuis longtemps une préoccupation majeure du droit communautaire : les discriminations matérielles qui apparaissent dès qu'une situation différente n'est pas traitée de manière différente et les discriminations indirectes qui demande au législateur d'entrevoir les conséquences pratiques d'une norme en apparence neutre.

---

<sup>1435</sup> C'était d'ailleurs le point central de l'arrêt Kalanke.

<sup>1436</sup> Pour un avis différent : M. A. Saggio, 10.06.1999, Conclusions sous l'affaire Badeck, C-158/97 : « Si la nécessité de concilier le principe général de non-discrimination et les actions positives en faveur des femmes devait impliquer purement et simplement l'illicéité de toute action positive prévoyant la réalisation d'un résultat effectif, tel que le recrutement, cela réduirait énormément la portée des actions en les vidant de leur contenu et en les assimilant à celles de nature auxiliaire, qui ne constituent pas toujours de correctifs efficaces aux inégalités sociales ».

<sup>1437</sup> Voir les développements infra sur le contrôle de proportionnalité, § 348 et s..



### **a. La lutte contre les discriminations matérielles**

**314** - Le principe d'égalité classique lutte contre les discriminations, mais comme l'égalité a ici un sens formel, les discriminations censurées sont elles aussi uniquement formelles<sup>1438</sup>. La lutte contre les discriminations s'arrête à la différence de traitement juridique. Cela reste d'ailleurs le point de référence central de la jurisprudence française puisque le traitement différent des situations différentes reste une faculté<sup>1439</sup>. En conséquence, traiter de manière identique des situations différentes n'est pas une discrimination interdite. Instiller une dose de concret dans l'égalité veut dire aussi qu'il faut lutter contre les discriminations concrètes et non plus seulement formelles. Il faut censurer les discriminations matérielles, c'est-à-dire les législations qui prévoient un traitement identique à des situations différentes. Le dépassement de l'égalité formelle est patent puisque le fait que le traitement identique puisse installer une discrimination interdite signifie que c'est l'aspect concret qui détermine la discrimination interdite. C'est une autre manière de poursuivre l'obligation de réaliser commencée avec l'égalité des chances, et c'est le droit communautaire qui a le premier lutté contre l'aspect concret des discriminations. Lorsque ce sont les discriminations positives qui sont amenées à être appliquées, l'affirmation de cette lutte se fait moins forte. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme lutte également contre ces discriminations matérielles, mais il a fallu attendre les années 2000 pour que cela apparaisse distinctement. Depuis, les arrêts rendus dans ce domaine ne reflètent pas toujours une volonté absolue de la Cour de s'afficher en tant que pourfendeuse des discriminations matérielles. Le principe général d'une lutte est incontestablement présent, mais les remparts de l'obligation de réaliser l'égalité par la lutte contre les discriminations se fissurent au contact des discriminations positives, ce qui est critiquable aussi bien juridiquement qu'humainement.

---

<sup>1438</sup> Pour une application en tant que discrimination opposée aux discriminations matérielles : G. Cosmas, 21.09.1999, Conclusions sous CJCE, 01.10.2000, Ferlini, C-411/98, rec. p. I-8081. L'expression peut aussi être utilisée en tant que synonyme de discrimination directe puisqu'une discrimination formelle est une différence de traitement prévue par la loi : CJCE, 15.03.2003, Salzmann, C-300/01 ; J. Mischo, 19.10.2000, Conclusions sous CJCE, 29.03.2001, Portugal c/ Commission, C-163/99 ; D. Ruiz-Jarabo Colomer, 18.05.2000, Conclusions sous CJCE, 12.07.2001, Smits et Peerbooms, C-157/99.

<sup>1439</sup> CE, 16.02.2004, Confédération générale du travail, n° 263181, rec. p. 74.

α. Le principe acquis d'une lutte contre les discriminations matérielles

**315** - La Cour de justice des Communautés européennes a très tôt affiché la plénitude de la notion de discrimination en affirmant qu'une norme discriminatoire était tout aussi bien celle qui prévoit un traitement différent des situations identiques que celle traitant des situations différentes de manière identique<sup>1440</sup>. Depuis, elle ne cesse de réaffirmer qu'une discrimination « *consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes* <sup>1441</sup> ». L'avocat général M. Ruiz-Jabaro Colomer dans l'affaire Busch<sup>1442</sup> a parfaitement expliqué les tenants et les aboutissants d'une discrimination matérielle. Il estime, en effet, qu'une femme enceinte qui est réintégrée avant la fin de son congé d'éducation se retrouve en situation d'activité, contrairement à une autre femme enceinte qui continue son congé d'éducation, qui fait partie, elle, de la population inactive. « *Ces deux femmes se trouvant dans des situations distinctes, le fait de leur accorder le même traitement constituerait une violation du principe d'égalité* ».

**316** - La Cour européenne des droits de l'homme applique la même notion de discrimination matérielle, mais elle a attendu plus longtemps pour l'afficher de manière claire. En 1968, elle avait déjà indiqué que distinction ne rime pas toujours avec discrimination<sup>1443</sup>, mais elle intègre la notion de discrimination matérielle à l'article 14 seulement avec l'arrêt Thlimmenos en 2000. Elle y observe que « *La Cour a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention lorsque les Etats font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues. Toutefois, elle estime que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans*

---

<sup>1440</sup> CJCE, 17.07.1963, Italie c/ Commission, C-13/63, rec. p. 337, point 4.

<sup>1441</sup> CJCE, 21.10.1999, Lewen, C-333/97 ; CJCE, 17.06.1998, Hill, C-243/95 ; CJCE, 13.02.1996, Gillespie, C-342/93, rec. 1996, p. I-475 ; CJCE, 30.06.1998, Brown c/ Rentokil Ltd, C-394/96, rec. p. I-4185 ; CJCE 27.10.1998, Boyle, C-411/96 ; CJCE, 14.02.1995, Schumacker, C-279/93, rec. p. I-225 ; Conclusions Avocat général M. Ruiz-Jabaro Colomer, 04.03.1999, Lewen, C-333/97.

<sup>1442</sup> Conclusions Avocat général M. Ruiz-Jabaro Colomer, 20.11.2002, Busch, C-320/01.

<sup>1443</sup> CEDH, 23.07.1968, « Affaire linguistique belge », Série A-6, § 10, AFDI, 1968, p. 201, obs. R Pelloux.

*justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes*<sup>1444</sup>». Cette affirmation semble indiquer que la Cour accepte d'offrir une protection plus stricte en matière d'égalité en faisant du traitement différent une obligation dès lors que les situations présentent des dissemblances. Cela offre un poids juridique plus fort aux mesures différenciatrices, mais la Cour peine à rencontrer des litiges lui permettant de confirmer cette jurisprudence. Cependant, elle a montré à diverses reprises son attachement à cet arrêt en le citant plusieurs fois sur ce point précis. L'arrêt *Posti et Rahko*<sup>1445</sup> rappelle ainsi l'ensemble de l'orientation de l'article 14. L'arrêt *Fretté* se réfère également à la nécessité des mesures différenciatrices en affirmant que « *Le droit de jouir des droits garantis par la Convention est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes*<sup>1446</sup> ». La règle semble conserver son caractère impératif comme l'affirmait la jurisprudence *Thlimmenos*. Cependant, d'autres arrêts, tout en reprenant le mécanisme des mesures différenciatrices se montrent plus flou sur ce caractère obligatoire. L'arrêt de grande chambre *Natchova*<sup>1447</sup>, citant l'arrêt de chambre indique que « *l'absence de distinction dans la façon dont les situations qui sont essentiellement différentes sont gérées peut constituer un traitement injustifié inconciliable avec l'article 14 de la Convention*<sup>1448</sup> ». Le fait d'indiquer que l'absence de traitement différent peut constituer une discrimination contraire à l'article 14 induit que ce n'est pas toujours le cas. L'absence de distinction de situations différentes peut être en adéquation avec la Convention. La limite semble être alors celle qui prévaut en matière de traitement identique de situations semblables c'est-à-dire la présence d'une justification objective et raisonnable<sup>1449</sup>. Cette jurisprudence n'indique donc pas la force de la règle, mais simplement la possibilité que la différence de traitement peut être aussi bien justifiée que non justifiée, tout comme l'absence de mesure différenciatrice. Le principe de la lutte contre les discriminations matérielles n'apparaît pas aussi fort qu'il le faudrait. Le droit interne est très

---

<sup>1444</sup> § 44, CEDH, 06.04.2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. 34369/97, Rec. 2000-IV.

<sup>1445</sup> CEDH, 24.09.2002, *Posti et Rahko c/ Finlande*, req. 27824/95, rec. 2002 VII.

<sup>1446</sup> CEDH, 26.02.2002, *Fretté c/ France*, req. 36515/97, Rec. 2002-I, § 39.

<sup>1447</sup> CEDH, Gde Ch., 06.07.2005, *Natchova et autres c/ Bulgarie*, req. 43577/98, 43579/98.

<sup>1448</sup> *Ibid.*, § 160. La même solution avait déjà été donnée dans les arrêts concernant le traitement des tsiganes par les autorités anglaises : CEDH, 18.01.2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, req. 27238/95, rec. 2001-I ; CEDH, 18.01.2001, *Jane Smith c/ Royaume-Uni*, req. 25154/94 ; CEDH, 18.01.2001, *Lee c/ Royaume-Uni*, req. 25289/94 ; CEDH, 18.01.2001, *Coster c/ Royaume-Uni*, req. 24876/94 ; CEDH, 18.01.2001, *Beard c/ Royaume-Uni*, req. 24882/94.

<sup>1449</sup> C'est la justification mis en avant par l'arrêt *Fretté* (CEDH, 26.02.2002, *Fretté c/ France*, req. 36515/97, rec. 2002-I) ou encore l'arrêt *Chapman* (CEDH, 18.01.2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, req. 27238/95, rec. 2001-I).

en retrait sur ce point, et les discriminations positives sont parfois dans une situation de désavantage au sein de cette lutte.

β. Un principe de lutte contre les discriminations matérielles  
à réaffirmer

**317** - C'est bien d'un principe juridique dont il s'agit car le raisonnement est clair, réaffirmé sans cesse avec force par la norme et sans particulière ambiguïté. L'analyse de la jurisprudence laisse néanmoins apparaître des failles, quelle que soit la juridiction. Si les juridictions européennes donnent des exemples de recul du principe, ce dernier n'est pas appliqué en droit interne.

**- Des contradictions communautaires et européennes**

**318** - Le droit communautaire, de qui la remise en cause de la lutte contre les discriminations matérielle est difficilement envisageable, est pourtant le premier à faire une entorse<sup>1450</sup>. De plus, il y procède dans un domaine qui comprend des discriminations positives. L'article 141 tel qu'inscrit dans le traité d'Amsterdam indique que « *pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle* ». Il ne s'agit par conséquent que d'une simple faculté laissée

---

<sup>1450</sup> Certaines espèces, rares il est vrai, utilisent des termes qui s'apparentent plus à la faculté qu'à l'obligation. Pour un exemple : CJCE, 16.09.1999, Abdoulaye et autres, C-218/98, Point 22 : « *Il convient, dès lors, de répondre à la juridiction nationale en ce sens que le principe d'égalité des rémunérations consacré à l'article 119 du traité ne s'oppose pas au versement d'une allocation forfaitaire aux seuls travailleurs féminins qui partent en congé de maternité, dès lors que cette allocation est destinée à compenser les désavantages professionnels qui résultent pour ces travailleurs de leur éloignement du travail* ».

aux Etats, comme l'a d'ailleurs relevé le tribunal de première instance en 2005 concernant les mesures spécifiques destinées aux femmes qui travaillent à la Commission des Communautés Européennes<sup>1451</sup>. La Directive 76-207<sup>1452</sup>, en son article 2 §4, procède de même en indiquant qu'elle « *ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes* » en matière professionnelle. Il s'agit dans les deux cas de la reconnaissance de l'existence de situations différentes entre les hommes et les femmes, à travers les termes de « *désavantages* » et « *inégalités de fait* », mais cette fois le traitement différent n'est pas automatique et relève d'une simple faculté des Etats membres. Ils sont ainsi « *invités* » mais non « *contraints* » de prendre en compte ces différences de situation<sup>1453</sup>. Certains auteurs parlent à cet égard de « *marge d'appréciation élevée*<sup>1454</sup> » laissée aux Etats membres. Nous nous trouvons devant une situation jurisprudentielle déconcertante où la Cour et le Tribunal peuvent faire montre d'une volonté exemplaire de combattre les discriminations matérielles et ainsi imposer les discriminations positives, tout en se servant des textes communautaires afin de laisser les Etats membres maîtres du jeu égalitaire. Cette situation ambivalente est fortement critiquable. La Cour peut se retrancher derrière les termes de l'article 141 ou de la directive 76-207 afin de laisser un Etat ne pas combattre des inégalités constatées alors même qu'elle affirme, de manière générale et inconditionnelle, la prohibition de toute discrimination matérielle. Dès lors que les discriminations matérielles sont reconnues, elles devraient logiquement toujours emporter comme conséquence une différence de traitement, quel que soit le type de discrimination matérielle constatée. Ce constat est peu encourageant pour les discriminations positives qui s'appuient directement sur les deux textes précités afin d'être mises en place et échappent ainsi à la contrainte jurisprudentielle sur les discriminations matérielles. Cette position du droit communautaire est difficilement compréhensible voire schizophrénique car les discriminations positives constituent une forme de lutte contre les discriminations matérielles dans le sens où elles réagissent face à une situation différente due

---

<sup>1451</sup> TPICE, 03.02.2005, Mancini c/ Commission, T-137/03, point 120 : « *Toutefois, à supposer que le prescrit de l'article 141, paragraphe 4, CE soit opposable à la Commission, il importe de relever que cette disposition n'ouvre qu'une faculté et non une obligation de procéder à des discriminations positives en faveur des femmes.* » Le Tribunal avait déjà admis la même solution quasiment dans les mêmes termes concernant le Parlement : TPICE, 23.01.2003, T-181/01, Hectors c/ Parlement européen, point 127 : « *A supposer que le prescrit de l'article 141, paragraphe 4, CE, soit opposable au Parlement, il importe aussi de relever que, tel que l'allègue le Parlement, cette disposition n'ouvre qu'une faculté et non une obligation de procéder à des discriminations positives en faveur des femmes* ».

<sup>1452</sup> Directive, 09.02.1976, 76-207, JOCE, n° L39, p. 40.

<sup>1453</sup> G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 15.

<sup>1454</sup> A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305.

aux conséquences négatives de préjugés. Elles doivent donc suivre la jurisprudence Italie contre Commission et être obligatoirement mises en places sous peine de laisser perdurer une situation qui a tout d'une discrimination matérielle<sup>1455</sup>. Cependant, au regard de la simple faculté laissée par les textes, ne pas avoir recours à une discrimination positive est possible. Il est difficile de justifier du retrait du principe pour les obstacles de fait qui ôtent la possibilité de réaliser une égalité dans les faits. Cela l'est d'autant plus au regard de la place centrale qu'occupent les discriminations positives au sein de l'égalité des chances<sup>1456</sup>. Cependant, la liberté des Etats de recourir aux discriminations positives est loin d'être absolue. Dans l'arrêt Mangold<sup>1457</sup>, la Cour estime que « *le respect du principe général de l'égalité de traitement, en particulier en fonction de l'âge, ne saurait, comme tel, dépendre de l'expiration du délai accordé aux États membres pour transposer une directive destinée à mettre en place un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge, notamment en ce qui concerne l'organisation des voies de recours appropriées, la charge de la preuve, la protection contre les rétorsions, le dialogue social, les actions positives et d'autres mesures spécifiques de mise en œuvre*<sup>1458</sup> » de la directive 2000/78<sup>1459</sup>. Les discriminations positives sont, dans l'esprit de la Cour, parmi les mesures prioritaires pour les Etats afin de parvenir à une égalité substantielle. Au regard de ce récent aveu, il est difficile de penser qu'une simple faculté puisse être en accord avec la nouvelle force donnée à la nécessité de ces mesures. La mise en place des discriminations positives ne saurait attendre le délai d'expiration de cette directive, laquelle, pourtant, à l'image de toutes celles qui prévoient les discriminations positives, ne fait de ces mesures qu'une simple faculté. Cet arrêt marque sans doute la prise de conscience de la Cour qu'une attitude offensive est nécessaire afin de faire respecter l'égalité réelle et que les discriminations positives font partie des mesures qui présentent une certaine efficacité pour cela. La jurisprudence Mangold demande une confirmation afin de marquer définitivement l'évolution de la jurisprudence communautaire dans le sens d'une obligation plus stricte pour l'Etat. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme semble *a priori* plus demandeuse d'actions de la part des Etats membres, mais quelques flottements se font encore sentir.

---

<sup>1455</sup> CJCE, 17.07.1963, Italie c/ Commission, C-13/63, rec. p. 333.

<sup>1456</sup> Sur cette relation : J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, Droit privé, Coll. Précis, 2<sup>ème</sup> édition, § 104.

<sup>1457</sup> CJCE, 22.11.2005, Mangold, C-144/04, Europe, 01.2006, Comm., p. 19, n° 18, note L. Idot ; D, 2006, Jur. P. 557, note O. Leclerc.

<sup>1458</sup> Point 76 de l'arrêt.

<sup>1459</sup> Directive, 27.11.2000, 2000/78/CE, portant création d'un cadre générale en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

**319** - Le peu de jurisprudence intervenue depuis l'arrêt Thlimmenos rappelle généralement le principe qu'il déclare. Toutefois, un arrêt plus récent sème le doute. Dans l'arrêt *Stec*<sup>1460</sup>, la Cour semble incliner vers la faculté pour les Etats membres de mettre en œuvre des différences de traitement en cas de situations dissemblables : « *L'article 14 n'interdit pas à un Etat membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des "inégalités factuelles" entre eux*<sup>1461</sup> ». Le vocable employé, ainsi que la manière de passer par une construction de phrase négative, fait fortement penser aux directives communautaires sur l'égalité et aux jurisprudences des juridictions françaises. La Cour rajoute à cette déclaration de principe que « *de fait, dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause*<sup>1462</sup> ». Cette explication supplémentaire tend plutôt à considérer la différence de traitement comme la règle et l'absence justifiée comme une exception. La jurisprudence Thlimmenos est confirmée par la Cour pour laquelle elle sert de référence<sup>1463</sup>, même si des doutes peuvent être émis sur l'impérativité de la règle qu'elle avait initialement consacrée. La distinction dans le traitement des situations différentes relève donc au minimum d'une faculté et au maximum d'une obligation. Dans tous les cas, y compris dans l'arrêt *Stec*, la Cour semble reconnaître que la règle reste le traitement différent. Elle semble plutôt ici mettre en adéquation sa jurisprudence sur les discriminations matérielles avec le protocole n°12. En effet, ce dernier donne plus de force à l'égalité en lui donnant son indépendance. Il peut être appliqué en dehors de toute combinaison avec un article de la Convention. La rédaction de ce protocole était l'occasion de redéfinir l'égalité, telle que protégée par la Convention, et de lui donner une force supplémentaire en faisant du traitement différencié une règle à part entière dont la force est égale à celle du traitement identique. Le protocole reste pourtant flou et les apports du rapport explicatif semblent plutôt soutenir une faculté de traiter des situations

---

<sup>1460</sup> CEDH (gde ch.), 12.04.2006, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, req. 65731/01, 65900/01.

<sup>1461</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>1462</sup> *Ibid.*. La Cour cite à cet égard l'arrêt Thlimmenos, mais également l'arrêt Linguistique belge (CEDH, 23.07.1968, affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique, req. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, Série A 6) dans lequel la Cour avait déjà dit que le fait de distinguer n'est pas automatiquement synonyme de discriminer (§ 10 de l'arrêt). Sur ce dernier point : R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 238.

<sup>1463</sup> Certains juges se servent de manière personnelle de la jurisprudence Thlimmenos afin de regretter que la Cour n'aille pas plus loin dans l'application de l'article 14. Voir l'opinion dissidente commune des juges Pastor Ridruejo, Bonello, Tülkens, Straznicka, Lorenzen, Fischbach, Casadevall sous CEDH, 18.01.2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, req. 27238/95, rec. 2001-I ainsi que l'opinion dissidente de M le juge I. Cabral Barreto, sous CEDH, 07.02.2006, *D.H. c/ République tchèque*, req. 57325/00.

différentes de manière différente<sup>1464</sup>. L'arrêt Stec est plus en adéquation avec le protocole n° 12<sup>1465</sup> en permettant une lecture plus souple de la discrimination matérielle et des obligations de l'Etat en la matière. Cette position est critiquable du point de vue de la sécurité juridique, mais aussi en tant qu'application d'une jurisprudence soucieuse de la protection effective des droits. Très attentive aux obligations de l'Etat, jusqu'à donner un effet horizontal à la Convention en s'appuyant sur les obligations positives de l'Etat<sup>1466</sup>, il est paradoxal qu'elle ne se contente que d'une lutte laissée à la discrétion des Etats membres alors même qu'il s'agit ici pour eux d'une obligation de réaliser l'égalité correspondant à la dynamique des obligations positives<sup>1467</sup>. Or, les Etats - et particulièrement la France - ne se montrent pas volontaires dans cette lutte contre les discriminations.

#### - Une lutte contre les discriminations matérielles facultative en droit français

**320** - *« Le principe d'égalité, s'il implique qu'à des situations semblables il soit appliqué des règles semblables, n'interdit nullement qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes »*<sup>1468</sup>. S'il n'existe aucune interdiction, pour autant, le traitement différent n'est pas impératif. La règle est rappelée de manière constante sous la forme d'une litanie selon laquelle *« le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui*

---

<sup>1464</sup> Préambule du protocole n° 12 : *« le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective »*.

<sup>1465</sup> Ce n'est pas la première fois que la Cour semble prendre en compte le protocole n° 12 avant qu'il ne soit entré en vigueur ou en relation avec des espèces où il n'est pas applicable : CEDH, 26.02.2002, Fretté c/ France, req. 36515/97, rec. 2002-I. Sur ce point : *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, PUF, 2005, p. 85. Le protocole n° 12 n'a été ratifié à ce jour par une quinzaine de pays, mais le fait qu'il vienne conforter un droit déjà existant dans le texte initial de la Convention ne peut qu'amener la Cour à orienter l'ensemble de sa jurisprudence vers les orientations choisies par ce nouveau protocole. Les pays ne l'ayant pas ratifié – comme la France par exemple – subiront à coup sûr les modifications de la jurisprudence entraînées par ce protocole.

<sup>1466</sup> Pour un exemple : CEDH, 09.01.1994, Lopez Ostra c/ Espagne, req. 16798/90, A303-C, JDI, 1995, p. 798, obs. P. Tavernier ; RUDH, 1995, p. 112, Chr. F. Sudre ; RTDCiv, 1996, p. 507, Chr. J-P. Margunaud.

<sup>1467</sup> Pour une analyse sur la relation entretenue entre obligation positive et obligation de réaliser : O. de Schutter, *Les générations de droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux*, in « Juger les droits sociaux », Actes du colloque Organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ, n° 2, Pulim, 2004, p. 13.

<sup>1468</sup> CC, 30.12.1997, 97-395 DC, Loi de finances pour 1998.



en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit<sup>1469</sup>». Cette «*formule standard*<sup>1470</sup>» est reprise par les hautes juridictions judiciaires et administratives. La Cour de cassation, se fondant soit sur un texte particulier<sup>1471</sup>, soit sur le principe général d'égalité devant la loi<sup>1472</sup>, admet qu'il n'est pas interdit d'appliquer des règles différentes à des

---

<sup>1469</sup> CC, 07.01.1988, 97-232 DC, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole ; CC, 04.07.1989, 89-254 DC, Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations ; CC, 09.01.1990, 89-266 DC, Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ; CC, 06.12.1990, 90-280 DC, Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux ; CC, 08.01.1991, 90-283 DC, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme ; CC, 06.05.1991, 91-291 DC, Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes ; CC, 09.05.1991, 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse ; CC, 29.07.1991, 91-297 DC, Loi portant réforme hospitalière ; CC, 29.07.1991, 91-296 DC, Loi portant diverses mesures d'ordre social ; CC, 15.01.1992, 91-304 DC, Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; CC, 20.01.1993, 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ; CC, 06.07.1994, 94-341 DC, Loi relative à la date du renouvellement des conseillers municipaux ; CC, 03.08.1994, 94-348 DC, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes ; CC, 28.12.1995, 95-369 DC, Loi de finances pour 1996 ; CC, 16.07.1996, 96-377 DC, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'action publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire ; CC, 20.03.1997, 97-388 DC, Loi créant les plans d'épargne retraite ; CC, 18.12.1997, 97-393 DC, Loi de financement pour la sécurité sociale pour 1998 ; CC, 06.03.1998, 98-397 DC, Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux ; CC, 10.06.1998, 98-401 DC, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction de temps de travail ; CC, 25.06.1998, 98-402 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ; CC, 29.07.1998, 98-403 DC, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions ; CC, 29.12.1998, 98-405 DC, Loi de finances pour 1999 ; CC, 13.01.2000, 99-423 DC, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail ; CC, 27.07.2000, 2000-433 DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; CC, 07.12.2000, 2000-435 DC, Loi d'orientation pour l'outre-mer ; CC, 28.12.2000, 2000-441 DC, Loi de finances rectificative pour 2000 ; CC, 11.07.2001, 2001-450 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel ; CC, 06.12.2001, 2001-452 DC, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier ; CC, 27.12.2001, 2001-456 DC, Loi de finances pour 2002 ; CC, 12.01.2002, 2001-455 DC, Loi de modernisation sociale ; CC, 22.08.2002, 2002-460 DC, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure ; CC, 12.12.2002, 2002-463 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003 ; CC, 27.12.2002, 2002-467 DC, Loi de finances pour 2003 ; CC, 03.04.2003, 2003-468 DC, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques ; CC, 26.06.2003, 2003-472 DC, Loi « urbanisme et habitat » ; CC, 17.07.2003, 2003-474 DC, Loi de programme pour l'outre-mer ; CC, 14.08.2003, 2003-483 DC, Loi portant réforme des retraites ; CC, 04.12.2003, 2003-485 DC, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile ; CC, 18.12.2003, 2003-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité ; CC, 29.12.2003, 2003-488 DC, Loi de finances rectificative pour 2003.

<sup>1470</sup> L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mlin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Tremeau, Dalloz Précis, Coll. Droit public science politique, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, § 417.

<sup>1471</sup> Cass. Com, 15.10.1985, n° 83-15911, Bull, 1985 IV, n° 240, p. 202 : « *Attendu que l'article 37 de la loi du 27 décembre 1973 ne fait pas obstacle à un traitement différent de situations différentes* ». Il s'agissait en l'occurrence de déterminer s'il existait une différence de situation entre un concessionnaire et les autres acheteurs de la société Esso n'ayant pas la même qualité professionnelle. Etait alors en cause l'article 37 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 Loi d'orientation du commerce et de l'artisanat.

<sup>1472</sup> Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 24.06.1994, n° 95-13100, Inédit titré : « *Le principe d'égalité devant la loi n'interdit pas l'application de règles différentes à des situations différentes* » ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 24.06.1997, n° 95-13100, Inédit titré.

situations différentes, dissemblables<sup>1473</sup> ou non similaires<sup>1474</sup>. Un employeur peut ainsi justifier une différence de traitement entre ses salariés sans encourir de sanction judiciaire. En effet, dans le cadre d'une discrimination entre salariés, il appartient au salarié de rapporter les éléments de preuve attestant d'un traitement inégal. Cela n'est toutefois pas suffisant pour accepter une quelconque discrimination puisque l'employeur peut justifier la différence de traitement en démontrant qu'il existe une différence de situation entre le salarié se plaignant d'une discrimination et les autres<sup>1475</sup>. Pour la Cour de cassation, le traitement différent reste une faculté. Le Conseil d'Etat a une position de principe identique puisqu'il affirme inlassablement que « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que les situations différentes soient réglées de manière différente* <sup>1476</sup> ». Il pose parfois cette règle avec des termes différents, mais toujours de façon négative : le principe d'égalité de traitement entre agents d'un même corps<sup>1477</sup> et l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1478</sup> « *ne font pas obstacle* » à l'établissement de règles différentes dans le cadre de situations différentes. En conclusion, le Conseil d'Etat estime que la présence de situations différentes « *n'exclut pas* <sup>1479</sup> » la présence de traitements différents. Il est ainsi admis qu'un décret prévoyant un seuil minimal d'heures de nuit identique pour les salariés travaillant de nuit de manière régulière et ceux travaillant de nuit de manière irrégulière, puisse être mis en place, alors que le Conseil constate dans le même temps une différence de situation entre ces deux

---

<sup>1473</sup> Cass. Soc, 15.06.2000, n° 98-12467, Inédit titré. Il s'agissait en l'espèce de déterminer l'identité de situation d'un travailleur frontalier avec un autre travailleur français afin de déterminer la légalité des différents régimes de recouvrement de la CSG et de RDS. Voir aussi : Cass. Soc, 16.11.2000, n° 99-10608, Bull, 2000 V, n° 376, p. 288 ; Cass. Soc, 15.06.2000, n° 98-12469, Bull, 2000 V, n° 232, p. 181, Cass. Soc, 20.12.2000, n° 98-19107, Inédit titré.

<sup>1474</sup> Cass. Com, 21.03.2000, n° 97-22116, Bull. Com, 2000, V, n° 66, p. 55.

<sup>1475</sup> Cass. Soc, 13.01.2004, n° 01-46407, Bull. Soc, 2004, V, n° 1, p. 1. La Cour rappelle qu'il « *appartient au salarié qui se prétend lésé par une discrimination salariale de soumettre aux juges les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de traitement, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination, justifiant l'inégalité de traitement dont se plaignent les salariés* ». En l'occurrence, l'employeur n'ayant pas démontré en quoi les situations des différents salariés présentaient des différences, l'arrêt de la Cour d'appel n'ayant pas admis la discrimination est cassé.

<sup>1476</sup> CE, 16.02.2004, Confédération générale du travail, n° 263181, rec. p. 74 ; CE, 10.12.2003, Syndicat solidaires – unitaires – démocratique – sud douanes, n° 219093, Inédit au recueil ; CE, 03.10.2003, Groupement des agriculteurs biologistes et bio dynamistes du Maine-et-Loire, n° 253696, rec. p. 631 ; CE, 29.09.2003, TF1, n° 243654, Inédit au Recueil ; CE, 23.07.2003, M. X., n° 253767, Inédit au Recueil Lebon ; CE, 04.02.2004, n°244591, Inédit au Recueil ; CE, 05.11.2003, Syndicat de la juridiction administrative, n°253515, rec. p. 622 ; CE, 02.04.2003, M. X., n° 225728 ; CE, 29.09.1999, n° 194317, Société d'édition « Documentation organique », Inédit au Recueil ; CE, 29.09.1999, Syndicat de la presse périodique culturelle et scientifique, n° 186227, 186356, rec. p. 680.

<sup>1477</sup> CE, 29.10.2003, Syndicat autonome des personnels navigants du groupement d'hélicoptères de la sécurité civile, n°244957, rec. p. 418.

<sup>1478</sup> CE, 18.03.1994, n°142121, Préfet du Rhône, Inédit au Recueil. La lecture de l'article 14 est ici plus en accord avec l'interprétation faite par la Cour européenne, car, contrairement à ce que nous avons pu voir précédemment avec la Cour de cassation l'arrêt Thlimmenos n'était pas encore intervenu.

<sup>1479</sup> CE, 12.05.1999, Confédération paysanne de l'Aveyron, n° 154897, Inédit au Recueil.

catégories de salariés<sup>1480</sup>. L'absence de sanction reste logique au regard du principe énoncé, mais les termes employés sont ambigus puisqu'il est dit que « *le principe d'égalité n'implique pas que des personnes se trouvant dans des situations différentes soient soumises à des régimes distincts* ». Ce n'est d'ailleurs pas la seule fois que le Conseil d'Etat utilise ces termes<sup>1481</sup>. Parallèlement, la même expression est utilisée dans le cas d'un traitement identique pour des situations différentes. Il est ainsi rappelé que « *le principe d'égalité n'implique pas que des personnes placées dans des situations différentes soient traitées de manière identique* <sup>1482</sup> ». Le principe d'égalité n'emporte donc aucun comportement particulier en cas de situations différentes. L'auteur de la norme attaquée peut donc valablement mettre en œuvre un traitement identique pour des situations différentes<sup>1483</sup>, mais il peut tout aussi valablement différencier les règles suivant les différentes situations<sup>1484</sup>. Il est possible de déduire de cette jurisprudence une prudence, voire une certaine circonspection, quant à la possibilité de pouvoir traiter de manière différente des situations présentant certaines différences<sup>1485</sup>. Cela se ressent particulièrement dans certains arrêts où le Conseil d'Etat, tout en admettant la diversité des possibilités d'action, se fonde sur la règle première qu'est l'égalité de traitement pour l'affirmer. Cette position lui permet de renforcer le traitement identique des situations équivalentes. Il est alors envisageable de prévoir des modalités particulières concernant la rémunération d'un second emploi dans l'enseignement supérieur - situation particulière - par rapport aux agents d'autres administrations. Cette différence de traitement n'est pas directement et explicitement justifiée par la différence de situation mais parce que « *l'égalité à laquelle ont droit tous les fonctionnaires se trouvant dans des*

---

<sup>1480</sup> CE, 13.10.2003, n° 251503, Groupement des entreprises de portage de presse, Inédit au Recueil.

<sup>1481</sup> CE, 24.10.2001, Confédération des syndicats médicaux français et autres, n° 224760, rec. p. 1198 ; CE, 22.11.1999, Roland, n° 196437, rec. p. 607 ; CE, 28.03.1997, Société Baxter, n° 179049, 179050, 179054, RFDA, 1997, p. 548, obs. F. Mélin-Soucramanien.

<sup>1482</sup> CE, 06.12.2002, M. X., n° 242927.

<sup>1483</sup> CE, 22.11.1999, Roland, n° 196437, rec. p. 607. Un arrêté peut prévoir les mêmes épreuves au concours d'agrégation interne d'éducation physique et sportive sans les différencier quant à l'âge des candidats, même si le Conseil d'Etat reconnaît que l'âge des candidats les place dans des situations différentes : « *Considérant que le principe d'égalité n'implique pas que les candidats à un même concours se trouvant dans des situations différentes soient soumis à des épreuves différentes ; qu'ainsi quelques soient les différences d'âge existant entre les candidats à l'agrégation interne d'éducation physique et sportive, l'arrêté du 27 avril 1995 a pu, sans méconnaître le principe d'égalité, soumettre tous les candidats aux mêmes épreuves* ».

<sup>1484</sup> CE, 16.02.1968, Sieur Vilain, n° 69249, 69289, 70718, rec. p. 118. Il est ainsi possible qu'un arrêté puisse prévoir des règles différentes entre les éleveurs car ceux-ci sont dans une situation différente suivant qu'ils adhèrent ou non à un organisme de défense sanitaire. Les opérations d'identification et de contrôle concernant certaines maladies animales peuvent être différenciées par l'intervention de ce critère d'appartenance à un organisme de défense sanitaire. Voir aussi : CE, 09.02.1994, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT, n° 111404, Inédit au Recueil ; CE, 21.02.1997, Ministre de l'environnement, n° 139504, rec. p. 713.

<sup>1485</sup> Certains auteurs semblent toutefois remarquer une certaine évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui tendrait vers une conception plus active de l'égalité qui imposerait plus un comportement qu'une simple abstention. Voir en ce sens : M-F Christophe Tchakaloff, *Le principe d'égalité*, AJDA, 1996, p. 168.

*situations semblables n'est pas rompue*<sup>1486</sup>». Constatation logique et indéniable, mais sans conséquence pratique puisque cette sorte d'égalité n'est pas concernée en l'espèce. Ce dernier exemple illustre, encore plus nettement que les précédents, cette référence permanente faite à la première règle égalitaire qui est le traitement identique de situations équivalentes. Le traitement différent des situations différentes est une possibilité pour l'auteur de la norme qui a le choix entre la démission face à la résistance des faits par rapport à la règle classique de droit<sup>1487</sup>, ou l'action en faveur du rétablissement d'une égalité dans les faits.

**321** - Certaines espèces avancent néanmoins vers une censure plus nette des discriminations matérielles. Le Conseil constitutionnel a ainsi accepté de sanctionner une loi qui ne distinguait pas le traitement de situations différentes. A propos d'un projet de loi fixant les modalités d'octroi de l'aide publique aux établissements privés sous contrat, il a été décidé qu'il n'était pas en conformité avec la Constitution car son article 2 prévoyait une aide pour les établissements privés qui ne devait pas dépasser celle allouée aux établissements publics accueillant le même nombre d'élèves. Il s'agissait donc d'un traitement identique, ce qui normalement n'amène jamais une sanction. Pourtant, le Conseil constitutionnel considère que cet article ne comporte pas de « *garanties suffisantes pour éviter que des établissements d'enseignement privés puissent se trouver placés dans une situation plus favorable que celle des établissements d'enseignement publics, compte tenu des charges et des obligations de ces derniers* »<sup>1488</sup>. Il s'agit bien ici de la constatation d'une différence de situation entre les établissements d'enseignement privé et public dont l'absence de prise en considération par le projet de loi entraîne la non conformité avec la Constitution. Le législateur est ainsi sanctionné pour ne pas avoir prévu de traitement différent pour des situations révélant certaines différences. Si l'on suit cette jurisprudence, cela voudrait signifier que les règles "à situations différentes, règles différentes" et "à situation identique, traitement identique" auraient la même valeur juridique. Cependant, selon M. Pellissier, il faut se garder d'une telle interprétation extensive de cette jurisprudence qui ne concerne qu' « *un problème très spécifique, celui des rapports entre l'enseignement public et privé* »<sup>1489</sup>. Il arrive également que le Conseil constitutionnel admette l'existence de situations différentes sans justifier leur traitement différent par ce biais. Concernant la loi portant réforme des retraites, il admet que

---

<sup>1486</sup> CE Ass, 09.10.1973, Sieur Siestrunk et autres, n° 85074, 85075, 85076, 85107, 85108, rec. p. 625. Voir aussi : CE, 29.07.1998, Fédération générale des clercs de notaire, n° 146319, 146337, rec. p. 704.

<sup>1487</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 1983, p. 25 et s..

<sup>1488</sup> CC, 13.01.1994, 93-329 DC, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privé par les collectivités territoriales, RFDA, 1994, n° 2, p. 209, note Genevois.

<sup>1489</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 32.

les femmes et les hommes se trouvent dans une situation différente quant au calcul des années de cotisation à cause de l'éducation des enfants et s'appuie pour se faire sur des données statistiques<sup>1490</sup>. Il ne s'agit plus ici de simples différences de situation mais d' « *inégalités de fait (...) qu'il appartenait au législateur de prendre en compte* <sup>1491</sup> ». Les termes employés se rapprochent plus de l'obligation que de la faculté. Il est possible de rétorquer que l'apparition du verbe "appartenir" pourrait se référer à un problème de compétence, mais il n'en est rien en l'espèce puisque le Conseil constitutionnel répondait sur la violation au fond du principe d'égalité. Le caractère obligatoire de la réaction est renforcé par l'affirmation selon laquelle ces mesures différenciatrices sont « *destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître* <sup>1492</sup> ». L'action normale est donc de faire disparaître les inégalités de fait constatées. Si l'on admet que le législateur a alors l'obligation de prendre en compte des différences de situation, c'est pour admettre en conséquence l'obligation qui lui est faite d'instituer un traitement différent. En effet, désolidariser les deux pans de cette activité normative conduit à un non sens. Jusqu'à présent, le traitement différent n'est qu'une simple faculté. La seule obligation reste le traitement identique de situations équivalentes. L'absence de prise en compte de la différence de situation n'a aucune conséquence aux yeux du juge constitutionnel puisque l'absence de traitement différent ne peut être sanctionnée. Seul le traitement différent de situations identiques peut être considéré. Dans tous les cas, un traitement identique - de situations équivalentes ou différentes - n'est pas contraire à la Constitution. Dans ce cas, il n'y a aucune raison objective pour que le Conseil constitutionnel impose la prise en compte des différences de situation. S'il en fait une obligation pour le législateur, c'est pour que ce dernier modifie son comportement en fonction, c'est-à-dire qu'il crée des règles différentes. Cette décision serait donc une porte ouverte à la valeur contraignante de la règle "à situations différentes, traitements différents". Pourtant, le Conseil change ensuite radicalement d'orientation en justifiant la différence de traitement entre les hommes et les femmes, non pas grâce à la différence de situation, mais par le biais de l'intérêt général : « *En raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la prévention des conséquences qu'aurait la suppression des dispositions de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale sur le niveau des pensions servies aux assurées dans les*

---

<sup>1490</sup> CC, 14.08.2003, 2003-483 DC, Loi portant réforme des retraites, Considérant 25 : « *Elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants ; qu'ainsi, en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes ; que les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieures de plus du tiers à celles des hommes* ».

<sup>1491</sup> Considérant 25.

<sup>1492</sup> Considérant 25.

années à venir, le législateur pouvait maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître<sup>1493</sup>». Nous atteignons ici le sommet du paradoxe. Les juges constitutionnels semblent enfin admettre une valeur contraignante à la règle “à situations différentes, traitements différents”, pour mieux abandonner cette règle au profit de l’intérêt général alors que le Conseil a fait rappel du principe selon lequel il existe deux dérogations autonomes à la règle classique de l’égalité : l’existence de situations différentes et l’intérêt général<sup>1494</sup>. Dans une autre décision de 1997<sup>1495</sup>, les juges constitutionnels avaient déjà admis qu’il « appartient au pouvoir réglementaire de fixer le revenu professionnel minimal ouvrant droit à la majoration de manière à ne pas introduire de discriminations injustifiées<sup>1496</sup> ». Or, ces dernières auraient été concrétisées si le pouvoir réglementaire n’avait pas tenu compte des contraintes spécifiques de chaque couple face à la charge que représente un enfant dans le foyer. Il apparaît que « même à revenu et nombre d’enfants égaux, la charge liée à la présence d’enfants au foyer est sensiblement différente selon qu’un seul membre du couple exerce une activité professionnelle ou selon qu’il s’agit d’une personne seule ou d’un couple dont les deux membres exercent une activité professionnelle effective, en raison des contraintes spécifiques liées à ces deux dernières situations<sup>1497</sup> ». Il n’y a par conséquent aucune violation du principe d’égalité puisque le pouvoir réglementaire a mis en place un système de « majoration du plafond de ressources à partir duquel les allocations familiales ne sont plus versées, lorsque la charge des enfants est assumée par une seule personne ou lorsque chacun des membres du couple dispose d’un revenu professionnel<sup>1498</sup> ». L’activité du Conseil constitutionnel consiste ici à justifier la différence de traitement par l’existence de situations différentes, mais il affirme au passage que le pouvoir réglementaire est obligé de prendre en considération ces différences. L’ambiguïté de l’argumentation de ces différents exemples laisse transparaître une considération des discriminations matérielles plus fortes que le principe de la faculté de réaction ne le laisse supposer. D’ailleurs, la Cour de cassation renforce elle aussi parfois sa lutte contre ces discriminations. Il lui est arrivé de sanctionner l’absence de règles distinctes. C’est ainsi qu’en matière d’enseignement, la Cour de cassation

---

<sup>1493</sup> Considérant 25.

<sup>1494</sup> Considérant 23 : « Le principe d’égalité ne s’oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu’il déroge à l’égalité pour des raisons d’intérêt général pourvu que, dans l’un et l’autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l’objet de la loi qui l’établit ».

<sup>1495</sup> CC, 18.12.1997, 97-393 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998.

<sup>1496</sup> Considérant 39.

<sup>1497</sup> Considérant 39.

<sup>1498</sup> Considérant 38.

a admis que le personnel de l'éducation nationale détaché dans un établissement d'enseignement privé n'avait pas à participer aux institutions représentatives du personnel sur certains points. Elle explique cette différence de traitement entre ces deux catégories de personnel par les garanties d'emploi offertes au personnel de l'éducation nationale et par le fait qu'il soit payé par l'Etat. Ces circonstances les amènent à être dans une situation différente des enseignants des établissements privés, ce qui justifie par là même leur différence de traitement. La Haute juridiction admet donc qu'à partir du moment où il existe une différence de situation, il faut prévoir des règles différentes, ce qui n'avait pas été fait en l'espèce<sup>1499</sup>. Elle avait auparavant donné la même solution pour des instituteurs détachés auprès d'une association médico-pédagogique<sup>1500</sup> et d'un institut médico-éducatif<sup>1501</sup>. Au même titre que la jurisprudence parallèle du Conseil constitutionnel sur les établissements d'enseignement<sup>1502</sup>, il est possible de souligner que nous nous trouvons ici dans un domaine particulier qui expliquerait cette singulière obligatorité<sup>1503</sup>. Pourtant, la Cour de cassation impose le traitement différent de situations différentes dans d'autres domaines. C'est ainsi qu'en 1983 elle sanctionne un Tribunal d'instance ayant refusé de consacrer une règle différente entre les salariés de la Samaritaine et les démonstrateurs y travaillant mais continuant à appartenir à leurs entreprises d'origine. Le Tribunal d'instance avait décidé que les démonstrateurs pouvaient, au même titre que les autres salariés, participer aux élections des membres du comité d'entreprise de la Samaritaine. Cependant, la Cour de cassation estime « *qu'en déclarant éligibles au comité d'entreprise de la Samaritaine des démonstrateurs qui, continuant à appartenir à leurs entreprises d'origine, étaient placés dans une situation différente de celle des propres salariés de cette société et n'avaient donc pas le même intérêt au sort et à la gestion d'une entreprise dont ils ne partageaient pas les mêmes aléas* <sup>1504</sup> », le tribunal d'instance a créé une discrimination. Il s'agit ici à n'en pas douter d'une obligation de régler de manière différente des situations différentes.

Les exemples ne sont pas légions, mais le droit français, en apparence en retrait du combat contre les discriminations matérielles, s'affirme parfois en censeur du traitement identique. Le principe mériterait d'être plus fortement marqué dans les jurisprudences communautaire et

---

<sup>1499</sup> Cass. Soc, 25.05.1982, 81-60795, Bull. Soc, 1982, n° 223.

<sup>1500</sup> Cass. Soc, 12.03.1981, 80.60267, Bull. Soc, 1981, n° 217.

<sup>1501</sup> Cass. Soc, 07.07.1981, 81-60005, Bull. Soc, 1981, n° 663.

<sup>1502</sup> CC, 13.01.1994, 93-329 DC, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privé par les collectivités territoriales, RFDA, 1994, n° 2, p. 209, note Genevois.

<sup>1503</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 32.

<sup>1504</sup> Cass. Soc, 16.06.1983, n° 82-60440, Bull. Soc, 1983, n° 342 ; Bull. Soc Francis Lefebvre, 07.1983, p. 260, note H. Carteret.

européenne, ainsi que de l'obligation de réaliser l'égalité que le droit français a lui-même instituée avec le développement de la notion d'égalité des chances. Ce manque d'enthousiasme est, de plus, difficilement compréhensible au regard de la lutte accrue contre les discriminations indirectes, autre forme de discriminations concrètes.

### **b. La lutte contre les discriminations indirectes**

**322** - La Directive communautaire du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins déclarait déjà que « *le système de classification professionnelle (...) utilisé pour la détermination des rémunérations [doit être] établi de manière à exclure les discriminations*<sup>1505</sup> ». C'est, sans aucun doute, faire référence aux discriminations indirectes. Il s'agit d'analyser les effets insidieux<sup>1506</sup> des normes juridiques dans les faits sans aucune référence à la généralité de la règle. Par la suite, le droit communautaire fera de plus en plus référence à ces discriminations indirectes, de sorte que le droit interne est dans l'obligation d'utiliser cette notion, qui n'est autre qu'une nouvelle discrimination réelle. Le droit français reconnaît alors certaines discriminations en fait et se trouve obligé d'y obvier.

---

<sup>1505</sup> Directive, 10.02.1975, 75/117/CEE, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, JO, n° L 45, 19.02.1975, p. 19, Article 1.

<sup>1506</sup> J-P. Marguénaud et J. Mouly, Observations sur l'arrêt CEDH, 27.03.1998, Petrovic c/ Autriche, D. 1999, Jur., p. 141.



α. La lutte communautaire contre le traitement identique  
créateur d'inégalités factuelles

**323** - Une Directive de 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe<sup>1507</sup> rappelle que sont interdites les discriminations directes classiques<sup>1508</sup>, mais aussi les discriminations indirectes<sup>1509</sup> dont elle donne la définition suivante : une telle discrimination est constituée « *lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés* <sup>1510</sup> ». C'est ainsi admettre que le législateur, bien que n'ayant pas utilisé de critère interdit, peut produire des discriminations dans les faits<sup>1511</sup>. L'intention du législateur ou de l'employeur est indifférente<sup>1512</sup> pour constater la discrimination indirecte et la nécessité de la combattre. C'est seulement « *l'étude de la situation concrète qui permet de soupçonner l'existence d'une situation suspecte. Cette situation est identifiée dès que les membres d'un groupe protégé contre l'emploi d'un critère prohibé sont proportionnellement plus nombreux à être touchés par une mesure que les membres d'autres groupes* <sup>1513</sup> ». C'est alors donner aux faits une puissance inégalée en matière d'égalité puisque la réalité sociale prime sur la règle égalitaire classique.

---

<sup>1507</sup> Directive, 15.12.1997, 97/80/CE, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, JO, n° L 014, 20.01.1998, p. 6.

<sup>1508</sup> Ce qui comprend rappelons-le le traitement différent de situations identiques, mais aussi le traitement identique de situations différentes.

<sup>1509</sup> Article 1 § 1.

<sup>1510</sup> Article 1 § 2. Voir sur ce point : R. Badinter, *Les discriminations positives dans l'Union Européenne*, in « Les droits de l'homme au seuil du 3<sup>ième</sup> millénaire », Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 37.

<sup>1511</sup> K. Lenaertz, *Le principe d'égalité en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples*, CDE, 1991, p. 3 : « *Il y a discrimination indirecte lorsque, bien que n'appliquant pas de critère de distinction prohibé, une réglementation communautaire ou nationale applique d'autres critères de distinction dont les effets sont identiques ou du moins analogues à ceux auxquels aboutirait l'application du critère de distinction prohibé, ou encore lorsqu'une réglementation communautaire ou nationale établit une distinction purement formelle de cas différents, mais leur applique, en réalité, un traitement identique* ».

<sup>1512</sup> CJCE, 13.05.1986, Bilka-Kaufhaus GmbH, C-170/84, rec. p. I-1607.

<sup>1513</sup> P. Garrone, *La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale*, RTDE, 1994, p. 425.

324 - La Cour de justice se livre à « *une vision pragmatique des situations concrètes* <sup>1514</sup> ». Seule compte la réalité, en l'occurrence, la réalité telle que retranscrite par les données chiffrées. L'élément principal pour apporter la preuve d'une discrimination indirecte reste l'établissement et la production de statistiques <sup>1515</sup>. Ces statistiques doivent être « *valables* », c'est-à-dire qu'elles doivent « *concerner un nombre significatif d'individus* » <sup>1516</sup>. Elles ne doivent pas être « *l'expression de phénomènes purement fortuits et conjoncturels* » <sup>1517</sup>. C'est pour cette raison qu'à travers la jurisprudence de la Cour nous retrouvons, vis-à-vis des discriminations indirectes, le même processus de quantification que pour toute activité du juge communautaire tendant à déterminer une différence de situation. Il faut que les chiffres montrent un décalage important entre différents groupes d'individus. La Cour utilise pour ce faire des expressions telles que « *un nombre considérablement plus élevé* » <sup>1518</sup>, « *un nombre beaucoup plus élevé* » <sup>1519</sup>. L'appréciation de la différence de situation est faite ici de manière neutre, suivant l'analyse de la réalité sociale, sans aucune référence à la volonté de l'auteur de la norme. Ce constat nous amène à deux conclusions distinctes mais néanmoins liées. En premier lieu, le droit communautaire fait une appréciation plus fondée sur la réalité sociale dans le cadre de l'appréciation des différences de situation en général. En second lieu, il s'agit d'une appréciation *in concreto* <sup>1520</sup>, le droit communautaire acceptant d'aller au-delà des apparences formelles pour s'intéresser avant toute chose à la réalité. Les discriminations indirectes constituent de ce point de vue une « *reconnaissance juridique* » de

---

<sup>1514</sup> M. Darmon, J-G. Huglo, *L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes : un univers en expansion*, RTDE, n°, 1992, p. 1.

<sup>1515</sup> Directive, 23.09.2002, 2002/73/CE, modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Voir sur ce point : Y. Leroy, *L'égalité professionnelle. Vers une approche générale et concrète*, RJS, 11.2002, p. 887.

<sup>1516</sup> M-T. Lanquetin, *De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins*, in « Le droit collectif du travail. Questions fondamentales. Evolutions récentes », Etudes en l'hommage de Madame le Professeur Hélène Sinay, Editions Nikitas Aliprantis – François Kessler, 1994, p. 415.

<sup>1517</sup> CJCE, 27.10.1993, Enderby c/ Frenchay Health Authority e. a., C-127/92, rec. p. I-5535.

<sup>1518</sup> CJCE, 23.10.2003, Schönheit, C-4/02 ; CJCE, 04.10.2001, Bowden et autres, C-133/00 ; CJCE, 09.02.1999, Seymour-Smith et Perez, C-167/97.

<sup>1519</sup> CJCE, 13.01.2004, Allonby, C-256/01 ; CJCE, 07.12.2000, Schnorbus, C-79/99, rec. p. I-10997 ; CJCE, 26.09.2000, Kachelmann, C-322/98, rec. p. I-7505 ; CJCE, 16.05.2000, Preston e. a. et Fletcher et autres, C-78/98 ; CJCE, 06.04.2000, Jorgensen, C-226/98, rec. p. I-2447 ; CJCE, 21.10.1999, Lewen, C-333/97, CJCE, 27.10.1998, Boyle, C-411/96 ; CJCE, 17.06.1998, Hill, C-243/95.

<sup>1520</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 192 : « *Constitue une discrimination indirecte une mesure qui, par l'application de critères neutres du point de vue des critères d'appréciation interdits, envisage des éléments susceptibles in abstracto, de concerner tous les individus, mais qui se révèlent in concreto le plus souvent liés à la situation des membres d'un groupe identifié à partir de tels critères* ».

l'égalité réelle<sup>1521</sup>. En conséquence, c'est aussi une reconnaissance des différences de situation concrètes qui peuvent être créées par le législateur national. La conclusion est d'autant plus importante que le champ d'investigation des discriminations indirectes communautaires est vaste. Si le traitement égal des travailleurs féminins et masculins est intéressé de prime abord par ce problème<sup>1522</sup>, les autres domaines du droit communautaire sont aussi touchés<sup>1523</sup>. L'attention montrée par le droit communautaire face aux discriminations factuelles est en contradiction avec la simple faculté laissée aux Etats de mettre en place des discriminations positives. En effet, discriminations indirectes et discriminations positives sont fortement liées. Les premières sont souvent le signe de la nécessité des secondes. Le fait que les femmes apparaissent comme les premières et quasiment les seules touchées par le travail à temps partiel signifie que les femmes acceptent de faire le sacrifice de mettre en parenthèse leur carrière professionnelle pour s'occuper des enfants, ou encore parce que le travail féminin n'est encore perçu que comme un salaire d'appoint sans réelle motivation carriériste. Ce déséquilibre est bien alors dû à la répartition traditionnelle des rôles entre l'homme et la femme. Essayer d'éradiquer les discriminations indirectes tout en laissant le soin aux Etats de mettre en place des discriminations positives relève d'un non sens car supprimer les premières se fait bien souvent par le truchement des secondes. La seule certitude est que les discriminations indirectes sont fortement combattues, ce qui amène le droit français à aller « *au-delà de l'apparence juridique parfois trompeuse des situations* »<sup>1524</sup>.

---

<sup>1521</sup> Y. Leroy, *Loc. Cit.*. Il s'agit, à n'en pas douter d'une reconnaissance juridique de l'égalité réelle, mais, au contraire de l'auteur nous n'estimons pas que cela soit la première reconnaissance. En effet, depuis 1963, la Cour de justice admet les discriminations matérielles, ce qui constitue aussi une reconnaissance de l'égalité réelle.

<sup>1522</sup> Directive, 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; Directive, 23.09.2002, 2002/73/CE, modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1523</sup> Directive, 29.06.2000, 2000/43/CE, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive, 27.11.2000, 2000/78/CE, portant création d'un cadre générale en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. La Cour a même étendu la protection contre les discriminations indirectes aux membres de la famille qui sont à la charge du travailleur : CJCE, 12.07.1984, Castelli, C-261/83, rec. p. I-3199.

<sup>1524</sup> M. Darmon, J-G. Huglo, *L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes : un univers en expansion*, RTDE, n°, 1992, p. 1.

## β. L'application française

**325** - Le droit français a finalement intégré sans grande difficulté cette notion de discrimination indirecte<sup>1525</sup>. C'est ainsi que la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes<sup>1526</sup> modifie l'article L. 122-46 du Code du travail afin d'y intégrer la notion de discrimination indirecte. Désormais, « *aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers* ». Il est vrai que cet article, relatif au harcèlement, est difficile à intégrer dans la notion communautaire de discrimination indirecte. Cette dernière correspond à un traitement identique qui conduit à un désavantage en fait au détriment d'une catégorie d'individus. Or, à partir du moment où les faits de harcèlement sont prouvés, il ne s'agit plus de l'appartenance à un groupe d'individus mais de sa propre individualité. L'appui de statistiques est ici impossible puisqu'il s'agit de la situation particulière d'un salarié victime d'un cas de harcèlement. La référence à « *un nombre beaucoup plus élevé* » de salariés d'un sexe<sup>1527</sup> est ici vaine puisqu'on se place dans le cadre d'une situation particulière de harcèlement préexistant à la discrimination.

**326** - Un autre exemple est encore plus probant. Dans une loi relative à la lutte contre les discriminations<sup>1528</sup>, elle aussi de 2001, il est également fait mention des discriminations indirectes. Dorénavant, « *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelles, de mutation*

---

<sup>1525</sup> B. Stasi, *Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2004.

<sup>1526</sup> Loi, 09.05.2001, 2001-397, Loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

<sup>1527</sup> CJCE, 13.05.1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, C-170/84, Rec. p. I-1607.

<sup>1528</sup> Loi, 16.11.2001, 2001-1066, Loi relative à la lutte contre les discriminations.

*ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail (...), en raison de son état de santé ou de son handicap*<sup>1529</sup>». Cette fois, il s'agit bien d'un article relatif aux discriminations, l'application de la notion communautaire de discrimination indirecte ne doit alors poser aucune difficulté. Le droit français rechigne d'ailleurs à donner à cette notion une quelconque définition, les juridictions internes se référant le plus souvent à la norme communautaire concernée par le litige<sup>1530</sup>. Il est d'ailleurs à noter que la transposition de cette notion est particulièrement large au vu de la liste des critères concernés. A partir du moment où l'un de ces critères est vérifié et qu'il existe une disproportion importante entre les membres d'un groupe et les personnes n'en faisant pas partie, nous pouvons être face à une discrimination indirecte. Cette notion semble prendre une grande place dans le principe d'égalité depuis quelques années. On retrouve notamment ce vocable dans la loi portant création d'une Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité<sup>1531</sup>, dont l'article 1 indique que « *la Haute autorité est compétente pour connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibée par la loi ou par un engagement international auquel la France fait partie*<sup>1532</sup> ». Discriminations directes et indirectes se trouvent sur un pied d'égalité. Accolées l'une à l'autre, elles semblent donner une exhaustivité à la notion de discrimination. L'égalité est réalisée lorsqu'il n'est constaté ni discrimination directe, ni discrimination indirecte. Les deux types de discrimination ont des effets équivalents<sup>1533</sup>. Il est nécessaire d'aller au-delà des apparences pour analyser, une fois de plus, la situation concrète. Cette analyse devrait être théoriquement facilitée par l'obligation faite depuis la loi dite Roudy de 1983<sup>1534</sup> pour les employeurs de dresser un « *rapport annuel sur*

---

<sup>1529</sup> Article L 122-45 du Code du travail.

<sup>1530</sup> CE, 07.07.2004, Association de défense des intérêts du sport, n° 241293, rec. p. 324 ; CE, 27.02.2004, Syndicat national des professeurs d'arts martiaux, n° 213484, Inédit ; CE, 10.04.2002, Syndicat national des professeurs d'arts martiaux, n° 221314, Inédit au Recueil ; CE, 08.10.2001, Syndicat national des professeurs d'arts martiaux, n° 221206 ; CE, 30.04.1997, Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs, n° 180299 et 180328 ; Cass. Crim, 11.01.2000, n° 99-82189, Inédit titré ; Cass. Crim, 05.10.1999, n° 98-86282, Inédit.

<sup>1531</sup> Loi, 30.12.2004, n° 2004-1486, Loi portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

<sup>1532</sup> Article 1 § 2.

<sup>1533</sup> Y. Leroy, *L'égalité professionnelle. Vers une approche générale et concrète*, RJS, 11.2002, p. 887.

<sup>1534</sup> Loi, 13.07.1983, n° 83635, Loi portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, dite Loi Roudy. Commentaires de cette loi : C. Veron-Clavière, *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la protection des femmes qui travaillent*

la situation comparée des conditions d'emploi des femmes et des hommes ». Malheureusement, les documents - quand ils sont fournis - apportent des données trop globales pour être réellement révélatrices d'une quelconque discrimination indirecte, ou même directe<sup>1535</sup>. La loi dite Génisson de 2001<sup>1536</sup> réitère cette obligation, ainsi que la loi sur l'égalité salariale de 2006 qui s'attache au travail à temps partiel et à l'articulation de la vie professionnelle et des responsabilités familiales au niveau de l'entreprise<sup>1537</sup>. Dorénavant, l'article L. 432-3-2 du Code du travail donne la liste complète des éléments statistiques à fournir chaque année afin de pouvoir analyser au mieux la situation professionnelle des femmes dans toutes les entreprises<sup>1538</sup>. On peut percevoir ici une volonté du législateur français de rechercher la réalité sociale et par conséquent d'être en adéquation avec elle. Cela permet de découvrir quelles sont les discriminations - directes ou indirectes - dont sont victimes les femmes afin de prendre toutes les mesures nécessaires pour y remédier. Il est en effet difficile de croire que le législateur français, ici en accord parfait avec le droit communautaire, ait voulu soumettre les employeurs à ces obligations finalement assez lourdes sans prendre en considération les données obtenues afin de retrouver une situation égalitaire.

**327** - Ce qui importe, ce n'est pas la norme elle-même mais son « *impact* » dans la société<sup>1539</sup>. Le droit interne accepte, de ce point de vue, de désavouer l'égalité devant la loi telle qu'il la pratique depuis de nombreuses années lorsqu'il s'agit de discriminations non

---

après la loi du 13 juillet 2005, G.P., 23.12.1983, p. 513 ; M.-T. Lanquetin, *De l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. A propos d'un projet de loi*, DS, 1983, p. 238 ; M. Bonnechere, *Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Réflexion sur les limites du droit*, Droit Ouvrier, 1984, p. 207.

<sup>1535</sup> G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 74.

<sup>1536</sup> Loi, 09.05.2001, n° 2001-397, Loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, Loi dite Génisson.

<sup>1537</sup> Loi, 23.03.2006, n° 2006-340, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Sur ce point : M.-T. Lanquetin, *L'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisée en 5 ans ?*, DS, 2006, p. 624.

<sup>1538</sup> Art. L.432-3-2 Code du travail : « Chaque année, le chef d'entreprise soumet pour avis au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, soit directement, soit, si elle existe, par l'intermédiaire de la commission prévue au dernier alinéa de l'article L. 434-7, un rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise. A ce titre, ce rapport comporte une analyse sur la base d'indicateurs pertinents, reposant notamment sur des éléments chiffrés, définis par décret et éventuellement complétés par des indicateurs qui tiennent compte de la situation particulière de l'entreprise, permettant d'apprécier, pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise, la situation respective des femmes et des hommes en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail, de rémunération effective et d'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale. Ce rapport recense les mesures prises au cours de l'année écoulée en vue d'assurer l'égalité professionnelle, les objectifs prévus pour l'année à venir et la définition qualitative et quantitative des actions à mener à ce titre ainsi que l'évaluation de leur coût. Les délégués syndicaux reçoivent communication du rapport dans les mêmes conditions que les membres du comité d'entreprise ».

<sup>1539</sup> L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

apparentes ou « *déguisées* <sup>1540</sup> ». En revanche, ce travail n'est toujours pas fait en ce qui concerne les discriminations directes et donc visibles. L'ouverture offerte par l'insertion - particulièrement large comme nous avons pu le constater - en droit interne des discriminations indirectes devrait donner, à terme, toute sa mesure à l'égalité de fait. Si l'égalité ne va pas toujours de pair avec l'uniformité de traitement <sup>1541</sup>, il faudrait au minimum que la technique égalitaire soit uniforme. La réalité se situe au cœur des discriminations indirectes, tant sur le plan communautaire que sur le plan interne, il faudrait qu'elle se situe maintenant au cœur du principe d'égalité français de manière pleine et entière. Ce qui est difficilement compréhensible, c'est que le droit français semble si bien accepter la notion de discrimination indirecte alors même qu'elle représente la forme la plus aboutie de discrimination matérielle. La discrimination indirecte est la reconnaissance que la neutralité apparente d'un traitement identique peut engendrer des discriminations dans les faits et qu'il faut combattre ces dernières en instaurant un traitement différent <sup>1542</sup>. Le droit français est sensibilisé à cette forme extrême d'attachement aux faits, ce qui rend son attitude circonspecte incohérente vis-à-vis des simples discriminations matérielles et des discriminations positives. De toutes parts, la concrétisation du principe d'égalité progresse et participe peu à peu de la réalisation de l'égalité. En acceptant la notion de discrimination indirecte, le droit français a non seulement accepté de revenir sur un traitement identique dont le résultat était une inégalité dans les faits, mais il a aussi admis que les préjugés qui président aux discriminations indirectes soient combattus.

## **Section II. L'égalité concrète soutenue par le Droit**

**328** - L'égalité est soumise à un débat doctrinal constant, mais renouvelé sans cesse par la mise en lumière de la relation de l'égalité avec d'autres notions connues du droit. Qu'elles soient classiques ou plus modernes, ces réflexions doctrinales ont en commun un souci du

---

<sup>1540</sup> Cass. Com., 13.12.2005, n° 02-10359, Inédit ; Cass. Com., 14.12.2005, n° 02-11604, Inédit.

<sup>1541</sup> E. Keslassy, *Démocratie et égalité*, Bréal, Coll. Thèmes et débats sociologie, 2003, p. 30.

<sup>1542</sup> La Cour Suprême des Etats-Unis admet elle aussi cette forme de discrimination, sans la nommer, puisque depuis un arrêt *Gibbs v. Duke Power Company* (401 U.S. 427, 1971, p. 431) elle admet comme discrimination « *l'ensemble des procédures nominale ment impartiales mais exerçant un effet discriminatoire sur certains groupes prédéfinis* » : D. Sabbagh, *L'affirmative action : effets symboliques et stratégie de présentation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 157.

concret qui tire l'égalité vers la réalité sur laquelle elle doit s'appliquer. Par ailleurs, la jurisprudence, notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme, recherche continûment la jouissance concrète des droits et non une simple déclamation formelle de leur existence. L'ensemble de ce mouvement contribue à rapprocher l'égalité du réel, les discriminations positives deviennent alors dans certaines circonstances quasiment obligatoires car elles seules peuvent réaliser l'objectif d'égalité fixé par le droit. L'appui qu'elles trouvent se situe aussi bien dans les réflexions doctrinales (§1.) que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et sa constance dans la recherche de l'effectivité des droits (§2.).

## **§1. Les réflexions doctrinales nourrissant l'égalité concrète**

**329** - De tout temps l'égalité a soulevé des questions quant à sa véritable nature et à sa place dans le droit en général. Des réponses variées ont pu être apportées, mais la relation de l'égalité avec la justice a toujours constitué un appui pour l'égalité réelle (A.). Toutefois, le renouveau du débat a réellement eu lieu avec John Rawls dont l'idée de rapprocher égalité et équité est devenue aujourd'hui une référence inévitable (B.).

### **A. Une concrétisation de l'égalité par la justice**

**330** - Il est surprenant de voir à quel point il est difficile de trouver une définition du Droit. Tous les manuels d'introduction au droit essaient de mettre en rapport le droit avec d'autres notions qui paraissent plus ou moins proches<sup>1543</sup>. Ces notions ont des résonances

---

<sup>1543</sup> Voir, entre autres : J-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2004 ; B. Beignier, *Manuel d'introduction au droit*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2004 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. Dalloz Cours, Série droit privé, 6<sup>ème</sup> édition, 2005 ; P. Courbe, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. Mémento Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2005 ; R. Encinas de Munagorri, *Introduction au droit*, Flammarion, Coll. Champs Université, 2002 ; X. Labbé, *Introduction générale au droit : pour une approche éthique*, Presses Universitaires du Septentrion, 2002 ; D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, Litec, Coll. Objectif droit, 4<sup>ème</sup> édition, 2005 ; M. Parquet, *Introduction générale au droit*, Bréal, Coll. Lexifac, 3<sup>ème</sup> édition, 2005 ; B. Petit, *Introduction générale au droit*, Presses Universitaires de Grenoble, Coll. Le droit en



particulières lorsqu'est en cause le principe d'égalité. La sensation d'une forte relation entre l'égalité et la justice naît intuitivement. Une très ancienne doctrine voulait que le droit ne soit en fait que la science du juste<sup>1544</sup>. Le droit ne serait alors que le mécanisme permettant d'obtenir la réalisation de la justice. Même si cette représentation parcellaire du droit est aujourd'hui dépassée, sans se confondre, droit et justice restent intimement liés. D'ailleurs, du point de vue étymologique, les deux mots viennent de la même famille dans les langues latine et grecque<sup>1545</sup>. En pratique, il arrive au droit de prendre en compte la justice lors de son élaboration, mais, à l'inverse, il arrive aussi que la justice « *guide et inspire le droit* <sup>1546</sup> ». De plus, l'injustice d'une loi peut « *se heurter à la résistance des consciences individuelles et du corps social* <sup>1547</sup> ». Sous cet angle, l'égalité « *occupe une place cardinale* <sup>1548</sup> » dans les relations entre droit et justice. Formellement, leurs rapports sont déjà très forts, mais la concrétisation de l'égalité par les discriminations positives nous offre une conception d'un droit dont l'effectivité dans sa mise en œuvre est apportée par la référence à une certaine idée de la justice.

## 1. L'égalité, facteur de justice

**331** - Ces rapports généraux sont importants car ils influent sur ceux qui intéressent spécifiquement les discriminations positives en tant que partie intégrante de l'égalité. Il est indéniable qu'il existe « *un lien étroit entre la notion de justice et celle d'égalité* <sup>1549</sup> ». Depuis Aristote, il apparaît nécessaire de rapprocher ces deux notions afin de les définir<sup>1550</sup>. Si elles ne se confondent pas, l'égalité serait « *ce qui pourrait se concevoir de plus proche de la*

---

plus, 4<sup>ème</sup> édition, 1998 ; B. Starck, *Introduction générale au droit*, Litec, 2000 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 1998.

<sup>1544</sup> Sur ce point : F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 1998, p. 13.

<sup>1545</sup> J-F. Balaude, *Les théories de la justice dans l'Antiquité*, Nathan Université, Coll. Philosophie, 1996, p. 6 ; E. Ben Veniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, vol. 2, Editions de Minuit, 1969, pp. 99-122.

<sup>1546</sup> F. Terré, *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>1547</sup> H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. 1, vol. 1<sup>er</sup>, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> édition, n° 6 et 8.

<sup>1548</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, p. 3.

<sup>1549</sup> P. Kayser, *Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité*, RRJ, 2001, p. 15.

<sup>1550</sup> *Justice*, in « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », Sous la direction de A.J.Arnaud, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, p. 327 ; L. Sfez, *L'égalité*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 1989, p. 36 ; P. Kayser, *Loc. Cit.* ; Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 19.

*justice*<sup>1551</sup>». Une notion ne peut donc s'envisager sans l'autre. C'est ainsi qu'André Elvinger estime que « *l'égalité n'est pas la justice, mais il n'y a pas de justice sans égalité*<sup>1552</sup> ». L'égalité serait ainsi une condition essentielle à la concrétisation d'une justice sociale. En ce sens, l'égalité devra être recherchée afin de permettre la réalisation d'une certaine forme de justice. La dialectique entre les deux notions semble aller dans le sens d'une égalité comprise dans la notion de justice puisque cette dernière ne peut être réalisée que par l'égalité. L'égalité ne serait alors qu'un intermédiaire permettant au droit de réaliser une certaine justice. La dialectique entre ces deux notions fondamentales des sociétés modernes ne semble pas poser de difficulté. Les discriminations positives n'apparaissant que comme une partie de l'égalité permettant d'atteindre un objectif de justice sans pour autant porter en elle une orientation particulière. Cependant, la justice, comme beaucoup de notions modernes, peine à vivre sans l'adjonction de qualificatifs. Cette nouveauté va donner un rôle de premier plan aux discriminations positives. Leur mise en œuvre va alors permettre de façon autonome la réalisation d'une justice aux contours actuels.

## 2. La justice, facteur des discriminations positives

332 - Il est apparu difficile de conserver un objectif de justice sans qualifier cette dernière. Tantôt vécue de manière procédurale, avec notamment la nouvelle lecture apportée par Kant<sup>1553</sup> et le renouveau amené par Rawls<sup>1554</sup>, tantôt construite comme une notion substantielle<sup>1555</sup>, elle devient complexe et multiforme. Au-delà du débat sur sa forme, plusieurs types de justice sont venus construire sa théorie. C'est sur ce dernier point que la

---

<sup>1551</sup> P. Marin Perez, *Rapport sur la notion d'égalité en droit civil espagnol*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 153.

<sup>1552</sup> A. Elvinger, *Rapport général*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 63.

<sup>1553</sup> Sur ce point : M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(I)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004, p. 159.

<sup>1554</sup> J. Rawls, *Théorie de la justice*, Fayard, 1987, p. 341 ; P. Ricoeur, *Une théorie purement procédurale de la justice est-elle possible ? A propos de la théorie de la justice de Rawls*, in « Le juste », Sous la direction de P. Ricoeur, Esprit, 1995, p. 73. Voir également sur ce point : R. Alexy, *Droit, discours et temps*, in « Temps et droit. Le droit a-t-il vocation de durer ? », sous la direction de F. Ost et M. Van Hoecke, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 15 ; C. Audard, *Individu et justice sociale : autour de John Rawls*, Seuil, Coll. Points. Politique, 1988.

<sup>1555</sup> Sur ce point : M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(I)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004, p. 159.

mise en œuvre des discriminations positives va pouvoir intervenir. En effet, la justice peut se comprendre comme une justice commutative qui comporte en elle un élément d'égalité classiquement mathématique<sup>1556</sup>. Dans ce cas, les discriminations positives n'ont que peu de place car elles s'attachent plutôt à dépasser un simple cadre mathématique et universel afin d'obtenir une véritable égalité substantielle entre tous. Nous nous situons plutôt dans la notion de justice distributive. Cette distinction entre ces différents types de justice n'est « *évidemment pas sans incidence* <sup>1557</sup> » sur l'orientation choisie en matière d'égalité. Seule la recherche de la justice distributive peut permettre à l'égalité différentielle d'être mise en œuvre.

**333** - Cette dernière orientation est par ailleurs renforcée par l'émergence de la notion de justice sociale. Le Traité de Versailles<sup>1558</sup> affirmait déjà en 1919 qu' « *une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale* ». Depuis, cette dernière ne cesse d'être une préoccupation, voire une « *tendance marquée* <sup>1559</sup> ». Les Conventions de l'Organisation Internationale du Travail<sup>1560</sup>, ainsi que le Conseil de l'Europe<sup>1561</sup> participent pleinement à l'effort d'effectivité de cette justice sociale. Cet objectif donne à la notion de justice une orientation concrète car elle fait appel à « *une conception distributive* <sup>1562</sup> » et par conséquent active de cette dernière. Elle inclut des « *mesures de type positif* <sup>1563</sup> » afin de parvenir efficacement à protéger certaines catégories de personnes défavorisées<sup>1564</sup>, notamment les femmes sur le marché du travail<sup>1565</sup>. De ce fait, la référence à la justice sociale, outre l'ajout d'un qualificatif, permet à la justice d'obtenir un contenu concret qui se doit d'influer sur le contenu de l'égalité. Il est alors impossible de se contenter d'une simple notion abstraite. La justice sociale étant une « *exigence fondamentale* <sup>1566</sup> » et une « *finalité de la norme de*

---

<sup>1556</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 1998, p. 14.

<sup>1557</sup> *Ibid.*

<sup>1558</sup> Traité de Versailles, 28.06.1919.

<sup>1559</sup> P. Marin Perez, *Loc. cit.*

<sup>1560</sup> Sur le rôle de l'Organisation Internationale du Travail : *Regards sur l'avenir de la justice sociale. Mélanges à l'occasion du 75<sup>ème</sup> anniversaire de l'OIT*, Bureau international du travail, Genève, 1994.

<sup>1561</sup> H. Hartig, *Le Conseil de l'Europe et la protection des minorités nationales : actions normatives et mesures de confiance*, in « Nouvelles formes de discrimination », sous la direction de L-A. Sicilianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Paris, 1995, p. 257.

<sup>1562</sup> V. Constantinesco, *La justice dans l'Union Européenne*, Philosophie politique, n° 9, 1996, p. 99.

<sup>1563</sup> N. Valticos, *Liberté et justice sociale*, in « Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan », Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1641.

<sup>1564</sup> *Ibid.*

<sup>1565</sup> Rec.(2002)5, 30.04.2002, La protection des femmes contre la violence.

<sup>1566</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 3.

*droit*<sup>1567</sup>», si des mesures différenciatrices sont nécessaires afin d'y parvenir, elles doivent être mises en œuvre<sup>1568</sup>. Les discriminations positives participent à la réalisation de cet objectif de justice sociale. Par leur relation extrêmement forte, la transformation subie par la notion de justice rejaillit sur la définition de l'égalité. La justice devient un but concret à réaliser et l'égalité devient le facteur essentiel pour parvenir à cet objectif. Les discriminations positives, qui constituent la recherche l'égalité concrète par excellence, deviennent un atout majeur de réalisation de cette justice sociale. La dialectique permanente entre l'égalité et la justice montrent combien les deux notions sont consubstantielles l'une de l'autre, et combien la prise en compte du concret rejaillit sur la définition de chacune. Les discriminations positives viennent nourrir cette relation déjà forte. Elle correspond parfaitement à l'idée selon laquelle « *La justice ne consiste ni en une hiérarchie de biens, ni en une répartition de ressources, mais d'abord dans l'établissement d'un rapport sans domination entre les puissances d'agir, et donc à ce niveau à une égalité fondamentale*<sup>1569</sup> ». C'est bien la domination qu'il s'agit de combattre grâce aux discriminations positives, celle qui amène la majorité à ôter certains choix de vie à des individus présentant des différences jugées de manière négative. L'égalité est indispensable à la justice et les discriminations positives sont indispensables à la justice concrète et donc à l'égalité concrète qui doit assurer cette justice. La réflexion nouvelle autour de l'équité ne fait que nourrir ce débat.

## **B. Une concrétisation de l'égalité par le débat moderne autour de la relation entre équité et égalité**

**334** - Longtemps reléguée au second plan, l'équité a acquis un premier rôle dans la seconde moitié de 20<sup>ème</sup> siècle. Les travaux de John Rawls ont permis de relancer le débat sur l'égalité, mais cela a eu pour fâcheuse conséquence de ne penser les discriminations positives qu'à partir de cette notion d'équité et donc de reculer devant leur nécessité. Pourtant, si l'équité a indéniablement servi à concrétiser l'égalité, les discriminations positives sont nécessaires afin de réaliser cette dernière, sans référence à l'équité.

---

<sup>1567</sup> *Ibid.*

<sup>1568</sup> Avocat général Tesaro, sous CJCE, 30.04.1996, P/S c/ Cornwall County Council, C-13/94, rec. p. I-2143, Rev. Aff. Eur., 1996, p. 167, obs. F. Picot.

<sup>1569</sup> J. Robelin, *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, 1994, p. 207.

## 1. La concrétisation de l'égalité par l'équité

335 - Il est impossible depuis lors de penser aux discriminations positives sans se référer aux travaux de John Rawls<sup>1570</sup>. Pourtant, il n'a pas fallu attendre ses écrits pour qu'égalité et équité soient analysées conjointement. Elles entretiennent des relations ombrageuses<sup>1571</sup> selon la position dans laquelle se tient chaque auteur qui les met en balance. De manière neutre, l'équité reçoit une définition qui contient la notion d'égalité. L'équité serait en effet une justice à base d'égalité<sup>1572</sup>. La référence à la notion de justice n'est pas anodine car, comme nous l'avons vu précédemment, elle donne à l'égalité une conception plus concrète. De fait, l'équité, elle aussi, a offert à l'égalité la possibilité de s'ouvrir vers des règles d'application plus proches des réalités sociales. La référence à l'équité se fait souvent lorsqu'il s'agit d'analyser les inégalités présentes et l'affirmation selon laquelle elles doivent être combattues. Elle permettrait d'assurer une égalité entre les hommes et les femmes en faisant coïncider « *égalité juridique et égalité réelle* <sup>1573</sup> ». Faire appel à la notion d'équité afin de permettre la réalisation de l'égalité est déjà prendre parti en faveur d'une conception concrète. L'égalité équitable serait alors une égalité « *plus concrète* <sup>1574</sup> » et « *plus exigeante* <sup>1575</sup> », certains auteurs allant jusqu'à confondre l'égalité réelle avec l'équité<sup>1576</sup>. Sans bénéficier d'une valeur constitutionnelle<sup>1577</sup>, l'équité est aujourd'hui une référence essentielle pour tous ceux qui militent en faveur d'une égalité plus concrète. « *L'exigence d'équité vise*

---

<sup>1570</sup> Pour une illustration de la dialectique entretenue entre l'égalité et l'équité chez cet auteur : J. Rawls, *Théorie de la justice*, Fayard, 1987, p. 341. L'équité a connu un certain renouveau en France plus récemment avec le rapport Minc (A. Minc, *La France de l'an 2000*, Rapport officiel, Odile Jacob/ La Documentation française, 1994) : J. le Goff, *Le « frère ennemi » ou le tragique de la fraternité*, in « Eloge de la fraternité. Pratique des solidarités, sous la direction de A. Delblond, L'Harmattan, Coll. Questions contemporaines, 2000, p. 61.

<sup>1571</sup> Sur ce point : M-F. Christophe Tchakaloff, *Le principe d'égalité*, AJDA, 1996, p. 168. L'équité serait analysait pour certains comme une dérogation au principe d'égalité : E. Aubin, *L'essentiel du droit des politiques sociales*, Gualino éditeur, Coll. Les carrés, 2005, p. 28.

<sup>1572</sup> Sur la définition de l'équité : P. Kayser, *Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité*, RRJ, 2001, p. 15 ; E. Aubin, *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>1573</sup> R. Letteron, *L'action positive en faveur des femmes*, in « "Egalité et équité" Antagonisme ou complémentarité », Sous la direction de T. Lambert, *Economica*, 1999, p. 65.

<sup>1574</sup> V. Donier, *Egalité et service public local*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 149. Voir également : G. Vedel, *L'inégalité*, in « La Déclaration des droits de l'homme de 1789, ses origines, sa pérennité », La documentation française, 1990, p. 171.

<sup>1575</sup> J.P. Fitoussi et P. Rosanvallon, *Le nouvel âge des inégalités*, Le Seuil, 1996, p. 98.

<sup>1576</sup> J. Costa-Lascoux, *Les échecs de l'intégration, un accroc au contrat social*, Pouvoirs, 09.2004, p. 19.

<sup>1577</sup> CC, 14.08.2003, 2003-143 DC, Loi portant réforme des retraites.

(...) toutes les politiques tendant à rompre l'égalité des droits pour rétablir l'égalité des chances au bénéfice d'individus ou de groupes défavorisés<sup>1578</sup>». Les deux notions n'occupent alors pas la même place, l'équité n'étant qu'un moyen pour parvenir au but fixé par la norme, la réalisation de l'égalité<sup>1579</sup>. Cette conception a été véritablement mise en avant par John Rawls. Sa théorie de la justice<sup>1580</sup> déplace le traitement des inégalités sur le terrain de l'équité<sup>1581</sup>. Il procédera de la même manière dans son ouvrage relatif au droit des gens<sup>1582</sup>. L'idée est alors de dépasser la simple égalité formelle afin de corriger des situations déséquilibrées et injustes<sup>1583</sup>. Cependant, l'héritage de John Rawls va plus loin que ses développements initiaux. Pour certains, les discriminations positives ne seraient qu'une application particulière de la théorie de John Rawls.

## 2. L'équité, limite aux discriminations positives

**336** - Certains auteurs font appel à la notion d'équité lorsqu'ils exposent le mécanisme des discriminations positives. Pour Jacques Robert, les discriminations positives ne sont qu'une « *conception équitable de l'égalité*<sup>1584</sup> ». De même, Arnaud Haquet estime que si le législateur met en place des discriminations positives, il le fait pour des « *raisons d'équité*<sup>1585</sup> ». La relation paraît de prime abord logique tant l'égalité réelle dans son ensemble est liée à l'équité. Pourtant, John Rawls n'a jamais relié équité et discrimination positive. Il n'a jamais entendu l'équité comme devant amener à la mise en place de discriminations positives<sup>1586</sup>. Les idées de John Rawls ont fortement influencé les réflexions doctrinales actuelles, même si toutes ne respectent pas intégralement l'auteur. Le questionnement autour

---

<sup>1578</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, introduction, p. 85.

<sup>1579</sup> M. Wiewiorka, *La différence. Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, L'aube, Coll. Poche essai, 2005, p. 93.

<sup>1580</sup> J. Rawls, *Op. cit.*

<sup>1581</sup> P. Bouretz, *Sur la philosophie politique du principe d'égalité*, in Conseil d'Etat, « Rapport public 1996 sur l'égalité », La documentation française, 1997, p. 477.

<sup>1582</sup> J. Rawls, *Le droit des gens*, Esprit, Coll. Philosophie, 1996. Sur ce point : M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit (I)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004, p. 159.

<sup>1583</sup> P. Bouretz, *Loc. cit.*

<sup>1584</sup> J. Robert, *Egalité et équité : le point de vue du Conseil constitutionnel*, in « "Egalité et équité" Antagonisme ou complémentarité », Sous la direction de T. Lambert, *Economica*, 1999, p. 25.

<sup>1585</sup> A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305. Voir également : A. Minc, *La France de l'an 2000*, Rapport au Premier Ministre, Commissariat général au plan, Odile Jacob, 1994, pp. 86-87.

<sup>1586</sup> Sur ce point : B. Guillarme, *Rawls et l'égalité démocratique*, PUF, Coll. Questions, 1999, p. 6.

de l'équité comme notion génératrice des discriminations positives au sein du principe d'égalité est un point important quant à leur éventuelle admission. Le recours à l'équité permet sans doute de mieux entrevoir les besoins des individus désavantagés. Une prise de conscience est sans doute facilitée par l'utilisation de cette notion. Cependant, elle conforte les détracteurs des discriminations positives dans leur position puisque le fait de devoir faire référence à l'équité afin de réaliser l'égalité enlève encore un peu plus de la pureté que devrait garder l'égalité formelle. L'équité ne permet finalement pas de résoudre le débat autour des discriminations positives et brouille un peu plus la lecture qui doit être faite du principe d'égalité. Le travail de John Rawls a sans aucun doute contribué à relancer le débat sur l'égalité concrète, mais sa référence en matière de discrimination positive n'est pas indispensable. Elle l'est d'autant moins que l'égalité se suffit à elle-même à partir du moment où elle devient, comme c'est le cas actuellement, un résultat à atteindre<sup>1587</sup>. Les discriminations positives, en tant que moyen pour remplir cet objectif doivent être analysées comme composantes à part entière de l'égalité, sans référence particulière à l'équité. La recherche d'une égalité concrète et plus généralement la protection effective des droits sont suffisantes pour expliquer la nécessité de discriminations positives.

## **§2. La recherche de l'effectivité des droits au sein de la protection européenne des droits de l'homme**

**337** - La jurisprudence de Strasbourg a depuis longtemps affiché un souci constant de protéger la jouissance des droits et non seulement la simple inscription des droits dans les systèmes juridiques internes. Ce travail s'effectue de manière globale, indistinctement du droit en cause et se traduit par le renforcement des obligations de l'Etat. Ce dernier est considéré comme un véritable acteur de la protection des droits au sens où il ne peut se contenter de rester inactif. Poser le cadre de la protection des droits n'est pas suffisant, il faut que celui-ci soit efficace dans la jouissance qu'ont les acteurs privés de ces droits. Cela nécessite l'affermissement de la prise en compte du réel (A). L'Etat va donc être soumis à des obligations positives et non plus uniquement négatives (B).

---

<sup>1587</sup> Voir les développements supra, § 291 et s..

## A. Une prise en compte du réel affirmée

**338** - Il ne fait aucun doute que la Cour de Strasbourg devrait amener le droit interne à plus de prise en compte du réel. En effet, les juges européens n'ont de cesse de rappeler que la Convention garantit « *des droits concrets et effectifs et non théoriques et illusoire* »<sup>1588</sup>. Cette affirmation s'applique évidemment de la même manière à l'article 14 et au principe d'égalité. Ce dernier doit être respecté en droit, mais également en fait, c'est d'ailleurs l'objet du constat de violation dans l'arrêt *Thlimmenos*<sup>1589</sup>. Le texte du protocole n° 12<sup>1590</sup>, donnant une généralité et une indépendance au principe d'égalité, rappelle cette orientation puisqu'il est indiqué que « *le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective* »<sup>1591</sup>. L'appréciation de la différence de situation et donc de la discrimination afférente doit se faire *in concreto*. Ainsi pour retirer la garde des enfants à une mère appartenant aux témoins de Jéhovah<sup>1592</sup>, il est nécessaire de fonder la décision sur une appréciation *in concreto*, l'appréciation *in abstracto*

---

<sup>1588</sup> Voir pour quelques exemples : CEDH, 13.05.1980, *Artico c/ Italie*, req. 6697/74, Série A 37 ; CEDH, 20.03.1991, *Cruz Veras et autres c/ Suède*, req. 15576/89, A 201 (RUDH, 1992, p. 205, note G. Cohen-Jonathan) ; CEDH, 10.02.1995, *Allenet de Ribemont c/ France*, req. 15175/89, A 308 (JDI, 1996, p. 211, obs. E. Decaux ; RTDH, 1995, p. 657, comm. D. Spielman ; JCP. 1996, I, 4000, obs. F. Sudre) ; CEDH, 09.10.1979, *Airey c/ Irlande*, req. 6289/73, Série A 32 ; CEDH, 12.05.2000, *Khan c/ Royaume-Uni*, req. 35394/97, rec. 2000-V ; CEDH, 27.06.2000, *Ilhan c/ Turquie*, req. 22277/93, Rec. 2000-VII ; CEDH, 18.02.1999, *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, req. 26083/94, rec. 1999-I (RTDH, 2000, p. 77, obs. H. Tigroudja) ; CEDH, 18.02.1999, *Larkos c/ Chypre*, req. 29515/95, rec. 1999-I ; CEDH, 21.12.2000, *Heaney et McGuinness c/ Irlande*, req. 34720/97, rec. 2000-XII (JCP G., 1993, I, 3654, obs. F. Sudre) ; CEDH, 22.10.1996, *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni*, req. 22083/93, 22095/93, rec. 1996-IV ; CEDH, 13.06.1979, *Marckx c/ Belgique*, req. 6833/74, Série A 31 ; CEDH, 23.07.1968, affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique, req. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, A 6 ; CEDH, 22.04.1997, X, Y et Z c/ Royaume-Uni, req. 21830/93, rec. 1997-II (D., 1997, p. 582, note S. Grataloup), CEDH, 11.07.2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. 28957/95, rec. 2002-VI ; CEDH, 11.07.2002, I. c/ Royaume-Uni, req. 25680/94 ; CEDH, 26.07.2005, *Siliadin c/ France*, req. 73316/01 (sur cet arrêt : D. Roets, *L'article 4 de la Convention EDH violé par la France : une histoire d'esclavage moderne devant la Cour de Strasbourg*, D. 2006, p. 346).

<sup>1589</sup> CEDH, 06.04. 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. 34369/97, § 44.

<sup>1590</sup> Ce protocole est entré en vigueur le 01.04.2005, ratification par 11 pays : Albanie, Arménie, Bosnie-Herzégovine, Chypre, Croatie, Finlande, Géorgie, Ex-République de Macédoine, Pays-Bas, Saint-Marin, Serbie-Monténégro.

<sup>1591</sup> Protocole n° 12, Préambule.

<sup>1592</sup> CEDH, 16.12.2003, *Palau Martinez c/ France*, req. 64927/01, § 42 : « *La Cour estime dès lors qu'en l'espèce la Cour d'appel s'est prononcée in abstracto et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel. Cette motivation, bien que pertinente, n'apparaît pas comme suffisante aux yeux de la Cour* ». Pour un autre exemple d'appréciation *in concreto* : CEDH, 17.02.2004, *Gorzelik et autres c/ Pologne*, req. 44158/98 (JCP G., 2004, I, 161, n° 13, Chr. F. Sudre ; RDP, 2005, p. 797, Chr. H. Surrel).



faite en l'espèce était « *pertinente* » mais insuffisante pour motiver ce refus<sup>1593</sup>. En l'occurrence cette interprétation factuelle conduit au constat d'absence de situation différente et par conséquent à un constat de violation. Cependant, le même mécanisme est à appliquer *a contrario*, c'est-à-dire que la différence de situation n'existe que si les tribunaux effectuent une appréciation concrète des faits. Nous retrouvons alors nécessairement l'hypothèse des discriminations indirectes qui, bien que respectant l'égalité d'un point de vue formel laissent s'installer des inégalités de fait. Une fois de plus, le législateur et le juge sont amenés à dépasser une analyse superficielle de l'égalité et sont contraints de laisser la place prépondérante aux faits. L'absence de résultats satisfaisants de l'égalité formelle doit suffire à développer des notions égalitaires à vocation concrètes qui soient plus efficace dans la protection de l'égalité. Les discriminations positives font parties de ces notions qui peuvent donner une effectivité à l'égalité. L'orientation de la Cour vers le concret transcende tous les droits de la Convention et la recherche d'effectivité de chacun se suffit à elle-même. Tout au plus, l'article 14 a bénéficié de l'avancée de chaque droit pour se matérialiser de plus en plus. L'entrée en vigueur du protocole n° 12 ne modifiera certainement pas cette avancée car le souci du concret est toujours fortement présent.

## **B. Les discriminations positives en tant qu'obligations positives de l'Etat**

**339** - « *La collectivité doit procurer à ses membres tout ce qui leur est nécessaire pour atteindre leur fin* <sup>1594</sup> ». Cela signifie que l'Etat ne peut se contenter de rester passif, il doit agir et réagir en fonction de la réalité sociale. Intégrer le concret et les faits dans le droit, c'est aussi renforcer les obligations de l'Etat qui sont maintenant positives. L'égalité subit cette même influence du réel. L'égalité actuelle suppose un rôle actif de la norme car elle devient porteuse d'une « *exigence positive* <sup>1595</sup> ». D'un « *commandement d'abstention* », nous sommes passés à un « *commandement d'action* » <sup>1596</sup>. Créer des traitements différents pour des

---

<sup>1593</sup> § 42 de l'arrêt.

<sup>1594</sup> N. Catalano, *Rapport général sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 433.

<sup>1595</sup> C. Picheral, *Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'Homme*, RTDH, n° 1, n° spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 517.

<sup>1596</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 30.

situations différentes, correspond à une dynamique nouvelle au sein de l'égalité où le législateur se voit imposer un comportement au lieu de se le voir interdire<sup>1597</sup>. Puisque le principe d'égalité est porteur d'un but d'égalité concrète à réaliser, il impose du même coup les actions nécessaires à l'accomplissement de ce dernier. Le législateur ne peut se contenter d'être spectateur, il doit être l'acteur d'une dynamique positive réalisant l'égalité. La similarité verbale et lexicale des deux expressions n'est pas fortuite. Elles présentent toutes deux la particularité d'imposer au législateur une attitude dynamique, " positive " afin de remplir des objectifs de protection concrète des droits. L'expression discrimination positive n'est pas aussi contradictoire qu'il y paraît de prime abord. Le terme « positif » n'est pas qu'une mise en abîme de la nature classique négative des discriminations, mais représente aussi la volonté d'agir du législateur. Il est possible de les qualifier chacune d' « *actions volontaristes* <sup>1598</sup> ». Le rattachement des termes se révèle cohérent à l'examen puisque toutes deux relèvent d'un « *engagement positif* <sup>1599</sup> » de l'Etat. Ce dernier ne peut aussi s'expliquer que par la recherche d'une égalité qui soit protégée de manière effective. Cette obligation positive se retrouve aussi bien en droit européen des droits de l'homme qu'en droit communautaire. Les obligations positives prennent une place de plus en plus considérable au point qu'il existe maintenant une présomption pour les Etats d'être actifs. Or, ce point a de fortes conséquences sur les discriminations positives qui se ne sont que des obligations positives singulières.

## 1. Une présomption générale des obligations positives de l'Etat

**340** - La Cour de Strasbourg impose aux Etats non plus seulement de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics<sup>1600</sup>, mais aussi de s'assurer activement du respect effectif des droits. On passe d'une conception classique de "droits

---

<sup>1597</sup> M-F. Christophe Tchakaloff, *Loc. cit.*

<sup>1598</sup> M. Walzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Coll. La couleur des idées, Seuil, 1997, p. 337.

<sup>1599</sup> CEDH, 27.06.2000, *Cha'are shalom ve tzedek c/ France*, req. 27417/95, rec. 2000-VII.

<sup>1600</sup> Pour exemples : CEDH, 22.10.1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. 7525/76, A 45 qui protège l'individu quant à ses relations sexuelles homosexuelles ; CEDH, 24.11.1986, *Gillow c/ Royaume-Uni*, req. 9063/80, A 109 en ce qui concerne le respect du domicile.

de...” à une conception moderne de “droits à...”<sup>1601</sup>. Ainsi, relativement à l’article 8 de la Convention protégeant le droit à la vie privée et familiale, la Cour estime qu’ « *il appartient à chaque Etat membre contractant de se doter d’un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombe*<sup>1602</sup> ». Ainsi, « *l’ingérence passive*<sup>1603</sup> » peut constituer une violation d’un droit protégé. La Convention ne protège pas des « *droits théoriques ou illusoire mais des droits concrets et effectifs*<sup>1604</sup> ». Cette volonté de protéger effectivement les droits concernés a eu, en matière d’obligations positives, les mêmes conséquences qu’en matière d’égalité : il faut une intervention active de la part de l’Etat. C’est ainsi que ce dernier doit assurer l’effectivité du droit à mener une vie familiale normale<sup>1605</sup>, ou encore l’effectivité du droit d’une femme d’accéder à un tribunal afin d’assigner son mari en séparation de corps<sup>1606</sup>.

**341** - Récemment, les obligations positives semblent être devenues un principe sous-jacent de la Convention au même titre que la dignité humaine ou l’autonomie personnelle. En effet, dans l’arrêt *Sorensen et Rasmussen*<sup>1607</sup>, la Cour donne un nouvel essor aux obligations positives. Jusqu’à présent, les obligations positives prétoriennes<sup>1608</sup> étaient découvertes au fur et à mesure des espèces présentées à la Cour. Leur développement a permis de mettre à jour une véritable théorie des obligations positives. La rédaction floue d’un article de la Convention servant souvent à la Cour pour découvrir des nouvelles obligations de faire pour l’Etat<sup>1609</sup>. Dans l’arrêt *Sorensen et Rasmussen*, la Cour inverse son raisonnement en faisant découler les obligations positives de l’article 1 de la Convention. Elle analyse ensuite qu’en l’espèce, relativement à l’article 11, il en existe bien une. Le régime des obligations positives s’en trouve considérablement modifié. En effet, la découverte au cas par cas laisse la place à

---

<sup>1601</sup> F. Sudre, *Les « obligations positives » dans la jurisprudence des droits de l’Homme*, RTDH, 1995, p. 363.

<sup>1602</sup> CEDH, 25.01.2000, *Ignaccolo-Zénide c/ Roumanie*, req. 31679/96, rec. 2000-I, JCP G., 2001, I, 291, Chr. F. Sudre.

<sup>1603</sup> F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l’homme*, 7<sup>ème</sup> édition refondue, PUF, Coll. Droit fondamental, 2005, p. 237.

<sup>1604</sup> Pour quelques exemples : CEDH, Gde Ch., 12.02.2004, *Pérez c/ France*, req. 47287/99, D., 2004, p. 2943, note D. Roets ; RSC, 2004, p.698, obs. F. Massias ; CEDH, 21.03.2000, *Dulaurans c/ France*, req. 34553/97, D., 2000, p. 883, note T. Clay ; CEDH, 13.05.1980, *Artico c/ Italie*, req. 6694/74, A 37.

<sup>1605</sup> CEDH, 13.06.1979, *Marckx c/ Belgique*, req. 6833/74, A 31.

<sup>1606</sup> CEDH, 09.10.1979, *Airey c/ Irlande*, req. 6289/73, A 32.

<sup>1607</sup> CEDH, 11.01.2006, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, req. 52562/99 et 52620/99.

<sup>1608</sup> Il existe aussi la possibilité d’une obligation positive conventionnelle insérée au cœur de l’article 6, mais elle est doublée d’une obligation positive prétorienne : dans l’arrêt *Artico* contre Italie (CEDH, 13.05.1980, *Artico c/ Italie*, req. 6697/74, A 37), la Cour rappelle que l’Etat est dans l’obligation de mettre en place un système d’avocats commis d’office, mais que cela n’est pas suffisant. Il faut encore que l’Etat fasse en sorte que l’avocat effectue convenablement son travail.

<sup>1609</sup> *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’homme*, F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, PUF, 2005, p. 27.

une présomption générale d'obligation positive qui demande à être confortée ensuite pour chaque article à appliquer en l'espèce.

**342** - De la même manière, les obligations positives sous-tendent l'activité des Etats en droit communautaire. L'article 10 du traité C.E. prévoit que : « *Les Etats membres prennent les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission* ». C'est bien d'une obligation positive dont il s'agit puisque les Etats sont invités à participer pleinement et activement à la réalisation des obligations qui ressortent du traité. Le terme d'obligation positive est d'ailleurs présent dans les conclusions de l'avocat général Kokott sous l'arrêt en<sup>1610</sup>.

Que l'on se situe au sein de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou en droit communautaire, les Etats ont une obligation générale d'action afin que les droits consacrés soient effectifs. Cette dynamique correspond pleinement à une obligation de réaliser les droits et en particulier l'égalité.

## **2. Une obligation positive à la naissance des discriminations positives**

**343** - Que l'analyse soit faite à partir du droit européen des droits de l'homme ou à partir du droit communautaire, la relation entre obligation positive et discrimination positive est évidente. Si les deux notions ne se recoupent pas en totalité, les discriminations positives font partie des obligations positives à la charge de l'Etat dans la réalisation de l'égalité. De ce point de vue, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est plus explicite que celle de Luxembourg.

---

<sup>1610</sup> J. Kokott, 25.10.2005, Conclusions sous CJCE, 04.07.2006, Adeneler, C-212/04.

### a. Les discriminations positives, une obligation positive particulière de lutte contre les discriminations

344 - En matière d'égalité, « *la portée du principe évolue vers un souci de dynamique positive dépassant la simple non-discrimination* <sup>1611</sup> ». En droit européen des droits de l'homme, l'article 14 consacré au respect de l'égalité se trouve affecté par cette obligation positive ayant pour objectif la protection effective des droits. C'est ainsi que « *l'article 14, d'une manière générale, interdit toute discrimination dans la jouissance des droits de l'homme fondée notamment sur le sexe ou la naissance ; ce dernier texte justifie l'obligation positive des Etats d'assurer l'égalité de l'homme et de la femme ainsi que celle des enfants légitimes et naturels* <sup>1612</sup> ». De même, à propos du nouveau protocole n°12, une « *obligation active* <sup>1613</sup> » de la part de l'Etat est nécessaire afin d'assurer l'effectivité du principe d'égalité qui devrait devenir, par son intermédiaire, un droit consacré de manière indépendante. Les mesures différenciatrices imposées par la jurisprudence *Thlimmenos* <sup>1614</sup> ne sont alors que la transposition, en matière d'égalité, des obligations positives. En conséquence, contrairement à ce que certains auteurs semblent admettre, les discriminations positives font partie des obligations positives en matière d'égalité, sans recouvrir en totalité le champ d'application de ces dernières <sup>1615</sup>. En effet, la création d'un système d'aide judiciaire, l'accès aux tribunaux sans l'assistance d'un avocat pour les personnes ayant de faibles revenus, sont des mesures différenciatrices prenant en compte la situation particulière de certains justiciables et améliorant l'effectivité de l'article 6 de la Convention. Pour autant, elles ne répondent pas à une situation où les préjugés affectent une partie de la population. Ce sont des obligations positives classiques mises à la charge de l'Etat. En revanche, l'ouverture vers des obligations positives qui seraient des discriminations positives apparaît plus nettement dans d'autres espèces. En matière de discrimination, le comportement de l'Etat doit être attentif et actif lorsque cela est nécessaire. La discrimination raciale est sans doute l'exemple le plus

---

<sup>1611</sup> A. Rouyère, *Réflexions sur la sanction juridictionnelle du principe d'égalité (De la règle de non-discrimination au droit à la différence en passant par l'exigence d'égalité réelle...)*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 233.

<sup>1612</sup> C. Labrusse-Riou, *Droit des personnes et droit de la famille*, in « Libertés et droits fondamentaux », sous la direction de M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, Seuil, 2002, p.321.

<sup>1613</sup> G. Cohen-Jonathan, *Le droit de l'Homme à la non-discrimination raciale*, RTDH, 2001, numéro spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 665.

<sup>1614</sup> CEDH, 06.04.2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. 34369/97, Rec. 2000-IV.

<sup>1615</sup> Voir en ce sens Y. Madiot, *Droits de l'homme*, 2<sup>ème</sup> édition, Masson, 1991, p. 205.

troublant de la force du préjugé sur le comportement d'une personne et peut servir de référence à l'instauration des discriminations positives. Dans l'arrêt Timichev<sup>1616</sup>, par exemple, il était question d'un refus d'entrée sur le territoire d'une République russe au motif de l'origine tchéchène de la personne. L'interdiction provient en l'espèce d'un ordre verbal du ministre de l'intérieur. Le fait que l'ordre soit verbal renforce le poids de la personne par rapport à sa fonction et donne une valeur plus personnelle à la discrimination ainsi ordonnée. Pour autant, il s'agit dans ses effets d'une véritable discrimination directe en fonction de l'origine ethnique. Dans ce cas, l'action dynamique de l'Etat ne peut passer que par des mesures de discriminations positives afin que l'origine de la personne ne puisse être un frein à la jouissance de ses droits et que son égalité par rapport aux personnes d'une autre origine soit effective. Elles répondent aux caractéristiques données par la Cour en termes d'obligation de moyens afin de lutter efficacement contre certaines formes de discriminations, et spécialement la discrimination raciale<sup>1617</sup>. Les discriminations positives font parties des possibilités que l'Etat a pour agir en faveur de la protection contre les discriminations. Les discriminations positives font donc partie des obligations positives de l'Etat, particulières à l'article 14 et qui ne s'intéressent qu'à la lutte contre les conséquences inégalitaires des préjugés.

**345** - Jusqu'à présent, l'absence d'indépendance de l'article 14 a semblé desservir les discriminations positives. Dans les arrêts Chapman<sup>1618</sup>, Jane Smith<sup>1619</sup>, Lee<sup>1620</sup>, Coster<sup>1621</sup> et Beard<sup>1622</sup> la Cour admet l'obligation positive de protéger le mode de vie des Tsiganes : « *La vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers. Dans cette mesure, l'article 8 impose donc aux Etats contractants l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie* <sup>1623</sup> ». Cependant,

---

<sup>1616</sup> CEDH, 13.12.2005, Timichev c/ Russie, req. 55762/00 et 55974/00, D. 2006, Pan., p. 1719, Obs. J-F. Renucci .

<sup>1617</sup> *Ibid.*, § 56: « *Discrimination on account of one's actual or perceived ethnicity is a form of racial discrimination. Racial discrimination is a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, required from the authorities special vigilance and vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy's vision of society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment* ». Voir également : CEDH (Gde Ch.), 06.07.2005, Natchova et autres c/ Bulgarie, req. 43577/98.

<sup>1618</sup> CEDH, 18.01.2001, Chapman c/ Royaume-Uni, req. 27238/95, Rec. 2001-I.

<sup>1619</sup> CEDH, 18.01.2001, Jane Smith c/ Royaume-Uni, req. 25154/94.

<sup>1620</sup> CEDH, 18.01.2001, Lee c/ Royaume-Uni, req. 25289/94.

<sup>1621</sup> CEDH, 18.01.2001, Coster c/ Royaume-Uni, req. 24876/94.

<sup>1622</sup> CEDH, 18.01.2001, Beard c/ Royaume-Uni, req. 24882/94.

<sup>1623</sup> CEDH, 18.01.2001, Chapman c/ Royaume-Uni, req. 27238/95, Rec. 2001-I, § 96.

en refusant de faire une utilisation combinée de l'article 8 avec l'article 14, la Cour évite de faire bénéficier les Tsiganes de mesures de discriminations positives susceptibles de leur offrir un traitement différencié<sup>1624</sup>. Si le refus de consacrer des discriminations positives en la matière est patent, la Cour semble cependant lui donner « *un écho qui semble très favorable* <sup>1625</sup> ». Le constat selon lequel « *dictée par le souci de la Cour d'assurer le respect des droits concrets et effectifs et non pas théoriques et illusoire, cette découverte est explicitement rattachée à la nécessité de tenir compte de la vulnérabilité des Tsiganes et de leur appartenance à une minorité qui implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre* <sup>1626</sup> » peut concerner aussi bien les obligations positives que les discriminations positives. Le lien entre les obligations positives et les discriminations positives est ici clairement et profondément établi. Le vocable “positive” semble désigner dans tous les cas une nécessité d'action par les autorités étatiques. Les discriminations positives n'étant qu'une forme d'obligations positives destinées à donner une effectivité à l'article 14. Cependant, avec la place particulière donnée au respect du principe de non-discrimination, les obligations positives et les discriminations positives ont des liens renforcés. Le fait que l'article 14 doive être appliqué à la condition que le litige rentre dans le champ d'application d'un autre droit garanti par la Convention, fait des discriminations positives des mesures qui se trouvent être très proches des autres articles, la plupart du temps, l'article 14 ne se trouvant appliqué que combiné à un autre. Elles s'immiscent alors dans l'ensemble des dispositions conventionnelles. Sous le terme d'obligation positive, il peut arriver que ce soit de discrimination positive dont il s'agit. L'illustration des commentaires portant sur la protection des Tsiganes est éclairante sur ce point. Les discriminations positives s'imbriquent dans les obligations positives sans besoin particulier de les différencier par l'absence d'indépendance de l'article 14. De ce point de vue, ce système si particulier à la Convention - que remet en cause le nouveau protocole n° 12 - permet certainement une émergence voilée des discriminations positives, cachées derrière les obligations positives. L'entrée en vigueur du protocole n° 12 devrait forcer la Cour à exprimer plus clairement ce que sont les obligations positives qui ont trait au respect de l'égalité. Même si la Cour peut ne pas citer les discriminations positives, l'indépendance du principe de non-discrimination

---

<sup>1624</sup> Elle avait déjà nié cette possibilité sous l'angle de l'article 8 en affirmant § 95 que « *traiter différemment un Tsigane qui a illégalement stationné ses caravanes à un endroit donné, des non-Tsiganes qui y ont établi un site caravanier et toute personne qui y a fait construire une maison soulèverait des problèmes substantiels au regard de l'article 14 de la Convention* ».

<sup>1625</sup> D. Fiorina, *Mode de vie : la consécration du droit à la différence*, D., 2002, Jur., p. 2758.

<sup>1626</sup> J-P. Marguénaud, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme et les droits revendiqués au profit des minorités*, in « *Le droit à la différence* », Sous la direction de N. Rouland, PUAM, 2002, p. 205.

devrait, dans tous les cas, renouveler le discours de la Cour quant aux obligations de l'Etat, ce qui ne peut être que bénéfique aux obligations positives dans leur ensemble, mais aussi aux discriminations positives qui ne peuvent plus se protéger par paravent du fonctionnement des autres articles. En droit communautaire, les discriminations positives font depuis longtemps partie du paysage juridique, mais le fait de les mettre en relation avec les obligations positives renforce leur nécessité.

#### **b. Le renforcement communautaire des discriminations positives par les obligations positives**

**346** - Pour la protection de l'égalité, l'article 141 prévoit que « *Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe d'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle* ». Cette rédaction rappelle que c'est l'égalité réelle et substantielle qui est recherchée au sein du droit communautaire, mais elle donne aussi paradoxalement une version amoindrie des obligations positives consacrées de manière générique dans l'article 10 du traité C.E.. Si l'action est possible, elle n'est pas pour autant obligatoire. Les discriminations positives qu'encadre cet article ne sont que facultatives. L'article 141 serait, en quelque sorte, une *lex specialis* par rapport à l'article 10 en abaissant le seuil des obligations de l'Etat spécialement en matière de discrimination positive. Le statut particulier que confère l'article 141 à l'égalité est critiquable du point de vue des obligations positives généralement réservées à l'Etat, alors même que le principe de non-discrimination est considéré comme un principe général du droit communautaire<sup>1627</sup>, et que l'égalité entre les hommes et les femmes est qualifiée de « *droit fondamental de la personne humaine* <sup>1628</sup> ». Par ailleurs, la directive du 23 septembre 2002 modifiant la directive de 1976 relative à l'égalité

---

<sup>1627</sup> CJCE, 11.07.2006, Chacon Navas, C-15/05.

<sup>1628</sup> CJCE, 27.04.2006, Richards, C-423/04, note A. Budaga, *Transsexualisme et conversion des droits sociaux*, D., 2006, p. 1628.



de traitement entre les hommes et les femmes<sup>1629</sup> utilise cette expression d'obligation positive. Elle rappelle que « *l'égalité entre les hommes et les femmes est un principe fondamental en vertu de l'article 2 et de l'article 3, paragraphe 2, du traité CE et de la jurisprudence de la Cour de justice. Ces dispositions du traité proclament que l'égalité entre les femmes et les hommes constitue une "mission" et un objectif de la Communauté et imposent à celle-ci l'obligation positive de la "promouvoir" dans toutes ses actions* <sup>1630</sup> ». Malgré le caractère allusif de ce texte par rapport aux références classiques utilisées par la Cour de Strasbourg, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une obligation imposée à la Communauté dans le cadre d'un objectif, celui de la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes. D'ailleurs, les analyses doctrinales relatives à la jurisprudence communautaire portant sur l'égalité entre les hommes et les femmes empruntent parfois cette notion<sup>1631</sup>. Cette égalité est définie de manière matérielle puisque la directive fait mention de la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle « *la discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes* <sup>1632</sup> ». L'obligation positive faite à la Communauté de promouvoir le principe fondamental<sup>1633</sup> de l'égalité entre hommes et femmes s'appuie sur une définition concrète du respect de l'égalité. La Cour de Luxembourg fait ainsi du principe d'égalité et de non-discrimination un principe général<sup>1634</sup>, affirmant par là même l'aspect concret et dynamique de l'égalité. Les Etats membres se trouvent alors confrontés à cette même obligation positive. Ils se doivent d'avoir un comportement actif afin de pouvoir réaliser l'égalité en fait. Pour découvrir cette obligation positive, la directive se réfère aux articles 2 et 3 du traité C.E. qui citent entre autres l'égalité entre les hommes et les femmes parmi les missions de la Communauté, tandis que l'article 10 impose aux Etats une obligation positive générale. La combinaison de ces deux obligations positives montre combien l'égalité, spécialement celle entre les hommes et les femmes, doit être au cœur d'une protection active et toujours

---

<sup>1629</sup> Directive, 23.09.2002, 2002/73/CE du Parlement et du Conseil, modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1630</sup> Alinéa 4 du préambule de la directive.

<sup>1631</sup> F. David, *Les femmes, l'armée et le droit communautaire*, RTDH, 2004, p. 689 : La Cour de Luxembourg crée « *à la charge des Etats des obligations positives de comportement relatives à la composition de leurs forces armées* ».

<sup>1632</sup> Directive, 23.09.2002, 2002/73/CE du Parlement et du Conseil, modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, point introductif n° 11.

<sup>1633</sup> CJCE, 08.04.1976, Defrenne, C-43/75, rec. p. 455. L'égalité est considérée dans sa globalité comme un principe fondamental : CJCE, 30.04.1996, P/S et Cornwall County Council, C-13/94, rec. p. I-2143.

<sup>1634</sup> CJCE, 07.09.2006, Cordero Alonso, C-81/05.

réaffirmée. Comment comprendre alors que l'article 141 relatif à l'égalité entre les hommes et les femmes abaisse l'intensité de cette protection pour ne se contenter que d'une action facultative des Etats. Le fait de relier les discriminations positives aux obligations positives met en évidence la nécessité de mettre en œuvre des discriminations positives. La simple faculté n'est pas tenable au regard de la philosophie générale que l'on rencontre dans le traité C.E.. Il y a, à l'heure actuelle, une véritable ambiguïté entre les obligations positives et les discriminations positives qui laisse penser que les discriminations positives ont un statut inédit par rapport aux obligations positives. Cela ne doit pourtant pas être le cas car les discriminations positives font partie intégrante de la famille des obligations positives et, en conséquence, doivent avoir le même statut. Les obligations positives ayant valeur de présomption et de principe général, il doit en être de même dès lors que les inégalités sur lesquelles elles agissent sont causées par des préjugés.

## *Conclusion du Chapitre I*

347 - La contrariété des discriminations positives avec l'égalité formelle est indéniable. Cependant, ce constat représente une soif d'absolu dans le concept égalitaire qui n'a plus cours aujourd'hui. Si le constat est certain, il n'en est pas moins anachronique. Sous l'impulsion du droit communautaire et du droit européen des droits de l'homme, l'égalité s'est peu à peu matérialisée et s'est transformée en un objectif concret. Il est dorénavant admis que « *l'objectif d'égalité des chances [peut] conduire l'Etat à agir sur le corps social*<sup>1635</sup> ». Les discriminations indirectes constituent l'exemple le plus abouti des effets pervers d'une égalité strictement formelle. Cette nouvelle notion accueillie sans difficulté par le droit français reconnaît que l'égalité formelle est faillible et que l'égalité est la recherche d'un résultat, celui d'une égalité réelle. Cette avancée vers la matérialisation de l'égalité est d'autant plus souhaitable qu'elle participe d'un mouvement général du Droit qui va dans ce sens. Les discriminations positives ne sont que la continuation des discriminations indirectes, mais si leur admission pose des difficultés si importantes, c'est sans doute parce qu'elles dépassent l'égalité et son orientation matérielle ou formelle. Elles sont un constat d'échec de la société, de ses rouages, de son impossibilité de générer l'égalité. Le recours aux discriminations positives est un acte douloureux qui impose une remise en cause globale. Leur action répond à l'idée selon laquelle « *Il nous faut travailler à nous réformer nous-mêmes, à réformer nos cœurs, nos sentiments, nos idées, nos mœurs*<sup>1636</sup> ». C'est ici que se situe la limite des critiques apportées aux discriminations positives : elles restent dans le domaine de l'absolu sans prendre en compte le terrain social sur lequel elles viennent s'implanter. Cette position permet d'éviter le constat d'échec nécessaire à l'admission des discriminations positives, mais dessert l'égalité et la société dans son ensemble qui sont condamnées à stagner dans les eaux troubles d'une matérialisation inachevée et insuffisante pour remplir les objectifs assignés à l'égalité des chances - pourtant érigée en principe d'action -.

---

<sup>1635</sup> M-C. Laval-Reviglio, *Egalité et éducation : les discriminations justifiées, l'exemple de Sciences-Po*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 115.

<sup>1636</sup> A. Leroy-Beaulieu, *Les doctrines de la haine*, Calmann-Lévy, 1902, p. 139.



## Chapitre II

### Les discriminations positives réalisatrices d'une égalité matérielle proportionnée

**348** - « *S'il n'y a pas d'êtres identiques, la règle de justice n'a d'intérêt que si elle nous dit comment traiter des êtres qui ne sont pas identiques* <sup>1637</sup> ». Lorsque l'égalité devient un objectif concret à atteindre, la règle égalitaire doit exprimer le traitement de la différence de situation tout en arrimant la règle à cet objectif égalitaire. Autrement dit, l'égalité matérielle doit être proportionnée. L'illustration de cette proportionnalité est parlante puisqu'elle se traduit par l'image même de la justice : celle d'une balance dont les deux plateaux se situent sur un même niveau. Cette idée est parfaitement résumée par le Professeur Flauss lorsqu'il indique que la promotion de l'égalité des chances bénéficie « *d'une présomption quasi-irréfragable de "légitimité"* », mais cette dernière ne peut constituer, « *en tant que telle, la justification "raisonnable et objective" de la différence de traitement* » <sup>1638</sup>. Les discriminations positives, en tant que mécanisme issu de l'égalité matérielle et de la philosophie de l'égalité des chances, doivent bénéficier de cette figure juridique. Le recours au principe de proportionnalité bénéficie d'un contexte favorable à son application puisque qu'il s'agit d'un principe important <sup>1639</sup> encadrant une application particulière d'un principe

---

<sup>1637</sup> C. Perelman, *Cinq leçons sur la justice*, in « Droit, morale et philosophie », LGDJ, 1968, p. 15.

<sup>1638</sup> J-F. Flauss, *Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme*, in « Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon », Bruylant, 1998, p. 415.

<sup>1639</sup> Le principe de proportionnalité est un principe général du droit communautaire ainsi que le principe de non-discrimination. Sur ce point : J-C. Gautron, *Droit européen*, Dalloz, Coll. Mémento, 2004, p. 151 et s..

fondamental<sup>1640</sup>. Si l'utilisation d'un tel cadre paraît évidente, ses modalités n'en sont pas moins difficiles à définir. Le préjugé à l'origine de l'inégalité entre les catégories induit une proportionnalité inhabituelle. Le préjugé développé au sein de la société n'emporte que dans certaines circonstances des conséquences négatives. Or, ces dernières ne sont pas provoquées par les membres de la catégorie avantagée, mais par les membres d'une catégorie tierce. En effet, la discrimination à l'embauche des personnes handicapées n'est pas due en tant que telle aux personnes valides, mais à la catégorie des employeurs. La proportionnalité ne relève plus d'une balance à deux plateaux, mais à trois.

L'application de cette proportionnalité complète (Section I.) permet aussi de discuter rationnellement d'un critère souvent mis en avant par la doctrine et qui semble *a priori* en accord avec le préjugé, celui du critère temporaire des discriminations positives (Section II.).

### **Section I. Une proportionnalité complète**

**349** - « *Le principe de proportionnalité postule que tout moyen utilisé par un pouvoir étatique doit être, dans la gravité de ses effets sur la situation des particuliers, dans un rapport raisonnable avec la fin qu'il sert à atteindre*<sup>1641</sup> ». En matière d'égalité différentielle, parler de proportionnalité de la mesure fait inéluctablement penser à l'équilibre nouvellement instauré. L'action doit se faire au bénéfice des victimes actuelles de discriminations et se fait au détriment des personnes qui n'en sont pas victimes. Cependant, les discriminations positives ont aussi des répercussions sur les entités qui sont susceptibles aujourd'hui de prendre des décisions, ou de faire marcher les rouages structurels de normes discriminatoires dans les faits. En France, la mise en place de mesures de parité concernant les listes électorales a des conséquences sur les femmes qui sont victimes de discriminations dans le parti auquel elles appartiennent, sur les hommes qui se trouvent amoindris dans leurs possibilités d'être présents sur une liste, et enfin sur le parti qui doit présenter la liste puisque sa liberté se trouve limitée par la mesure de parité. Toute discrimination positive est

---

<sup>1640</sup> CJCE, 10.02. 2006, Deutsche Post AG c/ Sievers et Schrage, C-270/97 et C-271/97, point 57 ; CJCE, 10-02-2000, Deutsche Telekom AG c/ Schröder, C-50/96, point 57.

<sup>1641</sup> P. Moor, *Systématique et illustration du principe de proportionnalité*, in « Les droits individuels et le juge en Europe », Mélanges en l'honneur de M. Fromont, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 319.

représentée par un triptyque dont les panneaux sont intimement liés par des mouvements complexes et parfois contradictoires. Il appartient au législateur de créer une mesure qui réalise un équilibre, aussi parfait que possible, entre ces trois intérêts. Cela introduit bien évidemment une notion de quantité et d'intensité de la mesure, mais aussi un aspect qualitatif car toute discrimination positive s'inscrit dans un environnement spécifique dont il faut tenir compte. Il ne s'agit pas de choisir entre une proportionnalité comprise comme un rapport mathématique et qui se fonde sur « *un rapport de convenance, de logique, ou de mesure entre les parties d'un tout*<sup>1642</sup> » et une proportionnalité plus qualitative<sup>1643</sup>. L'aspect du contrôle de proportionnalité le plus évident est celui qui s'intéresse aux rapports quantitatifs réalisés par la mesure (Sous-section I.), mais l'aspect qualitatif n'est pas non plus à négliger (Sous-section II.).

### **Sous-section I. Une proportionnalité quantitative**

**350** - La mise en place d'une discrimination positive touche de manière directe ou indirecte la situation juridique et factuelle de trois catégories de personnes. Paradoxalement, la personne, ou l'entité, directement visée est souvent celle dont on oublie facilement l'existence lors de l'analyse de la mesure : c'est celle qui va supporter les aménagements égalitaires. Par exemple, l'employeur est celui qui va devoir modifier sa politique d'embauche en fonction de nouveaux objectifs égalitaires relativement à l'égalité des sexes. De ce fait, les travailleurs féminins et masculins ne sont concernés qu'indirectement puisque ce sont eux qui vont subir l'action de l'employeur, les uns positivement, les autres négativement. Le contrôle de proportionnalité se doit donc de mettre en balance les situations respectives de ces trois catégories de personnes relativement à l'objectif poursuivi qui est celui du retour à l'égalité dans les faits. Les discriminations positives font partie des obligations positives de réaliser, mais leur caractéristique principale, qui est de combattre les effets inégalitaires des préjugés, implique que le poids de la protection repose sur un tiers. Les discriminations positives ne

---

<sup>1642</sup> F. Delpérée, *Le principe de proportionnalité en droit public (Éléments d'analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'Etat)*, « Rapport belges au Xème congrès international de droit comparé », Budapest, 23 – 28 août 1978, Bruylant, 1978, p. 503.

<sup>1643</sup> Sur cette alternative : I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2001, p. 2.

sont donc pas une obligation de réaliser une égalité comme les autres, elles sont une obligation de réaliser l'égalité de manière indirecte. Cela complique la tâche du contrôle de proportionnalité qui doit aménager la concurrence de plusieurs intérêts privés, ce qui techniquement, est parfois difficile. Il faut donc étudier dans un premier temps toutes les hypothèses de l'absence quantitative de proportionnalité (§1.) pour ensuite vérifier si une prise en compte de tous les intérêts est possible (§2.).

### **§1. Une relation quantitative triangulaire**

**351** - Une discrimination positive est le résultat d'un conflit d'intérêt fait de celui de la victime du préjugé, de celui qui bénéficie du préjugé et de celui qui concrétise le préjugé par un acte discriminatoire. La résolution de la friction des deux premiers intérêts est celle qui pose le moins de difficultés car il s'agit d'un rapport classique de proportionnalité. En revanche, la prise en compte de l'intérêt de la catégorie qui crée la discrimination est moins évidente. Pourtant, c'est ici que se situe le poumon des discriminations positives. Obligées d'intervenir contre des agissements, elles doivent réaliser une protection des victimes (A.), mais ne peuvent le faire que de manière indirecte (B.).

#### **A. La proportionnalité de l'obligation de réaliser l'égalité**

**352** - La notion d'équilibre est au cœur de l'égalité substantielle réalisée par le traitement différent. En incluant un but dans le principe d'égalité, on a par là même impliqué « *un rapport de compatibilité et donc de proportionnalité* <sup>1644</sup> ». Admettre que la recherche de l'égalité substantielle est un but légitime n'est pas suffisant pour que la discrimination

---

<sup>1644</sup> X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica/PUAM, Coll. Science et Droit administratifs, 1990, p. 102.



positive soit admise<sup>1645</sup>, il faut aussi qu'elle ne soit pas trop lourde à supporter pour les personnes non visées en constituant, à son tour, une « *discrimination arbitraire* <sup>1646</sup> ». Le contrôle de proportionnalité pourrait éventuellement sanctionner aussi bien le trop que le trop peu.

## 1. Le trop

353 - C'est là le point le plus flagrant du contrôle de proportionnalité. Une des critiques qui revient le plus souvent concernant la mise en place d'une discrimination positive est qu'elle crée une nouvelle discrimination au détriment des personnes qui ne sont pas visées par la protection de la mesure. Madame le Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez ne manque pas de faire remarquer que même si la discrimination positive est mise en œuvre afin d'aider des personnes défavorisées, par exemple les femmes, et dans le but d'atteindre une égalité dans les faits, « *on ne peut se dissimuler que le moyen utilisé soit discriminatoire à l'égard des hommes* <sup>1647</sup> ». Une constatation identique revient sous la plume de Bernadette Renauld<sup>1648</sup>. La mesure fabriquerait ainsi des « *victimes innocentes* <sup>1649</sup> ». Dans l'absolu, le constat ne peut être nié. Le système des discriminations positives fonctionne en vases communicants : ce qui est donné comme opportunités à une catégorie, est ôté aux membres d'une autre catégorie. Cependant, il faut raisonner de manière relative, en prenant en compte la situation sur laquelle vient s'articuler la mesure protectrice. La situation de référence est

---

<sup>1645</sup> La rédaction de la Convention européenne des droits de l'homme est éclairante sur ce point. Les droits conditionnels qu'elle contient peuvent être limités sous certaines conditions. En prenant l'exemple de l'article 8 consacré au respect de la vie privée et familiale, il existe 3 conditions à la limitation des droits : la loi doit la prévoir, elle doit avoir un but légitime et elle doit être nécessaire, ce qui induit qu'elle doit être proportionnée : « *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». La Cour ne se contente donc jamais de constater que le but de la mesure est légitime, mais regarde si l'ingérence ainsi créée est proportionnée à ce but. Sur ce point : F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 440.

<sup>1646</sup> X. Philippe, *Op. cit.*, p. 102.

<sup>1647</sup> F. Dekeuwer-Défossez, *L'égalité des sexes*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998, p. 14.

<sup>1648</sup> B. Renauld, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425 ; F. Abikhzer, *La discrimination positive en France : un concept mort-né ? L'avenir juridique d'une conception identitaire*, RRJ, 2005-4, vol. 1, p. 2081. Voir également les développements concernant cette orientation doctrinale : A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305.

<sup>1649</sup> L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

déséquilibrée, il faut que l'action législative permette de retrouver un équilibre en tendant vers une égalité réalisée dans les faits. Cela signifie aussi que, dans la situation de référence, les personnes qui ne sont pas discriminées bénéficient d'opportunités qui ne leur étaient pas initialement destinées si le marché de l'emploi, ou toute autre zone d'interaction, fonctionnait normalement et en toute objectivité. La discrimination positive ne fait qu'agir sur cette situation biaisée et si des opportunités sont ôtées aux personnes auparavant non-discriminées, elle ne doit pas leur enlever plus que nécessaire. Idéalement, la discrimination positive devrait permettre artificiellement le jeu du marché comme s'il fonctionnait sans aucune anicroche ni dérapage dus à un préjugé. Les opportunités qui sont visées devraient être uniquement celles qui sont aujourd'hui mal distribuées, sans toucher à celles qui ne posent aucune difficulté. Tel est l'équilibre idéal de la mesure<sup>1650</sup>. L'enjeu est de concilier, « *dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celle du but recherché* », il ne faut pas aller « *au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi* »<sup>1651</sup>. Ce qui doit provoquer le rejet de deux types de mesures : celle qui consiste en une discrimination accablante pour les victimes de la discrimination actuelle, mais aussi celle qui inverse la situation actuelle sous la forme d'une discrimination à rebours.

#### **a. Le rejet des discriminations accablantes**

**354** - Le fait de creuser encore plus les déséquilibres actuels grâce à la catégorisation ne peut survivre au contrôle de proportionnalité. En effet, outre l'absence éventuelle de but légitime, la mesure est automatiquement disproportionnée puisque l'égalité de fait est contredite, voire esquivée, puisque l'écart déjà présent entre les deux catégories va s'accroître. Néanmoins, les personnes membres de ces deux catégories ne sont pas les seules dont les situations sont affectées par une discrimination positive. Une telle mesure peut être qualifiée d'accablante dans le sens où elle va enfermer la catégorie dans une relation encore plus inégalitaire qu'elle ne l'est à l'heure actuelle. C'est une forme de discrimination qui n'a

---

<sup>1650</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 66.

<sup>1651</sup> CJCE, 22.11.2005, Mangold, C-144/04, point 65. Voir également CJCE, 11.01.2000, Kreil c/ Bundesrepublik Deutschland, C-285/98, Rec. p. I-69.

jamais été définie ouvertement, mais qui transparaît pourtant dans le discours égalitaire et la jurisprudence.

**355** - La Cour d'Arbitrage de Belgique a parfaitement résumé la situation des mesures différenciatrices en admettant que « *dans certaines circonstances, des inégalités ne [sont] pas inconciliables avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, lorsqu'elles visent précisément à remédier à une inégalité existante* <sup>1652</sup> ». La mesure différenciatrice ne peut intervenir que pour faire disparaître ou amoindrir les effets de l'inégalité de fait constatée. Inégalité qu'il faut combattre car elle est « *moralelement dégradante* », c'est-à-dire « *injuste et illégitime* <sup>1653</sup> ». En conséquence, toute mesure qui aura un effet, ou qui présentera un objectif, autre ne pourra qu'être écartée. L'intervention législative doit donc se faire « *en faveur des défavorisés* <sup>1654</sup> » et non à leur détriment, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas « *accroître les disparités qu'elle a pour objectif légitime de corriger* <sup>1655</sup> ». L'idée principale des mesures différenciatrices est de retrouver une « *égalité en valeur des individus* <sup>1656</sup> ». Il faut alors appliquer aux personnes discriminées le « *traitement le plus favorable* <sup>1657</sup> ». L'intérêt de ces mesures est de réduire l'écart constaté entre les personnes et non de le creuser. Les actions apportant un traitement différent ne doivent donc pas offrir une discrimination accablante pour le groupe déjà considéré comme défavorisé. Le fait de devoir apporter un traitement différent à des situations différentes ne doit pas représenter un prétexte afin de desservir encore plus les personnes défavorisées et de créer une situation « *encore plus injuste et plus incompréhensible* <sup>1658</sup> ». Aussi théoriques que paraissent *a priori* ces discriminations accablantes, des exemples concrets peuvent pourtant être signalés. En effet, les mesures d'interdiction du travail de nuit des femmes ne sont pas autre chose que des discriminations accablantes. La Cour de justice des Communautés européennes a condamné la France à deux

---

<sup>1652</sup> CA Belgique, 27.01.1994, 9/94. Voir sur cette jurisprudence D. Godefridi, *L'égalité devant la loi dans les jurisprudences de la Cour d'Arbitrage de Belgique et de la Cour Suprême des Etats-Unis*, RIDC, n°2, 2003, p. 331.

<sup>1653</sup> J-F. Spitz, *Autour de l'amour de l'égalité. Le rôle de l'égalitarisme néo-classique dans l'apologie précoce des sociétés libérales*, Droits. Revue française de théologie, de philosophie et de culture juridiques, n° 33, 2001, p. 107.

<sup>1654</sup> R. Pelloux, *Les nouveaux discours sur l'inégalité*, RDP, 1982, p. 909.

<sup>1655</sup> G. Pellissier, *Op. cit.*, p. 42.

<sup>1656</sup> O. Jouanjan, *Conclusions*, in «Actualité politique et juridique de l'égalité», Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 245.

<sup>1657</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 174.

<sup>1658</sup> I. Cabral Barreto, opinion dissidente sous CEDH, 07.02.2006, D.H. et autres c/ République tchèque, req. 57325/00, § 6.

reprises quant à sa législation interdisant aux femmes de travailler de nuit<sup>1659</sup>. Il s'agissait à n'en pas douter d'une discrimination directe au désavantage des femmes. L'Etat français se retranchait derrière le fait qu'il était nécessaire de protéger la femme, plus faible physiquement ; l'interdiction du travail de nuit des femmes devant servir cette protection. Or, le travail physique demandé ne diffère pas selon le sexe du travailleur<sup>1660</sup>, il n'y a donc pas de distinction à faire entre les travailleurs des deux sexes. La question pourrait se présenter au premier abord comme une simple discrimination directe, mais le problème est plus complexe. Il est certain que d'une manière générale, les femmes se trouvent dans une situation défavorable sur le marché du travail par rapport aux hommes. Les restreindre alors dans leur choix professionnel constitue un désavantage supplémentaire à leur encontre. D'ailleurs, ce constat peut être effectué dès lors qu'existe une mesure de protection de la femme qui est constituée par une interdiction. C'est ainsi que « *la grande loi de 1892 relative au "travail des enfants, des filles mineures et des femmes dans les établissements industriels" limitait (...) à 11 heures la journée de travail des femmes, restreignait sévèrement leurs possibilités d'accéder au travail de nuit et leur interdisait l'accès à certains travaux ou à certains établissements insalubres ou dangereux. Maniée avec dextérité par les syndicats ouvriers soucieux de protéger leurs adhérents contre la concurrence féminine, cette législation "protectrice" a contribué à cantonner les femmes dans les secteurs les moins rémunérés, et a aggravé la ségrégation entre les sexes sur le marché du travail* »<sup>1661</sup>. La situation éventuellement discriminatoire n'est donc pas à prendre au premier degré, mais nécessite une lecture plus approfondie de la situation des femmes. Pour ce faire, la Cour de Justice n'hésite pas à examiner l'ensemble des règles litigieuses pour tenir compte « *à la fois de la violation du principe de l'égalité de rémunération et de la violation du principe de l'égalité de traitement* »<sup>1662</sup>. Deux niveaux de lecture sont demandés afin de déterminer avec précision la situation inégalitaire, qui peut alors révéler non seulement une discrimination directe, mais encore une discrimination directe accablante. C'est alors qu'il est possible de conclure que l'interdiction du travail de nuit des femmes ne constitue en aucune manière une discrimination positive, comme certains auteurs peuvent le soutenir<sup>1663</sup>, mais de réelles discriminations

---

<sup>1659</sup> CJCE, 25.07.1991, Stoeckel, C-345/89, rec. p. I-4047 ; CJCE, 02.08.1993, Levy, C-158/91, Rec. p. I-4287.

<sup>1660</sup> Au contraire, par exemple du travail en milieu hyperbare, voir sur ce point : F.G. Jacobs, Conclusions sous CJCE, 08.07.2004, Commission c/ Autriche, C-203/03.

<sup>1661</sup> G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 22.

<sup>1662</sup> A. Saggio, conclusions sous Jorgensen, 13.01.2000, C-226/98, point 20. Voir également CJCE, 19.11.1998, Hoj Pedersen, C-66/96, rec. p. I-7327.

<sup>1663</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 293 ; J. Mouly, *Droit du travail*, Bréal, Coll. Lexifac Droit, 2<sup>ème</sup> édition, 2004, p. 116.

négligentes accablantes. « *Le fait de ne pas regarder dans quelles situations respectives sont les hommes et les femmes aggrave potentiellement les inégalités dont sont déjà victimes les femmes*<sup>1664</sup> ». Cela démontre une fois de plus que les apparences sont trompeuses et ce sont seulement les conséquences factuelles des normes égalitaires qui importent.

**356** - Le constat est identique en matière d'interdiction d'accès à certains corps de métiers dans l'armée faite aux femmes dans certains Etats membres, notamment aux postes qui nécessitent le port d'armes à feu. La justification de ces interdictions est la même qu'en matière de travail de nuit, à savoir la protection des femmes, doublée d'une justification arbitraire fondée sur la sécurité nationale et selon laquelle la présence de femmes compromettrait la cohésion et le moral des unités militaires<sup>1665</sup>. Ces interdictions ont pour conséquence d'interdire aux femmes des emplois tels que des postes de cuisinières<sup>1666</sup> ou de maintenance électronique<sup>1667</sup>, alors que dans le même temps les Etats membres ont l'obligation en la matière de promouvoir la place des femmes dans leurs armées<sup>1668</sup>, en considération du rôle traditionnellement attaché à l'homme qui est celui de défendre la Patrie<sup>1669</sup>. L'inégalité entre les hommes et les femmes est ainsi constatée par le droit communautaire. Pourtant, certains Etats membres appuient cette différence en désavantageant les femmes dans le choix de leur carrière.

**357** - Certains traitements relatifs aux femmes enceintes relèvent parfois de la même dynamique. Le droit communautaire accepte l'interdiction du travail de nuit au titre de l'article 2, § 3 de la directive de 1976 afin de protéger les femmes enceintes. A cet égard, il existe, à n'en pas douter, des différences physiques et physiologiques qui empêchent ces dernières d'effectuer un travail de nuit identique à celui d'une femme qui n'est pas enceinte, ou à celui d'un homme - puisque la situation de ces deux catégories de travailleurs a été jugée identique -. La différence de traitement est donc admise<sup>1670</sup>. En revanche, ce qui n'est pas admis par la Cour de justice est le recours à cette interdiction afin de licencier une travailleuse enceinte : cette interdiction ne peut « *servir de base pour mettre fin à un contrat de travail à*

---

<sup>1664</sup> M. Miné, *Droit et discrimination sexuelle au travail*, entretien avec C. Coste, Cités, 2002, n°9, p. 91.

<sup>1665</sup> La Pergola, conclusions sous CJCE, 18.05.1999, Sirdar, C-273/97.

<sup>1666</sup> CJCE, 26.10.1999, Sirdar, C-273/97, rec. p. I-7403.

<sup>1667</sup> CJCE, 11.01.2000, Kreil c/ Bundesrepublik Deutschland, C-285/98, rec. p. I-69.

<sup>1668</sup> La directive de 1976 préconisant des actions positives en faveur des femmes est en effet applicable en matière militaire puisqu'elle s'inscrit dans un cadre général.

<sup>1669</sup> F. David, *Les femmes, l'armée et le droit communautaire*, RTDH, 2004, p. 689.

<sup>1670</sup> CJCE, 03.02.2000, Mahlburg, c/ Land Mecklenburg-Vorpommern, C-207/98, rec. p. I-549.

*durée indéterminée existant*<sup>1671</sup>». Dans ce cas, la différence de situation constatée et incontestable a servi de base afin, non pas de réduire l'écart existant entre les femmes enceintes et les autres travailleurs, mais de creuser la situation inégalitaire. En effet, les femmes enceintes se trouvaient de cette manière discriminées, alors qu'elles étaient déjà dans une situation particulière et défavorable. La Cour de justice des Communautés européenne a d'ailleurs entrevu le problème du traitement différent entraîné par les particularités de la situation des femmes avec des enfants en bas âge. Dans l'arrêt Lommers<sup>1672</sup>, les places en garderie étaient uniquement réservées aux enfants du personnel féminin du ministère de l'agriculture néerlandais, mais une procédure d'urgence était aussi mise en œuvre lorsque la situation particulière d'un fonctionnaire masculin l'exigeait. La Cour a eu à contrôler la proportionnalité d'une telle mesure d'aide aux femmes. Pour ce faire, elle indique qu' « *A titre liminaire, il convient de relever qu'une mesure telle que celle en cause au principal qui se veut destinée à abolir une inégalité de fait pourrait néanmoins également risquer de contribuer à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes* »<sup>1673</sup>. La Cour fait bien référence ici à une mesure qui, sous couvert de réaliser un équilibre, va en fait conduire à un déséquilibre de la situation encore plus important. Qui plus est, en l'espèce, la mesure en cause est une discrimination positive. Le texte visé est l'article 2 § 4 de la directive 76/207<sup>1674</sup> qui est relatif aux discriminations positives. De plus, la Cour dit ouvertement que l'action vise à compenser une inégalité sociale qui touche les femmes et non une différence biologique. Le problème en cause montre au passage combien les discriminations positives sont proches de la compensation des différences objectives sur lesquelles s'attachent les préjugés. L'arrêt Lommers représente donc la prise en compte de la possibilité de créer une discrimination accablante avec une discrimination objective. De même, des congés de maternité trop longs ne sont pas une véritable aide pour les femmes qui sont incitées à ne plus travailler. Loin de favoriser l'égalité, ce type d'action augmente l'écart de situation qui règne entre les hommes et les femmes<sup>1675</sup>.

---

<sup>1671</sup> *Ibid.*, voir en ce sens CJCE, 05.05.1994, Habermann – Beltermann, C-421/92, rec. p.I-1657.

<sup>1672</sup> CJCE, 19.03.2002, Lommers, C-476/99, rec. p. I-2891.

<sup>1673</sup> Point 41 de l'arrêt.

<sup>1674</sup> Directive, 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1675</sup> J. Lewis, *Quels moyens pour promouvoir quelle égalité des sexes ? Les inégalités hommes-femmes dans la division du travail rémunéré et non rémunéré*, RFAS, 2006, n° 1, « Réformes de la protection sociale en Europe. Défis et stratégies en Europe continentale et du Sud », p. 161.

**358** - Un dernier exemple est plus frappant encore. Il a fallu attendre un décret d'application de 1976<sup>1676</sup> faisant suite à la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées de 1975<sup>1677</sup> pour faire cesser l'interdiction faite aux sourds d'utiliser la langue des signes. Auparavant, les personnes sourdes et malentendantes se trouvaient dans l'impossibilité de communiquer puisque le seul langage adapté à leur handicap leur était interdit. Il s'agit bien ici d'une discrimination accablante, puisque la situation différente de ces personnes handicapées servait de fondement à une différence de traitement qui était loin de leur être bénéfique et de les placer dans une situation équivalente aux personnes ne souffrant pas de ce handicap. Leur handicap était certes pris en compte par la norme, mais uniquement dans le but de les empêcher de s'exprimer dans une autre langue et de rétablir une certaine forme d'égalité dans les faits. Dans l'impossibilité de suivre une scolarité normale du fait de leur handicap, les personnes sourdes ne pouvaient également pas poursuivre une scolarité adaptée puisque toute communication leur était *de facto* empêchée. Il s'agit bien d'une différenciation juridique, l'interdiction d'utiliser le langage des signes ne touchant de fait que les personnes sourdes ou leur entourage, mais elle se fait dans le sens du creusement du fossé entre les sourds et les entendants. En revanche, la prise en compte actuelle du handicap, même si elle est insuffisante, permet aux sourds de poursuivre des études dans des écoles spéciales où l'enseignement est dispensé en langage des signes. La loi de 2005 spécialement consacrée aux personnes handicapées<sup>1678</sup> affirme ainsi que toute personne sourde doit pouvoir suivre un enseignement en langue des signes française, cette dernière obtenant au passage le statut de « *langue à part entière* <sup>1679</sup> ». Cette évolution positive est relayée par de nombreuses associations permettant l'accès à l'apprentissage du langage des signes. De ce point de vue, nous sommes donc passés d'une discrimination accablante à une différenciation juridique adaptée aux besoins des personnes handicapées.

**359** - Nous pourrions résumer la problématique des discriminations accablantes grâce à l'opinion dissidente du juge Cabral Barreto dans une affaire où il était question de savoir si le placement d'enfants Roms dans des écoles spécialisées pour enfants en difficulté était

---

<sup>1676</sup> Décret, 09.08.1976, 76-729, Décret relatif à la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées.

<sup>1677</sup> Loi, 30.06.1975, 75-534, Loi d'orientation en faveur des personnes handicapées.

<sup>1678</sup> Loi, 11.02.2005, n° 2005-102, loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

<sup>1679</sup> Loi, 11.02.2005, n° 2005-102, loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, article 75.

discriminatoire<sup>1680</sup>. La Cour dans son ensemble a conclu à l'absence de violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 du protocole n° 1 relatif au droit à l'instruction. Pour le juge, le fait que certaines écoles spécialisées comptaient entre 80 et 90% d'enfants Roms est la « *reconnaissance explicite par l'Etat tchèque de la pratique discriminatoire dénoncée par les requérants* <sup>1681</sup> ». Il existe bien des « *particularités* <sup>1682</sup> » dans la situation des enfants Roms et des enfants en difficulté scolaire en général qui demandent un traitement idoine ; il s'agirait même d'une obligation pour l'Etat de prendre en compte ces besoins spécifiques<sup>1683</sup>. Cependant, « *“le traitement différent” que l'Etat tchèque a réservé aux requérants a aggravé, à mon avis, les différences entre ceux-ci et les autres élèves qui fréquentaient des écoles normales. Cette mesure (...) semble encore plus injuste et incompréhensible quant au niveau cognitif que la plupart des élèves présentaient à cet égard un niveau moyen ou supérieur à la moyenne des élèves fréquentant les écoles normales. Ce faisant l'Etat tchèque a refusé à ces élèves la progression cognitive et intellectuelle qu'ils auraient dû atteindre car ils possédaient les capacités nécessaires pour le faire* <sup>1684</sup> ». Les actions étatiques différenciatrices qui créent un déséquilibre encore plus profond entre des situations déjà inégales sont accablantes au sens où elles sont encore plus inégalitaires et injustes que l'inaction de l'Etat. La prise en compte de la différence n'est qu'un fondement supplémentaire à une stigmatisation accrue de personnes relevant de certains groupes. Le désavantage devient plus important, alors même que la stigmatisation est plus forte. L'appartenance à une catégorie sert de prétexte à une discrimination plus insoutenable, astreignant les personnes visées à une vie en marge de la majorité, sans espoir de retrouver une situation égalitaire, ni de droit, ni de fait. L'existence de différences de situation justifie une intervention législative, mais cette dernière ne doit pas se faire dans le sens d'un accroissement des inégalités. Au contraire, la mesure égalitaire doit avoir pour conséquence l'effacement des différences. Cela implique que la mesure replace les différentes catégories d'individus sur un pied d'égalité<sup>1685</sup>. Les mesures catégorielles, y compris les discriminations positives, n'ont pas pour but d'exclure les populations déjà défavorisées, mais de permettre leur intégration dans la

---

<sup>1680</sup> CEDH, 07.02.2006, D.H. c/ République tchèque, req. 57325/00. A ce jour, cette affaire a été renvoyée en Grande Chambre ce qui prouve l'intérêt de la question abordée en l'espèce.

<sup>1681</sup> § 2 de l'opinion dissidente.

<sup>1682</sup> § 4 de l'opinion dissidente.

<sup>1683</sup> § 4 de l'opinion dissidente : « *Je dirais même plus : l'Etat devrait prendre en compte les élèves qui, à cause de leurs particularités, demandent un enseignement particulier* » ; § 5 : « *dans la situation des requérants, le respect de l'article 14 de la Convention exigeait la prise de mesures pour combler les différences* ».

<sup>1684</sup> § 5 de l'opinion dissidente.

<sup>1685</sup> K. Berthou, *Sur les discriminations positives (à propos de l'arrêt CJCE, 28.03.2000, Badeck et autres, C-158/97)*, DS, 2000, p. 901.



société<sup>1686</sup>. A l'inverse, la discrimination positive ne doit pas provoquer l'exclusion de la catégorie jusqu'ici favorisée dans les faits.

## b. Le rejet des discriminations à rebours

**360** - Aujourd'hui, si le principe d'égalité, « *impose un comportement* <sup>1687</sup> », il n'exige pas n'importe quel comportement. L'objectif de toute mesure différenciatrice doit être le nivellement des situations de toutes les personnes considérées. Pour que l'égalité « *soit respectée, il ne suffit pas que la différence de traitement soit expliquée par la différence de situation. (...) Il faut encore que les différences de traitements appliquées aux différentes catégories maintiennent tous les membres de toutes les catégories sur un pied d'égalité* <sup>1688</sup> ». Ce dernier point implique que les individus se retrouvent dans une situation égalitaire à la suite de ces mesures. Il s'agit ici de mettre en œuvre le caractère social de la République en compensant « *par un avantage juridique une inégalité de fait* » <sup>1689</sup>. Il s'agit de compenser<sup>1690</sup> ou de corriger<sup>1691</sup> une différence, il ne s'agit pas d'inverser la situation inégalitaire<sup>1692</sup>. La mesure différenciatrice ne doit pas créer une nouvelle inégalité au détriment des personnes auparavant privilégiées, elle doit réaliser un juste équilibre. C'est sur ce point d'ailleurs que la

---

<sup>1686</sup> *Etude des programmes d'action positive en tant que stratégies destinées à intégrer les travailleurs féminins et d'autres groupes minoritaires dans le marché du travail*, Rapport de synthèse, Centre de sociologie du droit social de Bruxelles, sous la direction de E. Vogel-Polsky, Commission des Communautés Européennes, Document n° 34, V/30/83/Fr – Orig. Fr, 1982.

<sup>1687</sup> M-F Christophe Tchakaloff, *Le principe d'égalité*, AJDA, 1996, p. 168.

<sup>1688</sup> O. Jouanjan, *Conclusions*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 245.

<sup>1689</sup> F. Luchaire, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, p. 1229.

<sup>1690</sup> *Personnes handicapées : analyse comparative et prospective du système de prise en charge*, [http://www.sante.gouv.fr/htm/actu/handicapes/1\\_5.htm](http://www.sante.gouv.fr/htm/actu/handicapes/1_5.htm) ; S. Cambon, *Evaluation d'une politique publique sectorielle : le cas de la troisième d'insertion*, Séminaire interne IREDU, <http://www.u-bourgogne.fr/REDU/sem02041.rtf> ; S. Alber, 03.06.1999, conclusions sous Oumar Dabo Abdoulaye e. a. c/ Régie nationale des Usines Renault SA, C-218/98 ; A. Bredimas, *Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « Nouvelles formes de discriminations », sous la direction de L-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284.

<sup>1691</sup> M. Demeuse, *La politique de discrimination positive en communauté française de Belgique : une méthode d'attribution des moyens supplémentaires basée sur des indicateurs objectifs*, Cahiers du service de Pédagogie expérimentale, Université de Liège, 01.2001, p. 115 ; R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 158.

<sup>1692</sup> Pourtant Karine Pavis-Maurice considère que les discriminations positives et les discriminations inversées sont synonymes : K. Pavis-Maurice, *La consécration internationale des droits politiques des femmes et leur mise en place en droit interne : pour une approche critique de la garantie des droits politiques des femmes*, RRJ, n°4, 2001, p.1661.

différence d'esprit entre les discriminations positives américaines et françaises - et plus largement européennes - se dévoile. Aux Etats-Unis, ces mesures concernent dans la grande majorité des cas l'origine ethnique<sup>1693</sup>. Elles sont parfois dénommées " reverse discriminations " (discriminations inversées)<sup>1694</sup> car elles correspondent à la réaction du législateur américain à la ségrégation légale qui a réduit, jusqu'au XX<sup>ème</sup> siècle, la population noire à un état d'infériorité. Or, en Europe, une telle législation n'a pas eu lieu et il s'agit simplement de rétablir une égalité de fait qui se trouve niée par la réalité sociale<sup>1695</sup>. Le paradoxe vient de ce que la notion de discrimination à rebours a été empruntée à la doctrine des *affirmative actions*<sup>1696</sup> et qu'elle s'est retrouvée appliquée en droit communautaire sans référence directe aux discriminations positives. En droit communautaire, une discrimination à rebours « se présente lorsque le ressortissant d'un Etat membre se plaint de ce que le traitement que lui impose son droit national est moins favorable que celui dont bénéficient dans cet Etat les ressortissants des autres Etats membres qui invoquent le bénéfice des règles communautaires <sup>1697</sup> ». L'application de cette notion « affecte de manière générale les libertés constitutives du marché commun : liberté de circulation des personnes, des marchandises, de prestation de service et d'enseignement <sup>1698</sup> ». L'expression n'apparaît que très peu, et quand cela est fait, ce n'est que pour retranscrire les prétentions des parties<sup>1699</sup>. En revanche, les avocats généraux y ont très souvent recours, et ce quel que soit le domaine<sup>1700</sup>. Il faut

---

<sup>1693</sup> Sur une étude générale des discriminations positives aux Etats-Unis : G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, LGDJ, Paris, 1998.

<sup>1694</sup> M-F. Christophe Tchakalof, *Egalité et action positive en droit européen*, Pouvoirs, n° 82, 1997, p. 91.

<sup>1695</sup> Sur ce point : E. Keslassy, *De la discrimination positive*, Bréal, 2004, p. 11.

<sup>1696</sup> R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Coll. Léviathan, 1995, p. 515 et s..

<sup>1697</sup> L. Dubouis, C. Blumann, *Droit communautaire matériel*, Domat-Montchrestien, Coll. Droit public, 1999, p. 72. Sur les discriminations à rebours : P. Rambaud, *La discrimination à rebours et le droit communautaire : un mythe juridique ?*, GP, 1992, Doct., p. 339 et spécifiquement sur l'égalité : K. Lenaerts et D. Arts, *La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in « La personne humaine, sujet de droit », Publication de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, PUF, 1994, p. 101.

<sup>1698</sup> R. Hernu, *Op. cit.*, § 85.

<sup>1699</sup> En matière d'agriculture : CJCE, 23.05.2003, *Freskot*, C-355/00. En matière de libre circulation des personnes : CJCE, 07.11.2000, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, C-168/98.

<sup>1700</sup> En matière d'aide d'Etat : F-G. Jacobs, 26.10.2000, sous CJCE, 13.03.2001, *PreussenElektra*, C-379/98; en matière de libre circulation des services : L-A. Geelhoed, 15.12.2005, sous CJCE, 16.05.2006, *Watts*, C-372/04; en matière de liberté d'établissement : P. Léger, 01.03.2005, sous CJCE, 21.02.2006, *Ritter-Coulais*, C-152/03 (Europe, 04.2006, Comm., p. 15, n° 111, note F. Mariatte); en matière de libre circulation des marchandises : M. Pouares Maduro, 06.05.2004, sous CJCE, 09.09.2004, *Carbonati Apuani*, C-72/03; A. Saggio, 09.03.2000, sous CJCE, 05.12.2000, *Guimont*, C-448/98, rec. p. I-10663; en matière de libre circulation des personnes : S. Alber, 16.09.2003, sous CJCE, 29.04.2004, *Commission c/ Portugal*, C-171/02; en matière d'agriculture : P. Léger, 06.03.2003, sous CJCE, 06.03.2003, *Granarolo*, C-294/01; en matière de transport : P. Léger, 21.01.2002, sous CJCE, 10.07.2003, *Commission c/ Pays-Bas*, C-246/00; en matière d'environnement des consommateurs : F-G. Jacobs, 17.01.2002, sous CJCE, 06.06.2002, *Sapod Audic*, C-159/00; en matière de libre circulation des

cependant apporter une nuance de taille au propos car un domaine est complètement ignoré : celui de la politique sociale. Pourtant, la Cour est attentive aux discriminations à rebours en la matière puisqu'elle a déjà rejeté des discriminations positives au motif qu'elles étaient discriminatoires pour la catégorie qui ne bénéficie pas de la protection<sup>1701</sup>. Elle rappelle à cet égard que l'enjeu est de concilier, « dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celle du but recherché », il ne faut pas aller « au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi »<sup>1702</sup>. Ce que l'on peut résumer par la phrase suivante : « les moyens doivent rejoindre l'objectif »<sup>1703</sup> pour que l'égalité soit atteinte et qu'il n'y ait aucune discrimination à rebours. En fait, la préoccupation américaine des discriminations à rebours est palpable en droit communautaire lorsque sont en jeu des discriminations positives, mais cela ne se fait qu'au travers de la distinction entre action positive<sup>1704</sup> et discrimination positive<sup>1705</sup>. Beaucoup d'auteurs partent de ces deux expressions pour expliquer le rejet des discriminations à rebours. La première serait une mesure proportionnée alors que la seconde ne réaliserait qu'une inversion de la situation<sup>1706</sup>. Pourtant, il faut bien avouer que nombre d'arrêts<sup>1707</sup> ou d'avocats généraux<sup>1708</sup> n'effectuent

---

capitaux : L-A. Geelhoed, 20.11.2001, sous CJCE, 05.02.2002, Lassacher et autres, C-519/99; en matière de fiscalité : A. Saggio, 01.12.1998, sous CJCE, 08.07.1999, Baxter et autres, C-254/97.

<sup>1701</sup> Pourtant, certains auteurs confondent discriminations positives et discriminations à rebours en fonction de la terminologie propre au droit communautaire. En effet, certains auteurs distinguent discriminations positives et actions positives et assimilent les premières à des discriminations arbitraires qualifiées de « discriminations à rebours ». Sur ce point : A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305. Cette terminologie est discutable car les discriminations positives peuvent être proportionnées et par conséquent non-discriminatoires et que la distinction entre les actions positives et les discriminations positives n'a pas lieu d'être.

<sup>1702</sup> CJCE, 22.11.2005, Mangold, C-144/04, point 65. Voir également CJCE, 11.01.2000, Kreil c/ Bundesrepublik Deutschland, C-285/98, rec. p. I-69 ; CJCE, 30.09.2004, Briheche, C-319/03 ; CJCE, 19.03.2002, Lommers, C-476/99.

<sup>1703</sup> P. Auvret, *L'égalité des sexes*, RDP, 1983, p. 1571.

<sup>1704</sup> Cette expression est présente dans plusieurs directives relatives à l'égalité : Directive 2004/113/CE du Conseil, 13.12.2004, Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; Directive, 27.11.2000, 2000/78/CE, portant création d'un cadre générale en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; Directive 2000/43/CE, Conseil, 29.06.2000, Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Recommandation, 13.12.1984, 84/635/CEE, Conseil, Recommandation relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes. Voir également résolution du Conseil, 12.07.1982, Résolution concernant la promotion de l'égalité des chances pour les femmes.

<sup>1705</sup> O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, Coll. Corpus essais, 2005, p. 229 et s..

<sup>1706</sup> A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305 ; R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 188.

<sup>1707</sup> CJCE, 06.07.2000, Abrahamsson et Anderson, C-407/98 ; TPICE, 25.04.2005, Christensen, T-336/02.

<sup>1708</sup> S. Alber, 03.06.1999, conclusions sous Oumar Dabo Abdoulaye e. a. c/ Régie nationale des Usines Renault SA, C-218/98 ; A. Saggio, 16.11.1999, conclusions sous Abrahamsson et Anderson, C-407/98 ; L. M. Pouares Maduro, 21.06.2004, conclusions sous Serge Briheche c/ Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, C-319/03.

pas cette distinction. De plus, il apparaît qu'en droit interne, cette distinction ne soit pas de mise puisque la traduction de ces mesures, proportionnées ou non, se fait généralement sous l'expression "discrimination positive"<sup>1709</sup>. L'emploi de cette expression ne saurait en aucun cas constituer en soi le résultat du contrôle de proportionnalité. Une fois encore, en matière d'égalité et de discriminations positives, l'embarras provient de la terminologie utilisée. Il faut dépasser cette simple analyse sémantique car la Cour de justice des Communautés européennes, comme les autres juridictions qui ont à faire face aux discriminations positives, traque les discriminations à rebours.

**361** - Le droit n'a été que peu confronté à ce problème. Le recours aux discriminations positives n'étant que sporadique, la question des discriminations positives est ignorée. Il faut pourtant souligner un arrêt du Conseil d'Etat de 1997 dans lequel il a dû estimer si la création de l'Observatoire de la disparité entraînait des conséquences négatives pour les hommes<sup>1710</sup>. Si cette unique jurisprudence française ne peut constituer une indication tangible sur la notion de discrimination à rebours, elle montre cependant que l'avènement des discriminations positives nécessite non seulement une bonne connaissance de leur essence, mais aussi de celle des notions annexes.

**362** - La plupart du temps, l'examen de cette forme de proportionnalité s'intéresse au respect de la compétence et du mérite<sup>1711</sup> de chacun. Le premier arrêt relatif aux discriminations positives a justement été l'occasion pour la Cour d'afficher une certaine fermeté en la matière. La célèbre affaire Kalanke<sup>1712</sup> lui a ainsi permis de rejeter une mesure qui avantageait trop les femmes au détriment des hommes parce que trop rigide, absolue et

---

<sup>1709</sup> B. Jésus, *Article 141*, in « Commentaire article par article des traités UE et CE », sous la direction de P. Léger, Dalloz, 2000, p. 1184 ; Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 40 et 86 et s. ; R. Pelloux, *Les nouveaux discours sur l'inégalité*, RDP, 1982, p. 909 ; F. David, *Les femmes, l'armée et le droit communautaire*, RTDH, 2004, p. 689 ; L. Bereni, E. Lépinard, « *Les femmes ne sont pas une catégorie* ». *Les stratégies de légitimation de la parité en France*, RFSP, 2004, n° 1, p. 71. Voir également les explications données par P. Noblet, « *Affirmative action* » *aux Etats-Unis et discrimination positive en France*, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 462 ; G. Calvès, *Les politiques françaises de discrimination positive. Trois spécificités*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 29.

<sup>1710</sup> CE, 30.04.1997, Association « L'enfant et son droit », n° 176205. Sur ce point : L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffini, J. Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Coll. Précis, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, § 444.

<sup>1711</sup> Sur l'importance de cette notion : G-J. Guglielmi, « *Mérites, vertus, talents* » : *quelques constantes argumentatives au fondement du droit*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 37.

<sup>1712</sup> CJCE, 17.10.1995, Kalanke, C-450/93, rec. p. I-3051.

inconditionnelle dans sa conception<sup>1713</sup>. En revanche, dans l'arrêt Marschall<sup>1714</sup>, elle a donné son aval à des mesures de même type mais plus ouvertes et plus souples<sup>1715</sup>. Le point central du contrôle de proportionnalité effectué par la Cour se situe dans le respect des compétences des hommes : la mesure de protection envers les femmes ne peut s'effectuer que lorsque femmes et hommes, qui sont en concurrence sur un poste ou une promotion, sont d'un mérite équivalent se traduisant par les mêmes qualifications et la même expérience professionnelle<sup>1716</sup>. Dans l'arrêt Badeck<sup>1717</sup>, la Cour affirme clairement qu' « *une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire – lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et – lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats* »<sup>1718</sup>. Il importe que la mesure au bénéfice des femmes n'exclue pas totalement les hommes<sup>1719</sup>. La souplesse doit être de mise afin de pouvoir admettre un homme à la place convoitée si sa situation personnelle est plus délicate que celle d'une femme. Par exemple, dans l'arrêt Lommers<sup>1720</sup>, les places en garderie étaient uniquement réservées aux mères, mais les pères pouvaient aussi en profiter en cas d'urgence. L'équilibre recherché suppose que la situation de chacun ne soit pas entièrement réduite à son appartenance à un sexe déterminé, mais comprend aussi l'analyse de l'individualité de chacun.

**363** - Le Conseil constitutionnel se montre lui aussi très clair sur ce point et frappe d'inconstitutionnalité toutes les mesures trop intenses. En matière d'emploi, il est indispensable que la compétence de chacun soit prise en compte. Une femme ne doit pas être

---

<sup>1713</sup> B. Jésus, *Article 141*, in « Commentaire article par article des traités UE et CE », sous la direction de P. Léger, Dalloz, 2000, p. 1184.

<sup>1714</sup> CJCE, 11.11.1997, Marschall, C-409/95, rec. p. I-6363, Europe, 01. 1998, Comm. n° 15, p. 16, note L. Idot.

<sup>1715</sup> Point 31 de l'arrêt : il « *peut entrer dans le champ d'application de l'article 2, paragraphe 4, une règle nationale selon laquelle, lors d'une promotion, les femmes ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins bénéficient, sous réserve de la clause d'ouverture, d'un traitement préférentiel dans les secteurs où elles sont sous-représentées, dès lors qu'une telle règle peut contribuer à faire contrepoids aux effets préjudiciables qui résultent pour les candidats féminins des attitudes et comportements décrits ci-dessus et à réduire ainsi les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale* ».

<sup>1716</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 188.

<sup>1717</sup> CJCE, 28.03.2000, Badeck et autres, C-158/97.

<sup>1718</sup> Point 23 de l'arrêt.

<sup>1719</sup> CJCE, 28.03.2000, Badeck et autres, C-158/97 ; CJCE, 19.03.2002, Lommers, C-476/99. Voir également Cour AELE, 22.04.2004, EFTA surveillance Authority/Norway, E-102, EFTA Court, Report 1, 2003, point 15.

<sup>1720</sup> CJCE, 19.03.2002, Lommers, C-476/99.

employée à la place d'un homme dès lors qu'elle est moins compétente que ce dernier. Le Conseil rappelle chaque fois qu'il lui est possible que le législateur ne peut faire prévaloir « *la considération de genre sur celle des compétences* <sup>1721</sup> ». Le sexe ne doit apparaître que comme un critère complémentaire n'intervenant qu'en dernier lieu afin de choisir entre des candidats de même valeur. Ce ne peut être en aucun cas un critère prépondérant, et encore moins le seul critère pris en considération. Le même travail de contrôle est effectué par le Conseil d'Etat qui, face à un recours exercé contre les aménagements mis en place lors des concours au bénéfice des candidats handicapés, a admis la légitimité de tels aménagements qui « *ont pour seul objet de rétablir l'égalité entre les candidats et non de créer une inégalité au détriment des candidats valides* <sup>1722</sup> ».

**364** - La discrimination positive doit toujours réaliser un équilibre. Tout au plus, la discrimination positive peut amener à considérer le mérite ou la vertu d'une nouvelle manière. Concernant la création de la troisième voie d'accès à l'ENA, le Conseil constitutionnel a validé ce nouveau concours en expliquant que le principe de l'égal accès aux emplois publics « *ne s'oppose pas à ce que des règles de recrutement (...) soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public* <sup>1723</sup> ». Le mérite est une notion complexe par sa diversité et les discriminations positives peuvent reposer la question du mérite d'une façon nouvelle qui tient compte de la diversité des expériences personnelles. C'est une notion qui devient elle aussi plus concrète qu'elle ne l'était lors de son introduction dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen <sup>1724</sup>. Aussi artificielle que puisse paraître cette action, le contrôle de proportionnalité permet de ne pas créer une nouvelle discrimination. Il doit s'assurer de l'effectivité d'une égalité réalisée dans les faits et de ne pas aboutir à une discrimination à rebours. L'équilibre ne peut se faire qu'à la condition d'une souplesse de la mesure. Elle doit considérer la caractéristique en dernier lieu, et l'absence de cette caractéristique ne doit pas être, à lui seul,

---

<sup>1721</sup> CC, 12.01.2002, 2001-455 DC, Loi de modernisation sociale, cons. 115 ; CC, 16.03.2006, 2006-533 DC, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Sur cette dernière décision : C. Malecki, *Gouvernance d'entreprise, féminité, inégalité*, D. 2006, p. 1034.

<sup>1722</sup> CE, 21.01.1991, Melle Stickel, rec. p. 21. Voir l'analyse de B. Jorion, *Egalité et non-discrimination en droit public français*, « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives, La découverte », in G. Koubi, G.J. Guglielmi, Coll. Recherches, 2000, p. 141.

<sup>1723</sup> CC, 14.01.1983, 82-153 DC, Troisième voie d'accès à l'ENA. Sur cette décision : A. Levade, *Discrimination positive et principe d'égalité en droit français*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 55. Le Conseil constitutionnel a confirmé sa position ultérieurement et ceci dans les mêmes termes : CC, 16.01.1986, 85-204 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social.

<sup>1724</sup> Article 6 DDHC : « *Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux (la loi), sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

un motif de rejet. D'une manière générale, la discrimination positive devient discrimination à rebours lorsqu'elle produit des « *effets pervers* <sup>1725</sup> ».

**365** - L'évolution de l'égalité n'est pas toujours facile à appréhender. Les multiples avancées provoquées par la Cour de Strasbourg ont conduit certains commentateurs à se poser la question d'une éventuelle inversion de la situation. En effet, les juges européens, après avoir posé, dans plusieurs arrêts, l'interdiction générale de discrimination selon l'orientation sexuelle pour toutes les matières concernées par la Convention et ses protocoles additionnels<sup>1726</sup>, sauf raisons particulièrement fortes<sup>1727</sup>, reconnaît dans l'arrêt Karner contre Autriche<sup>1728</sup> une discrimination dans la jouissance du droit au respect du domicile à propos de la résiliation du bail par le propriétaire suite au décès du partenaire du requérant. Cette nouvelle affaire fait suite à des avancées effectuées en faveur des homosexuels, notamment en matière de droit de visite auprès de leur enfant<sup>1729</sup> ou de leur place dans l'armée<sup>1730</sup>. Ces évolutions constatées en droit de la famille ont provoqué la réaction de certains esprits chagrins qui trouvent dans cette progression « *une recherche obstinée d'inversion de la normalité visant à délégitimer la famille* <sup>1731</sup> ». Même si cette affirmation est, elle, difficile à légitimer puisque ce changement d'orientation de la jurisprudence de la Cour ne se fait que dans le sens d'une régression des discriminations<sup>1732</sup> dont les homosexuels ou les transsexuels sont victimes<sup>1733</sup>, elle montre combien la limite de l'équilibre à respecter entre les différentes

---

<sup>1725</sup> L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mlin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Tremeau, Dalloz Précis, Coll. Droit public science politique, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, § 444.

<sup>1726</sup> CEDH, 21.12.1999, Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal, req. 33290/96, § 28 ; CEDH, 26.02.2002, Fretté c/ France, req. 36515/97, § 32.

<sup>1727</sup> CEDH, 22.10.1981, Dudgeon c/ Royaume-Uni, req. 7525/76, § 52 ; CEDH, 27.09.1999, Smith et Grady c/ Royaume-Uni, req. 33985/96 et 33986/96, §§ 89 et 90 ; CEDH, 09.01.2003, L. et V. c/ Autriche, req. 39392/98, 39829/98, § 45 ; CEDH, 09.01.2003, S. L. c/ Autriche, req. 45330/99, § 37.

<sup>1728</sup> CEDH, 14.07.2003, Karner c/ Autriche, req. 40016/98, JCP G., 2004, I, 107, n° 18, Chr. F. Sudre.

<sup>1729</sup> CEDH, 21.12.1999, Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal, req. 33290/96.

<sup>1730</sup> CEDH, 27.09.1999, Smith et Grady c/ Royaume-Uni, req. 33985/96 et 33986/96 ; CEDH, 27.09.1999, Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni, req. 31417/96 32377/96.

<sup>1731</sup> M. Levinet, *Couple et vie familiale*, in « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 155. Voir aussi du même auteur : M. Levinet, *La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH, 2004, p. 895, à propos de l'arrêt Christine Goodwin qui admet le droit au mariage pour les transsexuels et qui reproche à cet arrêt de légitimer le « *délire transsexuel* ». Dans le même sens A. Marienburg-Wachsmann et P. Wachsmann, *La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, 2003, p. 1158.

<sup>1732</sup> Voir sur ce point la jurisprudence de la Cour sur la criminalisation de l'homosexualité et la répression pénale des actes homosexuels : CEDH, 22.10.1981, Dudgeon c/ Royaume-Uni ; CEDH, 09.01.2003, L. et V. c/ Autriche ; CEDH, 09.01.2003, S. L. c/ Autriche ; CEDH, 26.05.2005, Wolfmeyer c/ Autriche, req. 5263/03 ; CEDH, 02.06.2005, H.G. et G.B. c/ Autriche, req. 11084/02 et 15306/02.

<sup>1733</sup> Sur ce point : P. Frumer, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, 2004, p. 665.

catégories de sujets de droit est difficile à trouver, voire empreinte d'une certaine subjectivité lorsque l'on touche à certaines matières et convictions personnelles. Le besoin en discriminations positives naît d'un sentiment qui conduit à un comportement arbitraire et les convictions affichées dans les critiques des avancées européennes montrent combien l'égalité touche le domaine des sentiments. Ce sont eux qui font, ou ne font pas, avancer l'égalité et ce sont eux encore qui apportent une critique à l'égalité. Pour éviter tout dérapage, il est indispensable de se concentrer sur la technique du contrôle de proportionnalité, d'encadrer strictement la mise en œuvre des discriminations positives et ainsi éviter toute discrimination à rebours. La critique d'une discrimination devrait ainsi se concentrer sur le fait que la mesure permette « *malgré la différence, une équivalence* <sup>1734</sup> » entre les individus. Elle doit dans tous les cas « *combler l'écart de position* <sup>1735</sup> » qui sépare les deux groupes concernés. « *La différence de traitement est justifiée lorsque l'équilibre est maintenu, ce qui signifie qu'une égalité concrète s'est substituée à la généralité de la règle* <sup>1736</sup> ». Le contrôle de proportionnalité doit servir de point d'ancrage à une perception apaisée des discriminations positives en ne les considérant plus comme des traitements préférentiels <sup>1737</sup>. La lutte contre les discriminations à rebours doit réaliser l'affirmation de M. de Schutter selon laquelle : « *En réalité, s'il y a là un traitement particulier (...), il ne s'agit en rien d'un traitement préférentiel, mais plutôt, et plus simplement, de l'égalité proprement comprise* <sup>1738</sup> ». Le « *sacrifice* <sup>1739</sup> » qui est demandé à la population non bénéficiaire est de renoncer à un privilège installé dans les faits, non de renoncer à l'égalité. Si l'égalité doit ainsi être réalisée, cela signifie que les mesures qui font progresser l'égalité, tout en n'y parvenant pas totalement, doivent être analysées au titre du contrôle de proportionnalité.

---

<sup>1734</sup> O. Jouanjan, *Conclusions*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 245.

<sup>1735</sup> G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 22.

<sup>1736</sup> G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 78.

<sup>1737</sup> Pour une utilisation de l'appellation de traitement préférentiel, de mesure préférentielle ou de politique préférentielle : J. Chevallier, *Réflexions sur la notion de discrimination positive*, in « Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan », Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 415 ; E. Lépinard, L. Bereni, *La parité ou le mythe d'une exception française*, Pouvoirs, n°111, 2004, p. 73 ; A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305 ; A. Bredimas, *Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « Nouvelles formes de discriminations », sous la direction de L-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284 ; F. Stasse, *Pour les discriminations positives*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 119 ; E. Keslassy, *De la discrimination positive*, Bréal, 2004, p. 9 ; M. Behar-Touchais, *Existe-t-il un droit privé des minorités ?*, in « Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert », *Economica*, 2004, p. 205.

<sup>1738</sup> O. de Schutter, *Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347. Voir également : M. Walzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Coll. La couleur des idées, Seuil, 1997, p. 337.

<sup>1739</sup> C. A. Gearty, « *L'autre* » intérieur et extérieur dans l'ordre juridique de l'Union : racisme, intolérance religieuse et xénophobie en Europe, in « L'Union Européenne et les Droits de l'Homme, sous la direction de P. Alston, Académie de droit européen, Institut universitaire européen, Bruylant, 2001, p. 338.



## 2. Le trop peu

**366** - La question est plus difficile à résoudre que dans le cas des discriminations accablantes ou à rebours. Dans ces deux hypothèses, le rôle à jouer afin de faire respecter l'égalité réelle est simple. En revanche, son recours lorsqu'il s'agit d'une mesure qui ne peut remplir en totalité son office est moins lisible. La disposition en cause doit mettre en œuvre des conditions légales afin de parvenir à une égalité effective, elle doit être « *apte à compenser quelque désavantage que ce soit* <sup>1740</sup> ». Si la compensation ainsi créée par la mesure est seulement partielle et non complète, le principe de proportionnalité peut éventuellement la censurer. Il ne s'agit pas d'un problème d'adéquation avec le but que la mesure recherche, mais un problème de simple intensité. L'action tend vers l'égalité substantielle mais n'y parvient pas à cause d'une trop grande souplesse permettant un détournement de la mesure initiale. Par exemple, la parité a été mise en avant dans de nombreux pays européens. En Belgique, une loi de 1994 prévoyait des actions de parité dans les partis politiques. Il était convenu qu'un certain pourcentage de femmes devait être présent sur la liste de chaque parti politique. Cependant, dans les faits, comme aucune place n'était délimitée par la loi, les femmes se sont trouvées reléguées à des places non éligibles <sup>1741</sup>. La mesure en cause tend effectivement vers l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, mais n'y parvient pas en totalité puisque, de fait, le nombre de femmes élues n'a pas subi de réelle progression. L'action est faite dans un but légitime, tend vers ce but, sans réussir à l'atteindre. Tout comme dans le cas d'une trop grande rigidité, la proportionnalité de la mesure se trouve en cause puisque l'équilibre souhaité n'est pas réalisé. Pour autant, cela s'avère-t-il suffisant pour constater un manque de proportionnalité et invalider la discrimination positive ? La contrainte n'est pas assez forte afin de permettre un rétablissement égalitaire parfait. Pour autant, le but légitime existe toujours. Dans ce cas, il est difficile de penser que cette

---

<sup>1740</sup> S. Alber, 03.06.1999, conclusions sous Oumar Dabo Abdoulaye e. a. c/ Régie nationale des Usines Renault SA, C-218/98, point 54.

<sup>1741</sup> Parlement européen, *Incidences variables des systèmes électoraux sur la représentation politique des femmes*, Document de travail, Série Droit des femmes, Direction générale des études Luxembourg, 1997, pp. 19-22. Voir également : Problèmes politiques et sociaux, n° 835, 2000, « An 2000 : quel bilan pour les femmes », Textes réunis par M. Perrot, p. 70 et s..

« *disproportion par pusillanimité* <sup>1742</sup> » puisse conduire à elle seule à l'absence de validité de la mesure. Deux conceptions des discriminations positives s'affrontent à ce stade. D'un côté, il est possible de considérer que les discriminations positives sont des normes permissives, de l'autre, l'obligation de réaliser l'égalité à laquelle elles se rattachent peut donner une lecture différente de la proportionnalité.

**367** - Actuellement, par certains aspects, les discriminations positives peuvent être rattachées aux normes permissives. C'est en quelque sorte la force contraignante minimale que l'on peut leur accorder. Si l'on suit la voie tracée par les directives communautaires sur l'égalité <sup>1743</sup>, la jurisprudence interne et le protocole n° 12 de la Convention européenne des droits de l'homme <sup>1744</sup>, le législateur a la faculté de mettre en place des discriminations positives. Ces dernières ressemblent alors fortement à ce que la doctrine appelle une norme permissive en ce sens qu'elle ne fonctionne que sous la forme d'une faculté, ce qui constitue l'élément fonctionnel de définition de ce type de norme <sup>1745</sup>. Il ne s'agit pas ici à proprement parler d'une norme permissive dans le sens où la norme n'existe pas encore, il s'agit pour l'instant de sa création éventuelle par le législateur <sup>1746</sup>. Or, pour le Conseil constitutionnel ainsi que pour le droit communautaire, le recours aux discriminations positives dépend dans la plupart des cas de la volonté propre du législateur. Toutefois, le fait que les discriminations positives répondent à la description des normes permissives, ne veut pas dire qu'elles n'ont aucune force contraignante. Une norme permissive, même si cela est moins évident que pour une norme prohibitive ou prescriptive, comporte une forme de contrainte <sup>1747</sup>. Chaque prise de décision doit se faire dans un cadre particulier, même si les frontières définies sont lâches. Dans ce cas, tant que le but d'égalité n'est pas transgressé, il est difficilement imaginable que

---

<sup>1742</sup> G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 179, 1995, p. 80.

<sup>1743</sup> Directive, 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; Directive, 27.11.2000, 2000/78/CE, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; Directive, 13.12.2004, 2004/113/CE, du Conseil, Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, article 2.

<sup>1744</sup> Pour l'instant nous ne disposons que de la jurisprudence Thlimmenos et des applications postérieures qui sont relative à l'article 14. Le protocole n° 12 laisse entrevoir une simple faculté d'action de la part des États, mais la jurisprudence évolutive et à la recherche constante d'effectivité de la Cour peut faire basculer les discriminations positives vers un caractère obligatoire.

<sup>1745</sup> J-M. Février, *Remarques sur la notion de norme permissive*, D., 1998, Doct., p. 271. Sur la distinction entre norme permissive et norme obligatoire : D. Jouve, *Modélisation sémantique de la réglementation*, thèse, Lyon, 2003, p. 17 et s.

<sup>1746</sup> D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 179.

<sup>1747</sup> C. Barthe-Gay, *Les normes permissives en droit administratif français*, RRJ, 2004-1, p. 233 ; D. de Béchillon, *Op. Cit.*, p. 176 et 179. Chaque règle de droit possède un « effet de contrainte », mais ce dernier peut varier : A. Jeammaud, *Les règles juridiques et l'action*, D., 1993, Chr., p. 207.

ce manque d'équilibre puisse à lui seul produire un constat de contrariété avec l'égalité<sup>1748</sup>. Les discriminations positives sont pensées comme ayant un seuil inhibiteur et non comme un seuil minimal à respecter<sup>1749</sup>. En ce sens, à partir du moment où le seuil n'est pas atteint, c'est-à-dire un équilibre mathématique insuffisant entre la situation de chaque catégorie, le manque de proportionnalité n'est pas en soi critiquable du point de vue du contrôle. En pratique, il est bien évidemment difficile de justifier la persistance d'une telle mesure si elle est inutile ou quasi-inutile. Cependant, cela ne doit pas servir à écarter purement et simplement cette mesure, mais à mieux la penser afin qu'elle soit efficiente. L'exemple de la parité en Belgique doit intervenir non pas pour supprimer toute velléité paritaire, mais pour mieux penser les mesures afin qu'elles puissent faire apparaître une progression très nette de femmes élues de par leur nombre plus important à des postes éligibles. Le législateur français semble d'ailleurs avoir retenu la leçon belge puisqu'il est prévu sur les listes une alternance entre les candidats féminins et masculins afin que les postes éligibles soient aussi bien remplis par les deux sexes<sup>1750</sup>. En France, les mesures de parité s'avèrent pourtant insuffisantes dans certains cas. Le bilan des élections législatives et des élections cantonales indique que les mesures ne sont pas assez contraignantes. Les pénalités financières versées par les partis en cas de non respect de la parité n'apparaissent pas suffisantes pour les motiver à remplir leurs obligations paritaires<sup>1751</sup>. Cela donne lieu à une nouvelle réflexion visant la concrétisation de l'avancement de la parité, avec notamment comme idée l'accentuation des pénalités financières<sup>1752</sup>. Ce renforcement de la rigidité de la mise en œuvre des discriminations positives correspond parfaitement à l'obligation de réaliser l'égalité. La réalisation peut n'être que progressive<sup>1753</sup>, mais elle doit, dans tous les cas, tendre vers l'égalité. L'absence de proportionnalité est spécifique puisqu'elle ne doit pas servir de prétexte à l'effacement de la

---

<sup>1748</sup> D'ailleurs, de manière générale, il est difficile de trouver des cas jurisprudentiels de manque de proportionnalité de ce type : G. Xynopoulos, *Op. cit.*, p. 80. En revanche, il est possible de discerner certains droits plus enclins à imposer un minimum à atteindre qui sera sanctionnable s'il n'est pas atteint, notamment le droit du travail : I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2001, § 374.

<sup>1749</sup> Pour une analyse de ces différentes façons d'imposer la proportionnalité : *Ibid.*, § 367 à 374.

<sup>1750</sup> Loi, 06.06.2000, n° 2000-493, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ; Loi, 18.12.2003, n° 2003-1201, Loi relative à l'égalité entre hommes et femmes sur les listes de candidats à l'élection des membres de l'Assemblée de Corse.

<sup>1751</sup> Jean-Louis Masson, *Proposition de loi tendant à favoriser les progrès de la parité lors des élections législatives et des élections sénatoriales au scrutin majoritaire*, 02.05.2006.

<sup>1752</sup> *Ibid.* La proposition de loi prévoit aussi que le suppléant de chaque sénateur doit être un représentant du sexe opposé et prévoit le rétablissement de la proportionnelle avec obligation de parité dans les départements élisant trois sénateurs.

<sup>1753</sup> O. de Schutter, *Les générations de droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux*, in « Juger les droits sociaux », Actes du colloque Organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ, n° 2, Pulim, 2004, p. 13.

mesure, mais doit, au contraire, conduire à sa modification afin qu'elle parvienne à réaliser pleinement son but. Que l'on considère les discriminations positives comme des normes permissives ou qu'on les enferme dans les obligations de réaliser du législateur, leur manque d'efficacité et d'effectivité doit provoquer une nouvelle sanction du contrôle de proportionnalité. La mesure doit être repensée, mais non totalement censurée. Cela montre que les discriminations positives demandent une dynamique forte du législateur qui doit être constamment attentif à l'absence d'égalité et aux moyens les plus adéquats permettant de la retrouver. L'important est de progresser vers l'égalité par la discrimination positive. Si le résultat n'est pas immédiat, l'évolution doit se faire vers l'égalité. C'est à partir du moment où la stagnation ou le recul apparaissent qu'il faut que le contrôle de proportionnalité serve à modifier la discrimination positive en fonction du but légitime fixé : celui de la réalisation à terme de l'égalité. L'absence de proportionnalité doit conduire à une injonction de modification et non à une destruction. C'est un nouveau rôle à jouer pour le contrôle de proportionnalité. Les discriminations positives lui permettent d'arpenter de nouveaux terrains d'équilibre quantitatif alors même que l'aspect qualitatif est également contrôlé.

## **B. La proportionnalité de l'obligation de réaliser l'égalité indirecte**

**368** - Un programme de discrimination positive est un subtil mélange consistant à réaliser une égalité dans les faits entre deux catégories par l'intermédiaire des agissements d'un tiers. En matière de parité, ce sont les partis politiques qui voient leurs actes limités et contrôlés afin de rétablir une égalité entre les sexes en matière d'éligibilité. De même, lorsque sont posés des quotas en faveur des personnes handicapées afin que ces dernières puissent obtenir une situation équivalente, sur le marché de l'emploi, à celle des travailleurs qui ne souffrent d'aucun handicap, c'est à l'employeur qu'il revient de mettre en œuvre ces quotas et d'embaucher en fonction de ces critères. Il importe donc que la mesure correctrice intervienne aussi de manière mesurée envers ce tiers au rapport égalitaire considéré. La difficulté réside dans le fait de faire supporter à chacun le poids de la mesure alors que la discrimination provient de la catégorie dans son intégralité. Le régime de cette proportionnalité s'apparente à une proportionnalité pénale aménagée en fonction de la catégorie. Dans un premier temps, il

est nécessaire de comprendre comment prendre en considération ce tiers au rapport strictement égalitaire pour ensuite analyser le régime d'une telle proportionnalité.

## 1. Une prise en compte de l'intérêt de celui qui crée la discrimination

**369** - La mesure doit pouvoir être mise en place sans conséquence déraisonnable pour la personne qui la supporte. Cette proportionnalité particulière, qui s'exprime sous la forme d'une mise en balance des intérêts des personnes à protéger et de ceux des destinataires du programme, est parfaitement illustrée par le soutien apporté aux personnes handicapées sur le marché du travail. L'article L. 323-1 du Code du travail indique que « *Tout employeur occupant au moins vingt salariés est tenu d'employer, à temps plein ou à temps partiel, des bénéficiaires de la présente section dans la proportion de 6% de l'effectif total de ses salariés* »<sup>1754</sup>. Ce pourcentage n'est pas toujours atteint (il ne l'est d'ailleurs que rarement) et dans ce cas, le Code du travail prévoit une solution complémentaire. L'article L. 323-8 prévoit en effet que les employeurs peuvent s'acquitter partiellement de cette obligation en ayant recours à des « *contrats de fournitures de sous-traitance ou de prestations de services avec des entreprises adaptées, des centres de distribution de travail à domicile ou des centres d'aide par le travail* »<sup>1755</sup> ou en accueillant des personnes handicapées en stage<sup>1756</sup>. Il leur est aussi possible de ne pas employer de telles personnes en versant une contribution annuelle au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés ayant pour objet d'accroître les moyens consacrés à l'insertion des handicapés en milieu ordinaire de travail<sup>1757</sup>. L'obligation faite aux employeurs est assouplie dans ses formes, mais préserve toujours la protection des personnes handicapées, même si celle-ci passe souvent par le versement de fonds et non l'embauche de personnes handicapées. Comme pour le rapport proportionnel qui implique la catégorie des discriminés et celle des non-discriminés, il s'agit d'une

---

<sup>1754</sup> L'article L. 323-2 prévoit l'extension de cette obligation à l'Etat et aux établissements publics autres qu'industriels et commerciaux (qui sont compris dans les établissements mentionnés à l'article L. 323-1).

<sup>1755</sup> Article L. 323-8 al. 1 du Code du travail.

<sup>1756</sup> Article L. 323-8 al. 2 du Code du travail.

<sup>1757</sup> Article L. 323-8-2 du Code du travail. Cet article a été modifié et renforcé par la loi de 2005 portant sur les personnes handicapées (Loi, 11.02.2005, n° 2005-102, Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées).

proportionnalité mathématique<sup>1758</sup> qui met en balance les intérêts de deux personnes par référence à un but légitime recherché. Les moyens employés pour réaliser l'égalité dans les faits s'adressent avant tout à des tiers. Ces derniers appartiennent concrètement à la catégorie qui a créé le rapport inégalitaire auquel s'adresse la discrimination positive. L'absence ou la faible présence de personnes handicapées dans les entreprises est due à l'agissement des employeurs donnant la préférence à des personnes non handicapées. De même, la faiblesse du nombre de mandats électoraux ayant pour titulaires des femmes s'explique par la réticence des partis politiques à mettre ces dernières à des places éligibles, l'exemple belge étant l'illustration parfaite de ce fait. C'est alors à eux que s'adressent les discriminations positives. Pour autant, les obligations qui en découlent ne doivent pas être trop fortes, sous peine de voir une disproportion entre leurs obligations et la protection de la catégorie discriminée.

**370** - Parfois, la situation à rééquilibrer est plus complexe du fait du nombre d'intervenants plus élevé. Dans le domaine des successions, la conjonction de l'arrêt Pla et Puncernau<sup>1759</sup> et la loi française de 2006 réformant les successions et les libéralités<sup>1760</sup> a montré combien ce domaine était le lieu privilégié des « *inégalités internes* <sup>1761</sup> » fondées sur les préjugés dans les liens familiaux et la notion de famille. Ces préjugés sont d'autant plus puissants qu'ils proviennent à la fois directement des individus comme dans l'arrêt Pla et Puncernau qu'indirectement par l'intermédiaire de la loi, ce qui a nécessité une réforme de la loi française relative à la réserve héréditaire. Rétablir une égalité réelle dans les successions et les libéralités est plus difficile qu'ailleurs car les personnes auxquelles s'adressent les discriminations positives dans ce cas sont multiples. Remettre en cause la réserve héréditaire au bénéfice des enfants handicapés suppose de garantir, dans une certaine mesure, aussi bien les intérêts des parents que les intérêts des autres enfants. Le poids du rétablissement égalitaire va peser sur les autres enfants puisque ce sont eux qui peuvent renoncer à leur réserve héréditaire par l'intermédiaire d'un pacte successoral<sup>1762</sup>. Il ne s'agit ici que d'un rapport égalitaire classique qui se concrétise entre héritiers réservataires. C'est le *de cuius* qui domine cette situation et qui est le créateur, par la force rigide de la loi, d'une discrimination. Son rôle dans la progression de l'égalité est actif puisque l'héritier réservataire ne peut

---

<sup>1758</sup> Sur cette notion : I. Cornesse, *Op. cit.*, § 8.

<sup>1759</sup> CEDH, 13.07.2004, Pla et Puncernau c/ Andorre, req. 69498/01, J-P. Marguénaud, RTDCiv, 2004, p. 804, n° 5 ; F. Sudre, JCP, G., 2005, I, 103, n° 15 ; F. Boulanger, JCP, G., II, 10052.

<sup>1760</sup> Loi, 23.06.2006, n° 2006-728, Loi portant réforme des successions et des libéralités.

<sup>1761</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, Tome I, Les personnes, PUF, Coll. Thémis Droit privé, 2000, p.177.

<sup>1762</sup> Article 929 du Code civil.

renoncer qu'avec l'accord de la personne dont il a vocation à hériter<sup>1763</sup>. C'est donc sur lui que repose en dernier lieu la mesure puisque, sans son assentiment, la progression vers l'égalité est impossible. Le mécanisme de la discrimination positive est ici moins lisible car le bénéficiaire de la discrimination actuelle doit aussi donner son accord, ce qui ne se rencontre pas dans les autres discriminations positives. Cependant, le mécanisme de la proportionnalité sera le même dans ce cas puisqu'il s'agit de prendre en compte l'intérêt d'un tiers au rapport égalitaire. La difficulté pratique va être identique, à savoir : comment mettre en œuvre une telle proportionnalité ? Le droit pénal peut apporter cette réponse.

## 2. Une proportionnalité pénale appliquée à une catégorie

**371** - Dans l'application d'une discrimination positive, les efforts du tiers à fournir ne sont pas dus à ses agissements personnels, mais à ceux de la catégorie à laquelle il appartient. La discrimination positive relève à cet égard d'une sanction faite à un corps de métier ou à une catégorie de sujets de droit en tant qu'acteurs de la discrimination actuelle. La discrimination positive s'adresse à chaque individu car il peut participer à la discrimination actuelle, bien que ce soit sa catégorie qui est visée. Dans ce cas, il ne faut pas que la mesure soit trop intense et qu'il soit bloqué dans son activité. La rigidité de la mesure doit être amoindrie car la réaction se fait par rapport aux agissements de l'ensemble de sa catégorie, et non sur ceux d'un individu en particulier. En matière de comportement, c'est souvent le droit pénal qui est visé, c'est donc dans ce domaine que la recherche peut avoir lieu. En la matière, il existe un principe de la proportionnalité des délits et des peines<sup>1764</sup>. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen indique en effet que « *la loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* ». Cela signifie que la peine doit être proportionnée au comportement<sup>1765</sup>. Il s'agit de réaliser un « *équilibre entre deux impératifs, celui de la nécessaire protection de la société et celui de la*

---

<sup>1763</sup> Article 929 du Code civil.

<sup>1764</sup> Le droit pénal connaît depuis longtemps ce principe. Sur ce point : S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 335, 2000, § 32.

<sup>1765</sup> Pour un exemple du contrôle de la proportionnalité des peines exercé par le Conseil constitutionnel : CC, 29.08.2002, 2002-461 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la justice.

*sauvegarde des intérêts individuels du délinquant*<sup>1766</sup>». Les intérêts sont déplacés puisqu'il s'agit avant tout de la préservation de l'intérêt des victimes de la discrimination face à la sauvegarde des intérêts de la catégorie d'appartenance du tiers, mais la mise en balance est identique puisqu'il s'agit de lutter contre un comportement répréhensible, celui de la discrimination. La proportionnalité doit tenir compte de l'absence de personnalisation des conséquences des discriminations positives. Le droit pénal impose une personnalisation de la peine<sup>1767</sup>, néanmoins l'application en est impossible ici puisque la sanction est imposée à une catégorie déterminée et non une personne en particulier. La personnalisation doit se faire au stade de la catégorie, comme cela est palpable pour les quotas de personnes handicapées. Les entreprises soumises au quota de 6% ne sont que celles qui emploient plus de 20 personnes<sup>1768</sup>. Ce seuil n'est pas fixé au hasard mais correspond à une proportionnalité recherchée afin que l'activité des entreprises ne soit pas trop entravée par la discrimination positive. Au-dessous de 20 salariés, il est plus difficile pour une entreprise d'intégrer une personne handicapée et de faire en sorte qu'elle puisse travailler dans de bonnes conditions. Aussi arbitraire que ce chiffre puisse paraître<sup>1769</sup>, il correspond à un seuil en deçà duquel la mesure est de toute façon, en pratique, quasiment inapplicable. La proportionnalité est estimée en fonction des employeurs, en déterminant la sous-catégorie pour laquelle une telle discrimination positive pourra être considérée comme proportionnée. Cette forme de proportionnalité est donc très proche de celle pratiquée en droit pénal bien que la mise en œuvre ne se fasse pas en fonction d'un individu, mais de sa catégorie de rattachement. La mise en balance des intérêts se fait donc la plupart du temps entre catégories d'individus, ce qui pose un certain nombre de difficultés techniques.

---

<sup>1766</sup> P. Kolb et L. Leturmy, *Droit pénal général*, Gualino éditeur, Coll. Manuels, 2005, § 284.

<sup>1767</sup> Pendant longtemps, le Conseil constitutionnel n'a pas donné de valeur constitutionnelle à la personnalisation de la peine, mais estimait que cela n'était pas contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi : CC, 27.07.1978, 78-97 DC, Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises ; Juris-classeur pén., 1980, II, 19309, note N. Quoc Dinh. Sur ce point : M. Danti-Juan, *Les principes directeurs du droit pénal et le Conseil constitutionnel*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 2000, p. 15. Il semble cependant que la personnalisation de la peine ait récemment bénéficié d'une valeur constitutionnelle : CC, 22.07.2005, 2005-520 DC, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de la culpabilité, Rec. p. 118.

<sup>1768</sup> Article L. 323-1 du Code du travail

<sup>1769</sup> Il faut toutefois mettre en avant le fait que le recours aux seuils déterminés par le nombre de salariés de l'entreprise est particulièrement courant en droit du travail. Par exemple : article L. 412-11 du Code du travail relatif aux syndicats représentatifs ; article L. 412-17 du Code du travail relatif au délégué syndical.



## §2. L'exercice difficile du contrôle de proportionnalité dans un rapport horizontal

**372** - La Convention européenne bénéficie parfois d'un effet horizontal, c'est-à-dire qu'elle va se trouver appliquée entre deux particuliers. Cette avancée est bénéfique pour la protection effective des droits garantis dans le texte de 1950, mais cela doit se traduire par un aménagement de certains mécanismes jusqu'ici utilisés par la Cour. Le contrôle de proportionnalité est affecté directement par l'admission des discriminations positives dans un rapport horizontal. En premier lieu, il s'agit d'un contrôle de proportionnalité dans un rapport horizontal qui est relatif à une ingérence, ce qui est un cas de figure assez rare (A.). En second lieu, le cadre classique de l'intérêt général ne peut être utilisé tel quel dans ce domaine (B.).

### A. Une ingérence se rapportant uniquement à des intérêts privés

**373** - Ces rapports entre les différents acteurs, qui sont pourtant l'essence même des discriminations positives, ne vont pas sans poser quelques difficultés pratiques quant à l'exercice du contrôle de proportionnalité puisqu'il s'agit d'un rapport entre particuliers. Le contrôle de proportionnalité doit être une mise en balance de plusieurs intérêts afin de déterminer un équilibre. La question est donc de savoir quels sont les intérêts qui peuvent servir de référence dans un rapport horizontal. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes est d'ailleurs très attentive sur ce point. Elle met en effet l'accent sur une stricte alliance des intérêts de chaque personne en concurrence dans le rapport d'égalité. C'est ainsi que dans l'arrêt Briheche<sup>1770</sup>, afin de parvenir à un constat d'absence de proportion de la mesure<sup>1771</sup>, elle met en avant le fait que la réglementation en cause limitait l'âge de l'accès aux emplois publics pour les hommes alors que les femmes n'étaient pas soumises à cette limite d'âge. Or, cette limite générale constitue une priorité absolue et

---

<sup>1770</sup> CJCE, 30.09.2004, Briheche, C-319/03.

<sup>1771</sup> *Ibid.*, point 28.

générale, y compris pour les veuves non remariées qui sont dans l'obligation de travailler, alors que les veufs, dans une situation familiale identique, ne bénéficient pas de cette absence de limite d'âge<sup>1772</sup>. La disproportion s'exprime par la mise en balance des intérêts de deux catégories de travailleurs placés dans la même situation sur le plan du travail, mais de sexe différent. Le contrôle de proportionnalité s'exprime au travers d'un rapport horizontal, c'est-à-dire au sein d'une relation entre particuliers<sup>1773</sup>. De même, le Conseil constitutionnel met l'accent sur le respect des capacités des hommes dans l'accès à l'emploi et à la formation<sup>1774</sup>. L'aide apportée aux femmes concernant leur place et leur statut sur le marché du travail ne doit pas avoir pour conséquence de brider inutilement les carrières des hommes. Ici encore, c'est le rapport horizontal qui unit les femmes et les hommes qui constitue le point central du contrôle de proportionnalité. Cependant, cette forme de contrôle pose une difficulté technique devant la Cour européenne des droits de l'homme.

**374** - Les rapports horizontaux, qui constituent le nœud gordien des discriminations positives, se heurtent à une question d'actualité dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, celle de l'effet horizontal de la Convention. En effet, il est possible qu'un homme puisse se plaindre d'une conséquence d'une législation nationale qui tend à favoriser l'égalité substantielle au profit des femmes<sup>1775</sup>. Il est envisageable que le destinataire de l'action, qui supporte la recherche de l'égalité, se plaigne des conditions de cette ingérence face à la protection d'une autre personne. Dans ce cas, il se plaindra des effets néfastes de l'action législative sur ses propres intérêts intégrés à un article de la Convention<sup>1776</sup>. Dans tous les cas de figure, les intérêts s'inscrivent dans des rapports entre particuliers et demandent à la Cour de reconnaître un effet horizontal de la Convention afin de pouvoir juger de l'importance de ces intérêts particuliers. Or, si la Cour reconnaît depuis quelques années l'effet horizontal de la Convention, elle ne le fait que dans certains cas, qui correspondent d'ailleurs le plus

---

<sup>1772</sup> *Ibid.*, point 27.

<sup>1773</sup> Voir également CJCE, 28.03.2000, Badeck et autres, C-158/97 ; CJCE, 19.03.2002, Lommers, C-476/99.

<sup>1774</sup> Loi, 23.02.2006, n° 2006-545, Loi relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes. Sur ce point : J. Daleau, *Egalité salariale : le Conseil constitutionnel censure*, D., Act., 2006, p. 806.

<sup>1775</sup> Le champ d'application spécifique de la Convention mis à part, cette hypothèse n'est pas utopique puisque une large part de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis est consacrée à des requêtes formées par des Blancs à propos de mesures favorisant les Noirs, notamment lors de l'entrée dans les universités. Voir notamment le célèbre arrêt Bakke : *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Sur cet arrêt : D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, *Economica*, Coll. Etudes politiques, 2003, p. 226 et s.. Sur ce point, voir également B. Renauld, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425.

<sup>1776</sup> C'est le cadre nécessaire de la défense de l'égalité de par l'absence d'indépendance de l'article 14 : F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 82 et s..

souvent à un manque d'action de l'Etat. L'effet horizontal est alors associé aux obligations positives de l'Etat<sup>1777</sup>. Néanmoins, il est aussi possible d'obtenir un constat de violation à cause de l'action de l'Etat<sup>1778</sup>. Cette dernière situation intéresse le contrôle de proportionnalité. En effet, examiner l'intensité d'une action nécessite avant tout une action, c'est-à-dire une ingérence. La discrimination positive représente une double ingérence : elle limite les droits de la catégorie qui n'est pas victime de préjugés et elle encadre les droits des personnes qui sont chargées de faire avancer l'égalité substantielle. Cela suppose que le contrôle de proportionnalité repose sur la mise en adéquation de deux intérêts privés.

## **B. La nécessaire suppression de la référence à l'intérêt général**

**375** - Si la Cour reconnaît l'effet horizontal de la Convention, elle fait reposer le contrôle de proportionnalité sur une mise en balance de l'intérêt d'un particulier face à l'intérêt général<sup>1779</sup>. Dans le cas des discriminations positives, la partie mathématique du contrôle de proportionnalité ne peut passer par ce médium de l'intérêt général, à moins d'une construction singulièrement artificielle<sup>1780</sup>. Dans l'arrêt Van Kück<sup>1781</sup>, face à l'applicabilité de l'article 8 en matière de droit à la vie privée concernant le domaine contractuel, la Cour admet l'effet horizontal et face au contrôle de proportionnalité s'est obligée à exercer une mise en balance des intérêts des deux contractants. Il s'agit d'un contrôle de proportionnalité adapté aux rapports en cause qui existe déjà pour le droit privé des contrats sur le plan interne<sup>1782</sup>, mais qui se situe loin du but légitime du respect de l'intérêt général énoncé par le paragraphe 2 de l'article 8. Il paraît relativement adapté à l'égalité en général et aux discriminations

---

<sup>1777</sup> Voir parmi d'autres arrêts : CEDH, 26.03.1985, X. et Y. c/ Pays-Bas, A 91 ; CEDH, 09.01.1994, Lopez Ostra c/ Espagne, req. 16798/90, A303-C. Concernant l'article 14 : CEDH, 13.07.2004, Pla et Puncernau c/ Andorre, req. 69498/01.

<sup>1778</sup> CDEH, 13.08.1981, Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, req. 7601/76 et 7806/77, A 44.

<sup>1779</sup> CEDH, 29.02.2000, Fuentes Bobo c/ Espagne, req. 39293/98, D., 2001, Jur., p. 541, note J. Mouly et J-P. Marguénaud ; CEDH, Gde Ch., 08.07.2003, Hatton c/ Royaume-Uni, req. 36022/97, rec. 2003-VIII, RTDCiv, 2003, p. 760, obs. J-P. Marguénaud ; RDP, 2004, p. 832, o.bs. C. Picheral.

<sup>1780</sup> Elle ne peut pas non plus, au risque de ne donner aucun fondement à sa décision faire l'économie d'un tel contrôle en matière de discrimination positive comme elle l'a déjà fait dans certaines autres matières : CEDH, 21.06.1988, Plattform « Ärzte für das Leben » c/ Autriche, req. 10126/92, A-139, JDI, 1989, p. 824, obs. P. Tavernier. Sur ce point : F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire M. Levinet, *Op. cit.*, p. 36.

<sup>1781</sup> CEDH, 12.06.2003, Van Kück c/ Allemagne, req. 35968/97, Rec. 2003-VII.

<sup>1782</sup> S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 335, 2000.

positives en particulier. Cette impression est renforcée par la jurisprudence consacrée à d'autres domaines. Dans l'arrêt Sorensen et Rasmussen<sup>1783</sup>, la Cour était confrontée à une affiliation obligatoire à certains syndicats pour les candidats à un poste dans une entreprise. La Cour a déjà affirmé un droit d'association négatif au sein de l'article 11 de la Convention<sup>1784</sup>, mais ici elle doit exercer le contrôle de proportionnalité dans une dimension horizontale<sup>1785</sup>. Pour ce faire, elle rappelle que quelle que soit l'obligation de l'Etat, « *il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble* <sup>1786</sup> ». Cependant, en s'attachant au domaine abordé en l'espèce, elle indique que « *Vu le caractère sensible des questions sociales et politiques qu'implique la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts respectifs des salariés et des employeurs, et compte tenu du fort degré de divergence entre les systèmes nationaux à cet égard, les Etats contractants bénéficient d'une ample marge d'appréciation quant à la manière d'assurer la liberté syndicale et la possibilité pour les syndicats de protéger les intérêts professionnels de leurs membres* <sup>1787</sup> ». Une fois encore, la référence à l'intérêt général pose des difficultés lors de son application.

**376** - L'analyse du rapport entre les intérêts privés est indispensable pour un contrôle adapté des discriminations positives. Cela demande par conséquent à la Cour de modifier sensiblement sa jurisprudence sur le contenu du contrôle de proportionnalité lorsqu'est en cause l'effet horizontal de la Convention. Ces mesures sont l'illustration du fait que l'action de l'Etat peut poser des difficultés au stade du contrôle de proportionnalité. Néanmoins cette difficulté ne peut se développer que lorsque les discriminations positives s'inscrivent dans un rapport privé horizontal. Dans les autres cas, l'exercice du contrôle de proportionnalité par le prisme de l'intérêt général ne pose pas de difficulté particulière. Cependant, nous pouvons noter que cela est assez contradictoire avec l'objectif d'offrir des traitements différents à des situations différentes. L'objectif n'est donc pas à proprement parler la recherche de l'intérêt général qui justifierait une rupture de l'égalité de droit, voire de l'égalité de fait<sup>1788</sup>. Se rapporter à l'intérêt général n'est donc en aucun cas en adéquation avec la philosophie des discriminations positives en tant que mesures différenciatrices. Le rapport mathématique de

---

<sup>1783</sup> CEDH, 11.01.2006, Sorensen et Rasmussen c/ Danemark, Req. 52562/99 et 52620/99.

<sup>1784</sup> CEDH, 13.08.1981, Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, req. 7601/76 et 7806/77, A 44 ; CEDH, 30.06.1993, Sigurdur A. Sigurjonsson, A. 264, D. 1994, p. 181, note J-P. Marguénaud.

<sup>1785</sup> Découvert par un autre arrêt : CEDH, 25.04.1996, Gustafson c/ Suède, JCP, 1997, I, 4000, n° 40, obs. F. Sudre.

<sup>1786</sup> § 58 de l'arrêt.

<sup>1787</sup> § 59 de l'arrêt.

<sup>1788</sup> Sur les différences entre ces deux dérogations au principe d'égalité classique, cf § 120 et s..

proportionnalité ne devrait alors pas se faire en fonction des cas d'ingérences justifiées énumérés pour chaque droit conditionnel, mais uniquement relativement à l'article 14. La mesure doit mettre en avant « *une justification objective et raisonnable* <sup>1789</sup> ». Dans l'arrêt *Stec*<sup>1790</sup>, la Cour avait à analyser une différence de traitement concernant l'âge de la retraite fixé en Grande Bretagne à 65 ans pour les hommes et 60 ans pour les femmes. Cette distinction qui datait de 1940 « *fut adoptée afin d'atténuer l'inégalité et le désavantage financiers qui résultait pour la femme du fait que son rôle consistait traditionnellement à s'occuper, sans rémunération, de sa famille au sein de son foyer plutôt que d'exercer une occupation professionnelle rémunérée* <sup>1791</sup> ». Pour la Cour il s'agit de réduire une inégalité de fait entre les sexes<sup>1792</sup>. Cela est en soi tout à fait valide au regard de l'article 14 car encore aujourd'hui « *raisonnablement et objectivement justifiée* <sup>1793</sup> ». Cette mesure s'analyse techniquement comme une mesure de discrimination positive puisqu'elle réagit face au rôle traditionnel et rétrograde accordé aux femmes par une différenciation juridique. Or, l'analyse de la Cour ne porte que sur le caractère objectif et raisonnable de la différence de traitement justifiée au regard du simple objectif qui est celui de la réduction et de la disparition d'une inégalité de fait. Le contrôle de proportionnalité concernant les différentes discriminations positives susceptibles d'être examinées par la Cour devrait se plier à l'argumentation de l'arrêt *Stec* pour la simple raison que c'est la seule possible en la matière. S'appuyer sur les cas de justifications possibles énumérés dans le texte de la Convention au sein des autres articles ne correspond pas aux mécanismes inhérents aux discriminations positives. Elles impliquent au stade du contrôle de proportionnalité une complétude du principe de non-discrimination. Même si le constat de violation se rattache toujours à un autre article<sup>1794</sup>, le contrôle de proportionnalité ne peut se fonder que sur le mécanisme de différenciation face à l'objectif poursuivi qui est la recherche de l'égalité substantielle. L'arrêt *Stec*, de ce point de vue, consacre une avancée importante à la suite de l'arrêt *Thlimmenos*<sup>1795</sup> qui est de consacrer

---

<sup>1789</sup> CEDH, 13.06.1979, *Marckx c/ Belgique*, req. 6833/74, A 31 ; CEDH, 28.11.1984, *Rasmussen c/ Danemark*, req. 8777/79, A-87 ; CEDH, Gde Ch., 29.04.1999, *Chassagnou c/ France*, req. 25088/94, 28331/95, 28443/95, rec. 1999-III ; CEDH, 04.06.2002 *Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas*, req. 34462/97, rec. 2002-IV ; CEDH, 01.02.2000, *Mazurek c/ France*, req. 34406/97, rec. 2000-II ; CEDH, 21.02.1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*, req. 20060/92, rec. 1997-I.

<sup>1790</sup> CEDH, Gde Ch., 12.04.2006, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, req. 65731/01, 65900/01.

<sup>1791</sup> § 61 de l'arrêt.

<sup>1792</sup> § 64 de l'arrêt. Cette solution a depuis lors été confirmée : CEDH, 22.08.2006, *Barrow c/ Royaume-Uni*, req. 42735/02 ; CEDH, 22.08.2006, *Pearson c/ Royaume-Uni*, req. 8374/03 ; CEDH, 22.08.2006, *Walker c/ Royaume-Uni*, req. 37212/02.

<sup>1793</sup> § 66 de l'arrêt. La Cour souligne à cet égard « *la lenteur naturelle du processus d'évolution dans les vies professionnelles des femmes* » (§ 64 de l'arrêt).

<sup>1794</sup> L'arrêt *Stec* analyse la situation au regard de l'article 14 combiné avec l'article 1 du protocole n° 1.

<sup>1795</sup> CEDH, 06.04.2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. 34369/97, rec. 2000-IV.

l'égalité substantielle - par la recherche de l'élimination des inégalités de fait - comme but légitime de l'article 14. Cette inscription de l'égalité substantielle donne une certaine indépendance à cet article 14 car ce but légitime identifie le contrôle de proportionnalité dès lors qu'est en cause une différence de traitement. Ce nouveau statut de l'article 14, qui ne touche que l'exercice du contrôle de proportionnalité, est induit par le mécanisme des mesures différenciatrices. En ce sens, les discriminations positives participent de l'évolution de la jurisprudence de la Cour et du mécanisme de protection strasbourgeois. L'arrêt *Stec* pourrait faire partie de la jurisprudence annonciatrice des changements inévitables amenés par le protocole n° 12. La lutte contre les discriminations et pour une égalité substantielle se fait maintenant de manière totalement indépendante et sans référence aux conditions de justification des ingérences des autres articles de la Convention. Cela permettra de véritablement consacrer une définition de l'égalité débarrassée des fards des autres droits, d'unifier la jurisprudence, sans égard au caractère absolu du droit, et d'abandonner l'intermédiaire privilégié de l'intérêt général. Les derniers exemples jurisprudentiels montrent combien la tâche de la Cour est difficile en la matière et qu'elle se heurte à des difficultés techniques hors de propos dans une jurisprudence dont le but est d'assurer l'effectivité de la jouissance des droits. Ce n'est pas le seul aspect du contrôle de proportionnalité qu'il faudrait mettre en avant lorsqu'il est consacré aux discriminations positives car elles requièrent également une analyse qualitative.

## **Sous-section II. Une proportionnalité qualitative**

**377** - Le contrôle de proportionnalité s'effectue en fonction de la trilogie « *situation – décision – finalité* »<sup>1796</sup>. La proportionnalité s'analyse donc « *en fonction des éléments donnés par la situation* »<sup>1797</sup>. Or, en matière de discrimination positive, la situation dans laquelle intervient la mesure est particulièrement complexe. C'est elle qui va donner toute sa difficulté et son intégrité au contrôle de proportionnalité. Le contrôle doit dépasser le simple cadre

---

<sup>1796</sup> J-P. Costa, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, AJDA, 1988, p. 434. Voir également X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica/PUAM, Coll. Science et Droit administratifs, 1990, p. 65.

<sup>1797</sup> I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2001, § 15.

d'une analyse mathématique des intérêts de chaque entité en concurrence pour juger de l'utilité de la mesure dans son ensemble. La société, dans sa globalité, est intéressée par une discrimination positive car elle représente à la fois un constat et un but. L'objectif est de parvenir à une égalité substantielle pour l'instant inaccessible par l'égalité formelle, car mise à mal par des attitudes et actes motivés par des préjugés. Ce constat ne se fait pas sans douleur. Il est alors important que la réponse apportée par le législateur puisse préserver les intérêts des discriminés, aussi bien que l'intérêt de la société dans son ensemble. Il faut s'assurer que la mesure contienne une réelle cohérence et une certaine logique<sup>1798</sup> permettant la réalisation de l'objectif, nécessitant dès lors d'englober le contexte dans lequel la mesure intervient. La Cour européenne des droits de l'homme explique en effet que lorsqu'elle détermine la marge d'appréciation laissée à l'Etat membre, elle analyse « *les circonstances, le domaine et le contexte* »<sup>1799</sup>. Le contrôle de proportionnalité, fortement lié à cette latitude initiale, dépend alors aussi de ces éléments. La proportionnalité analysée n'est alors pas quantitative, mais qualitative. Il s'agit d'établir la cohérence, l'utilité de la mesure et son adéquation avec le contexte dans lequel elle s'inscrit. Ce dernier est double puisqu'il comprend aussi bien les autres mécanismes relatifs à l'égalité (§1) que les autres discriminations positives (§2).

## **§ 1. L'accompagnement d'autres mesures égalitaires par des discriminations positives**

**378** - La mise en place d'une discrimination positive est une solution parmi d'autres pour permettre un retour à l'égalité. La prise de conscience du caractère nécessaire de la lutte contre les discriminations peut conduire le législateur à recourir à une autre technique juridique<sup>1800</sup>. Le choix n'est pas forcément exclusif : le fait de construire une discrimination positive ne veut pas dire que toutes les autres techniques sont éliminées. Au contraire, il paraît

---

<sup>1798</sup> *Ibid.*, § 376.

<sup>1799</sup> CEDH (gde ch.), 12.04.2006, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, req. 65731/01, 65900/01.

<sup>1800</sup> Par exemple l'admission de la preuve de la discrimination par testing ou la mise en place de CV anonymes constituent des mesures de répression ou de prévention cherchant à renforcer l'égalité réelle sans pour autant instituer une différenciation juridique. Sur ces formes de lutte contre les discriminations : R. Fauroux, *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Rapport public, juillet 2005. Le CV anonyme a été créé par la loi sur l'égalité des chances dans les entreprises de plus de 50 salariés, mais nécessite un décret en Conseil d'Etat : Article 24, loi, 31.03.2006, n° 2006-396, Loi pour l'égalité des chances. En attendant ce décret d'application, les initiatives d'origine privée se multiplient, notamment par le biais d'internet : [www.cvanonyme.fr](http://www.cvanonyme.fr) ; [www.cv-code.com](http://www.cv-code.com).

nécessaire que le recours à une discrimination positive se fasse en accord avec d'autres mesures permettant une approche globale et adaptée de l'égalité dans les faits. La proportionnalité des discriminations positives dépend directement de leur intégration à un domaine en fonction des autres mesures égalitaires qui y sont mises en œuvre. C'est la qualité de la mesure qui est ici visée, c'est-à-dire sa cohérence avec les autres mesures mises en place (A) et son utilité en tant que mesure portant un objectif en son sein (B).

### A. De la cohérence des discriminations positives

**379** - Ce problème a été abordé depuis quelques années en matière d'égalité entre les femmes et les hommes. Depuis 1985 et la 3<sup>ème</sup> conférence mondiale des Nations Unies sur les femmes de Nairobi, une nouvelle forme de dynamique égalitaire a été développée, celle de l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes, autrement appelée "gender mainstreaming"<sup>1801</sup>. Le Conseil de l'Europe a défini cette approche intégrée comme « *la (re)organisation, l'amélioration, le développement et l'évaluation des processus de prise de décision, aux fins d'incorporer la perspective de l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques* »<sup>1802</sup>. Ce mode de réflexion ne doit pas éliminer les approches plus spéciales de cette égalité, y compris les discriminations positives<sup>1803</sup>. L'objectif de rétablissement d'une égalité globale entre les femmes et les hommes ne peut être atteint qu'en combinant l'approche intégrée avec d'autres mesures plus spécifiques à des problèmes particuliers. Les Etats doivent donc progresser en mettant en œuvre une « *approche mixte* »<sup>1804</sup> incluant toutes ces diverses mesures. Reliée aux discriminations positives, cette

---

<sup>1801</sup> Conseil de l'Europe, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes*, <http://www.coe.int/t/f>. Sur cette notion : J. Lewis, *Quels moyens pour promouvoir quelle égalité des sexes ? Les inégalités hommes-femmes dans la division du travail rémunéré et non rémunéré*, RFAS, 2006, n° 1, « Réformes de la protection sociale en Europe. Défis et stratégies en Europe continentale et du Sud », p. 161.

<sup>1802</sup> Conseil de l'Europe, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*. Rapport final d'activité du Groupe de spécialistes pour une approche intégrée, EG-S-MS(1998).

<sup>1803</sup> *Ibid.* : « *L'approche intégrée de l'égalité ne peut se substituer aux politiques spécifiques visant à redresser les situations résultant des inégalités entre les femmes et les hommes* ».

<sup>1804</sup> R. Tavares da Silva, *Etude sur le bilan du fonctionnement effectif des mécanismes nationaux pour l'égalité entre les femmes et les hommes dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, Direction générale des droits de l'homme, CDEG(2004)19.



idée veut qu'elles soient admises en tant que partie intégrante d'une mise en œuvre générale d'un processus d'avancement vers l'égalité de fait. Cette approche peut valablement être généralisée à toutes les formes de discriminations à combattre. L'aide et la protection des personnes handicapées suscitent la même ouverture des mesures. En effet, en France, la loi prévoit aussi bien des discriminations positives sous la forme de quotas afin d'intégrer le maximum de personnes handicapées sur le marché du travail<sup>1805</sup>, que des mesures permettant l'aide à domicile des personnes ne pouvant exercer une activité salariée et nécessitant une aide quotidienne<sup>1806</sup>. La réflexion autour des besoins des personnes handicapées doit se faire de manière globale et offrir un panel important d'actions différentes destinées à être en accord avec les besoins et envies des personnes handicapées. Les discriminations positives ne sont que des mesures parmi d'autres en faveur d'une évolution globale. Le contrôle de proportionnalité afférent à ce type de législation doit prendre en considération ce contexte juridique et mettre en balance la discrimination positive avec les mesures relevant d'autres techniques. Il est certain qu'une discrimination positive sans aucune autre action parallèle ne peut, à elle seule, réaliser durablement et efficacement une égalité réelle. En effet, elle n'agit en faveur des membres d'une catégorie que selon une activité particulière et non dans l'ensemble de leurs actes et choix quotidiens. Les quotas en faveur des personnes handicapées ne concernent que leur vie professionnelle. Il en est de même pour les mesures de parité qui ne visent que l'activité politique des femmes, ce qui est donc particulièrement réduit. La discrimination positive peut aider dans une situation limitée. Pour une véritable efficacité, elle doit venir à l'appui d'autres mesures qui, ensemble, permettent une avancée globale. Le contrôle de proportionnalité aboutira certainement plus facilement à un constat d'équilibre lorsque la discrimination positive n'est qu'une partie d'une politique plus vaste et s'inscrit dans un mouvement général et cohérent. En revanche, si l'aide à la catégorie concernée ne passe que par une ou plusieurs mesures relevant de la philosophie des discriminations positives, il n'y a aucune cohérence. Les discriminations positives sont inutiles à un niveau général car ne sont pas susceptibles d'améliorer la situation de la catégorie dans tous les domaines. La disproportion est plus évidente dans ce cas, la mesure étant relativement plus lourde à porter pour les destinataires en l'absence de réflexion générale. L'intégralité des efforts repose sur les épaules d'une seule catégorie. Le sacrifice demandé est trop important,

---

<sup>1805</sup> Article L. 323-1 du Code du travail.

<sup>1806</sup> La loi de 2005 (Loi, 11.02.2005, n° 2005-102, Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées) représente un avancée certaine dans la prise en considération des besoins personnels de chaque personne en fonction de son handicap propre. Sur cette modulation de l'aide : D. Everaert-Dumont, *Handicap : l'universalité du droit à compensation*, JCP, S, 2006, Doc., 1040.

en même temps que la perspective d'une égalité réelle s'éloigne. Le contrôle de proportionnalité doit se pencher sur la cohérence de la discrimination positive en tant que part intégrante et importante de la progression de l'égalité mais non suffisante à elle seule pour parvenir à des résultats effectifs. Ce contrôle doit aller au-delà de l'existence d'autres mesures pour également s'intéresser à l'environnement de la mise en œuvre de la discrimination positive, qui a des répercussions notables sur leur utilité réelle.

## **B. De l'utilité des discriminations positives**

**380** - Une discrimination positive intégrée dans une politique globale de recherche de l'égalité réelle a de fortes chances d'être proportionnée. Cela dépend aussi considérablement du contenu même des autres mesures. Les discriminations positives sont une réponse construite à une difficulté factuelle diffuse, celle de l'effet des mentalités et des réflexes discriminatoires conscients ou inconscients. Elles agissent contre les effets de ces comportements et espèrent une modification de ceux-ci à plus ou moins long terme. Cependant, il est possible de concevoir que ces discriminations positives interviennent collectivement et simultanément à des mesures préventives et explicatives sur les effets et la forme des actes discriminatoires qu'il s'agit de combattre. Certains estiment que les discriminations positives sont inutiles car elles n'ont « aucune valeur éducative <sup>1807</sup> ». Cependant, le fait d'être mise en œuvre de concert avec d'autres actions plus attentives à un travail de fond sur l'évolution des mentalités et la compréhension du phénomène discriminatoire fait retomber l'intensité de cette critique. La diffusion des données et statistiques montrant la nécessité de faire progresser l'égalité dans les faits peut permettre, à cet égard, une compréhension accrue de la discrimination positive <sup>1808</sup>. L'investissement des médias est alors indispensable <sup>1809</sup> pour une meilleure transmission des efforts réalisés en matière d'égalité. L'information sur les actions soldées ou en cours, et celle constatant les écarts considérables régnant entre certaines catégories de personnes représentent des mesures

---

<sup>1807</sup> S. Steele, *Les effets pervers de l'affirmative action*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 37.

<sup>1808</sup> R. Tavares da Silva, *Op. cit.*

<sup>1809</sup> *Ibid.* ; Recommandation de politique générale n° 1 de l'ECRI, *La lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance*, 04.10.1996, CRI(96)43.

d'accompagnement d'une discrimination positive et renforcent son autorité et les possibilités d'atteindre le but qui lui est assigné. C'est ainsi que « *l'efficacité de la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance repose en grande partie sur la sensibilisation, l'information et l'éducation du public ainsi que sur la protection et la promotion des droits des individus appartenant à des groupes minoritaires* <sup>1810</sup> ». La promotion de ces nouvelles politiques correctrices peut avoir son importance car plus une règle de droit est comprise, mieux elle est acceptée<sup>1811</sup>. La mesure en elle-même doit être présentée de manière à faire comprendre la nécessité d'une législation particulière. A cet égard, les travaux de Julius William Wilson sont éclairants<sup>1812</sup>. Il explique en effet que présenter l'action comme étant uniquement un système de places réservées sous forme de quotas rigides amène des réactions négatives. En revanche, invoquer la nécessité d'une égalisation des chances est bien perçu. Le contrôle de proportionnalité doit être atteint par cette réalité juridique et factuelle afin d'établir la qualité de la législation contenant une discrimination positive. Le contrôle doit intégrer le contexte dans lequel est mise en œuvre la discrimination positive. Lorsque des actions en faveur de la promotion de l'égalité dans les faits sont effectuées par ailleurs, la discrimination positive est susceptible d'être mieux entendue et, par conséquent, a plus de chances de parvenir à une égalité substantielle en transformant les mentalités. La proportionnalité de la mesure sera certainement plus aisée à constater à partir du moment où elle participe d'un mouvement général et où elle s'accompagne d'actions de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations. Se pose alors le problème de la multiplication éventuelle de ces discriminations positives sur une même catégorie ou sur de multiples catégories. Ici encore, le contrôle de proportionnalité peut jouer un rôle important.

## **§2. La concurrence entre plusieurs discriminations positives**

**381** - Comme l'explique Daniel Sabbagh, concernant la parité, « *la presse se borne à exploiter une version sommaire de l'argument de "l'enchaînement fatal", lequel affirme*

---

<sup>1810</sup> Recommandation de politique générale n° 2 de l'ECRI, *Les organes de spécialisation dans la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance au niveau national*, 13.06.1997, CRI(97)36.

<sup>1811</sup> H. Batiffol, *La loi et la liberté*, in « La loi », Archives de philosophie du droit, Tome 25, 1980, p. 79.

<sup>1812</sup> Sur ses travaux : M. Wieviorka, *La différence. Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, L'aube, Coll. Poche essai, 2005, p. 94.

*l'impossibilité de délimiter de manière non arbitraire l'ensemble des groupes auxquels il conviendrait dès lors de garantir également un seuil minimal de représentation statistique au sein des instances électorales, au moyen d'un dispositif volontariste du même type : aujourd'hui les femmes, demain les minorités "ethniques"...*<sup>1813</sup>. Les juristes constituent parfois un relais scientifique à ce point de vue. En effet, certains se posent la question de savoir si on ne va pas arriver un jour à la situation dans laquelle 99% de la population serait touchée par une discrimination positive en allongeant indéfiniment la liste des critères de bénéficiaires<sup>1814</sup>. De même, il paraît difficile de multiplier les discriminations positives à l'intention de la même catégorie. Pour cette raison, il faut que la mesure spécifique touche « *un nombre limité de domaines particulièrement pertinents*<sup>1815</sup> ». Le contrôle de proportionnalité pourrait être privilégié dans le rôle de tri entre les mesures qui sont mathématiquement proportionnées, mais qui ne le sont pas automatiquement quant à leur pertinence. Cette dernière doit être examinée en tenant compte du domaine concerné et de son importance à l'égard de la catégorie visée. Les autres discriminations positives concernant les autres catégories doivent aussi rentrer dans l'analyse. La multiplication de telles mesures peut entraîner une dilution de leur message. Cela entraîne une intensité moindre de progression vers l'égalité, mais, à l'inverse, une intensité plus importante pour les destinataires. En effet, les quotas mis en place sur le marché du travail ne peuvent se multiplier à l'extrême au risque d'empêcher en pratique les employeurs d'embaucher des personnes qualifiées pour les postes à pourvoir. De même, effectivement, les mesures de parité ne peuvent avoir de multiples bénéficiaires au risque de fractionner inutilement les listes électorales. En revanche, l'alliance de deux critères peut être pratiquée. C'est ainsi que la loi hessoise, soumise à la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt Badeck<sup>1816</sup>, introduit une discrimination positive en faveur des femmes. La particularité de cette législation est d'injecter une certaine souplesse dans la mise en œuvre de la protection, puisqu'il est possible de déroger à la préférence en faveur d'une femme lorsqu'elle est en compétition avec une personne handicapée<sup>1817</sup>. Cela illustre le fait qu'une même mesure peut venir en aide à plusieurs

---

<sup>1813</sup> D. Sabbagh, *Un contresens sur l'affirmative action ?*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 55.

<sup>1814</sup> P. Noblet, *L'Affirmative action*, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 555.

<sup>1815</sup> Recommandation de politique générale n° 1 de l'ECRI, *Op. cit.*.

<sup>1816</sup> CJCE, 28.03.2000, Badeck et autres, C-158/97.

<sup>1817</sup> Sur ce point : K. Berthou, *Sur les discriminations positives (à propos de l'arrêt CJCE, 28.03.2000, Badeck et autres, C-158/97)*, Droit social, 2000, p. 901.

catégories. De même, certaines personnes souffrent d'une « *double discrimination* <sup>1818</sup> » que les discriminations positives peuvent prendre éventuellement en compte. Elles peuvent moduler leur action en fonction d'une particulière vulnérabilité<sup>1819</sup> des membres de la catégorie concernée. Les Nations Unies se montrent attentives à cette question en recommandant aux Etats membres de tenir compte de la nature singulière de la situation des femmes au sein de groupes déjà visés par une protection spécifique<sup>1820</sup>. Cette modulation apportée aux discriminations positives est l'illustration d'une prise en compte de l'environnement qui entoure l'action législative. Le groupe auquel est destinée la mesure n'est pas la seule donnée qui est prise en compte. Les autres groupes sont aussi considérés afin de pouvoir éventuellement faire des recoupements et ainsi de mettre en adéquation la discrimination positive.

Le contrôle de proportionnalité est donc particulièrement complexe en matière de discrimination positive ; malgré cela les auteurs en font peu de cas. Généralement, ils se concentrent surtout sur le caractère temporaire que doit avoir toute discrimination positive. C'est pour eux un critère de définition à part entière, mais en le rattachant au contrôle de proportionnalité, ce critère révèle de graves lacunes.

## **Section II. La déduction incorrecte du critère temporaire des discriminations positives**

**382** - Pour beaucoup d'auteurs, le caractère temporaire de la mesure qui tente de rétablir l'égalité de fait isole parfaitement les discriminations positives<sup>1821</sup>. Ce caractère deviendrait alors un critère de définition à part entière. Cela signifierait aussi qu'il faut éliminer toutes les discriminations qui ne sont pas temporaires. Le caractère temporaire de certaine mesure, qui

---

<sup>1818</sup> L-A. Sicilianos, *L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale. A propos du 40<sup>ème</sup> anniversaire de son adoption*, RTDH, 2005, p. 869.

<sup>1819</sup> *Ibid.*

<sup>1820</sup> Elles s'adressent notamment aux femmes handicapées (Nations Unies, *Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, 07.02.2000, HRI/GEN/1/Rev.4) ou aux femmes Roms (sur cette question : L-A. Sicilianos, *L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale. A propos du 40<sup>ème</sup> anniversaire de son adoption*, RTDH, 2005, p. 869). Voir également : Nations Unies, *Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, 12.05.2004, HRI/GEN/1/Rev.7.

<sup>1821</sup> M-T. Lanquetin, *De l'égalité des chances. A propos de l'arrêt Kalanke. CJCE, 17-10-1995, DS, n° 5, 1996, p. 494 ; L. Charpentier, L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

est indéniable, se transforme alors en critère de définition des discriminations positives. Il serait possible de suivre cette voie et de reconnaître ce critère. Cependant, l'apparition du contrôle de proportionnalité vient modifier certaines données. La proportionnalité est une notion connue et qui est d'une pratique constante, alors que le critère temporaire apparaît assez inédit et demande donc des efforts particuliers de définition. L'analyse du critère temporaire donc s'effectuer au regard du contrôle de proportionnalité afin de comprendre si le premier a une réelle utilité face au second. Cela ne peut s'effectuer que par l'explication de la présence actuelle du critère temporaire dans les discriminations positives. Il s'agit donc, dans un premier temps de déterminer que le critère temporaire est une préoccupation essentiellement doctrinale (§1), puis, dans un second temps, que le recours à ce critère n'est pas viable au contact du contrôle de proportionnalité (§2).

### **§1. Un critère d'origine doctrinale**

**383** - Le caractère temporaire éventuellement constaté pour certaines discriminations positives a été transformé en critère de définition et donc d'admission par la doctrine. Les auteurs s'attachant à ce critère prennent surtout en considération le contentieux communautaire fondé sur des discriminations initiales dans des rapports horizontaux<sup>1822</sup>. Or, c'est surtout dans cette hypothèse qu'une durée limitée dès la conception de la mesure peut se concevoir. Il faut donc analyser la portée de ce critère, autrement dit peut-il s'appliquer seulement dans certains cas, ou peut-il être général ? Pour le découvrir, il faut d'abord comprendre la position doctrinale (§1.) pour ensuite examiner les appuis textuels et jurisprudentiels dont les auteurs disposent (§2.).

---

<sup>1822</sup> M-T. Lanquetin, *Loc. cit.* ; K. Berthou, *Loc. Cit.*

## A. La définition doctrinale des discriminations positives par le critère temporaire

**384** - Les auteurs qui ont pris la peine de définir ce qu'ils entendaient par mesures de discrimination positive reviennent souvent sur la nécessité de leur caractère temporaire, « *momentané*<sup>1823</sup> », et ce, dans plusieurs domaines d'application<sup>1824</sup>. Cette quasi-unanimité est assez rare en matière de discriminations positives pour être soulignée. Il faut cependant être attentif à l'objectif qui peut être poursuivie par une telle position doctrinale.

### 1. Une attention doctrinale générale

**385** - Ce caractère, pour la plupart des auteurs, est inhérent à la nature même de la mesure de discrimination positive<sup>1825</sup>. En conséquence, le caractère temporaire serait le critère de délimitation de ces mesures<sup>1826</sup>. En effet, comme le souligne justement Marie-Thérèse Lanquetin dans son commentaire de l'arrêt Kalanke, une mesure différenciatrice qui porte sur une différence objective n'a pas de durée limitée. La différence des sexes est de ce point de vue naturelle (par exemple la maternité) et n'est pas vouée à évoluer. Les mesures protectrices qui partent de ce constat n'ont pas à exprimer un quelconque caractère temporaire puisque la différence sur laquelle elles se fondent n'a pas vocation à disparaître. Au contraire, les discriminations positives visent une différence qui est créée par l'interaction de la société et des personnes faisant partie d'une catégorie désavantagée. La discrimination initiale provient de l'attitude des autres. Or, cette dernière peut évoluer et la discrimination disparaître au fil du temps grâce à la mesure correctrice. Une fois l'équilibre rétabli, et donc la différence

---

<sup>1823</sup> P. Noblet, *L'affirmative action*, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 555.

<sup>1824</sup> R. Letteron, *L'action positive en faveur des femmes*, in « "Egalité et équité" Antagonisme ou complémentarité », Sous la direction de T. Lambert, Economica, 1999, p. 65.

<sup>1825</sup> G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 38 ; G. Koubi, *Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ?* », in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 71 ; F. Stasse, *Pour les discriminations positives*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 119 ; F. Abikhzer, *La discrimination positive en France : un concept mort-né ? L'avenir juridique d'une conception identitaire*, RRJ, 2005-4, vol. 1, p. 2081 ; L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mlin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Tremeau, Dalloz Précis, Coll. Droit public science politique, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, § 431.

<sup>1826</sup> M-T. Lanquetin, *Loc. cit.* ; F. Stasse, *Loc. Cit.*

disparue, la norme différenciatrice n'a plus lieu d'être, elle devient « inutile <sup>1827</sup> ». Le caractère temporaire de la mesure porte sur son existence et non sur son application. La doctrine, lorsqu'elle avance la nécessité de la durée limitée de la mesure, justifie son existence par ce caractère temporaire <sup>1828</sup>. Cette attitude est caractérisée par la définition de la discrimination positive donnée par Ferdinand Mélin-Soucramanien : « Une différenciation juridique, créée de manière temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles <sup>1829</sup> ». Cette définition sert d'ailleurs souvent de référence aux auteurs abordant le thème de ces mesures visant à rétablir l'égalité <sup>1830</sup>.

**386** - Toutefois, une minorité d'auteurs considèrent ce caractère d'une autre manière. François Stasse s'appuie sur le caractère individuel et transitoire de la discrimination positive <sup>1831</sup>. Cette dernière ne doit protéger une personne que de manière temporaire afin de redresser une inégalité de départ. Une fois aidé sur un point précis, le bénéficiaire n'est plus soumis à la situation préférentielle et l'on doit retrouver une égalité de droit <sup>1832</sup>. Louis Favoreu <sup>1833</sup>, quant à lui, estimait qu'établir des quotas, et plus particulièrement agir sur la parité en matière politique, restreint la liberté des personnes qui sont exclues du bénéfice de ces mesures. La critique principale faite à ces mesures est qu'elles n'ont pas de caractère temporaire. Pour cet auteur, le caractère temporaire se retrouve en ce qui concerne les mesures de protection relatives à l'âge ou à certaines incapacités. De son point de vue, le caractère temporaire se mesure au stade de l'application individuelle car la mesure ne doit s'exercer sur l'individu qu'à un moment déterminé de sa vie (lorsqu'il est mineur par exemple). En conséquence, les mesures de discriminations positives ne sont effectivement pas

---

<sup>1827</sup> R. Letteron, *Loc. cit.*

<sup>1828</sup> F. Stasse, *Loc. cit.* D'après cet auteur, il est possible de mettre en place des mesures de rattrapage en faveur des exclus, à la première condition que ces mesures soient temporaires.

<sup>1829</sup> F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, PUAM, Coll. Droit public positif, 1997, p. 207.

<sup>1830</sup> Voir notamment : Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 288 ; K. Pavis-Maurice, *La consécration internationale des droits politiques des femmes et leur mise en place en droit interne : pour une approche critique de la garantie des droits politiques des femmes*, RRJ, n°4, 2001, p. 1661 ; J-F. Flauss, *Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 415.

<sup>1831</sup> F. Stasse, *Loc. cit.*

<sup>1832</sup> *Ibid.* : « Il s'agit de surmonter des handicaps de départ afin de redonner à chacun des chances égales. Mais une fois que la collectivité a entrepris cette action spécifique de solidarité, le principe d'égalité doit retrouver sa prééminence dans l'ordre juridique et les individus que l'on a temporairement aidés davantage que d'autres sortent de cette situation préférentielle. »

<sup>1833</sup> L. Favoreu, *Principe d'égalité et représentation politique des femmes : la France et les exemples étrangers*, in « Rapport public 1996 sur l'égalité », Conseil d'Etat, La documentation française, 1997, p. 395.



temporaires puisqu'elles concernent des individus en fonction d'une caractéristique qui évolue peu (le sexe ou l'origine par exemple). Ces individus seront alors bénéficiaires de ces mesures tout au long de leur vie. Armés de cette lecture particulière, nous arrivons à inverser la dimension temporelle des mesures : la protection de la maternité devient temporaire tandis qu'une discrimination positive devient permanente. Paradoxalement, ce renversement de pensée amène à la même conclusion : une mesure de discrimination positive ne peut être que temporaire<sup>1834</sup>. Cette affirmation n'est toutefois pas sans préjugé porté sur les discriminations positives.

## 2. Une intention doctrinale de limitation stricte des discriminations positives

387 - L'insertion de la condition temporaire de la mesure semble rassurer. Considérée comme un « *garde-fou*<sup>1835</sup> », un « *euphémisme*<sup>1836</sup> » ou encore comme un « *compromis*<sup>1837</sup> », elle permet de voir l'écart à l'égalité formelle comme un "égarement" temporaire sans remise en cause du modèle classique de l'égalité. Cette attitude prudente est révélatrice de ce qui fait l'essence même des discriminations positives. Le fait que les auteurs se retranchent quasi instinctivement derrière la durée limitée des mesures montre combien la nécessité de l'existence des discriminations positives bouleverse notre conception de la société. Ce n'est pas une différence objective qui est ici en cause, mais une inégalité due aux rouages de la société. Ce n'est pas seulement une remise en cause de l'égalité classique se révélant inadaptée à une simple situation concrète, mais le constat d'un défaut de fonctionnement de la société dans son ensemble vis-à-vis de certaines catégories d'individus. Les discriminations positives nous obligent à repenser nos comportements quotidiens et amènent chacun à se demander si ses actions propres peuvent être considérées comme discriminatoires. Ces faits

---

<sup>1834</sup> Au cœur de son argumentation, Louis Favoreu critique le caractère non temporaire des mesures visant la parité.

<sup>1835</sup> F. Delpérée, *L'égalité en droit public belge*, in « Rapport public 1996 sur l'égalité », Conseil d'Etat, La documentation française, 1997, p. 431.

<sup>1836</sup> G. Calvès, *Les politiques françaises de discrimination positive. Trois spécificités*, Pouvoirs, 09.2004, p. 29.

<sup>1837</sup> A. Bredimas, *Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « Nouvelles formes de discriminations », sous la direction de L-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284.

expliquent que ces mesures constituent encore aujourd'hui un « *tabou*<sup>1838</sup> ». Il reste plus commode, dans ce cas, que ces mesures n'aient qu'une courte durée de vie et de faire rapidement disparaître toute trace de comportements arbitraires pour revenir à une égalité formelle rassurante. Outre son caractère technique, la loi qui institue une discrimination positive - comme toute loi - a une « *force symbolique et expressive*<sup>1839</sup> ». Admettre la nécessité des discriminations positives, c'est mettre au premier plan les besoins en égalité de la société que le principe d'égalité, pourtant si ancré dans notre ordre juridique, est censé pouvoir combler<sup>1840</sup>. C'est un constat d'échec qui est dressé à l'encontre de toute la société, constat d'autant plus édifiant dans un pays où certaines situations de discriminations restent de l'ordre du non-dit<sup>1841</sup>. Ramener les discriminations positives explicitement à une durée limitée permet d'avancer politiquement vers une situation plus équilibrée. Si la loi exprime le « *regard qu'elle porte sur elle-même et sur le monde*<sup>1842</sup> », affirmer dans sa rédaction son caractère temporaire évite de faire s'effondrer tout le mécanisme juridique consacré à l'égalité et de ne voir dans cette situation discriminante qu'un problème conjoncturel. Cette condition relative à la temporalité de la mesure relève de l'espérance - et non d'un fait palpable - et d'une probabilité<sup>1843</sup>. L'utilisation du temps fait ici ressortir sa « *valeur apaisante*<sup>1844</sup> ». Elle permet d'obtenir la certitude de l'absence de remise en cause du principe d'égalité tel que nous le connaissons depuis la Révolution. Cette affirmation du critère temporaire ne provient toutefois pas clairement des textes et de la jurisprudence qui restent muets sur cette question.

---

<sup>1838</sup> A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305.

<sup>1839</sup> J-M. Sauvé, *Combien de temps faut-il pour faire une bonne loi ?*, in « Le Temps, la Justice et le Droit », Textes réunis par S. Gaboriau et H. Pauliat, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003, Pulim, 2004, p. 61.

<sup>1840</sup> E. Keslassy, *De la discrimination positive*, Bréal, 2004, p. 24 : « *La République est aujourd'hui déstabilisée par son inaptitude à traduire dans les faits sa référence constante à l'égalité* ».

<sup>1841</sup> P. Noblet, *Affirmative action aux Etats-Unis et discriminations positives en France*, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 462 : « *Jusqu'à très récemment, l'existence même des discriminations raciales et ethniques était un sujet tabou au pays des "Droits de l'Homme et du Citoyen"*. »

<sup>1842</sup> J-M. Sauvé, *Loc. cit.*

<sup>1843</sup> P. Noblet, *Loc. cit.* : Est mise en avant « *l'idée souvent reprise du "mal nécessaire" et de l'entorse qu'on espère la plus temporaire possible aux principes d'égalité compris comme le traitement indifférencié des individus et des groupes dans une société*. »

<sup>1844</sup> P. Hébraud, *Observations sur la notion de temps dans le droit civil*, in « Etudes offertes à Pierre Kayser », tome II, PUAM, 1979, p. 1.

## **B. Une absence générale de référence effective au critère temporaire**

**388** - L'attachement de la doctrine vis-à-vis du caractère temporaire des discriminations positives est singulièrement appuyé. Dans un domaine où les avis sont très souvent partagés, on pourrait penser que cela est la marque d'une certaine réalité juridique. L'étude de la jurisprudence et des textes internationaux contenant une possibilité de recourir aux discriminations positives nie cette réalité. Si quelques textes font référence au critère temporaire, la jurisprudence fait preuve d'un mutisme absolu.

### **1. La quasi absence de référence normative**

**389** - La plupart des textes auxquels peuvent être rattachées les discriminations positives ne parlent pas de leur aspect temporaire. Seule l'ONU, dans sa lutte contre les discriminations fait de la temporalité des mesures un critère.

#### **a. Une absence généralisée**

**390** - Certains textes visent explicitement les discriminations positives, on pourrait donc penser que cette référence devrait mettre en exergue le caractère temporaire afin d'isoler ces mesures des autres actions égalitaires. Cependant, ces textes sont aussi muets que ceux qui ne visent pas particulièrement les discriminations positives.

α. Le mutisme des textes visant explicitement les discriminations positives

**391** - La référence première des discriminations positives en Europe reste le droit communautaire. Le texte de droit dérivé considéré comme l'acte fondateur des discriminations positives est la directive de 1976 relative à l'égalité entre les hommes et les femmes<sup>1845</sup>. Son article 2 § 4 indique que « *la présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1 §1* ». Les discriminations positives, ou les "actions positives", expression privilégiée par le droit communautaire, ne sont pas directement intégrées dans le texte de cet article. En revanche, elles correspondent nettement aux éléments fournis : des mesures qui ne correspondent pas au principe de non-discrimination classique puisqu'elles permettent un traitement différencié afin de contrecarrer les discriminations de fait qui affectent certains groupes de personnes. Le caractère temporaire est absent, mais la terminologie communautaire n'était pas encore fixée à l'époque. Un élément plus éloquent émane de la recommandation de 1984 qui est entièrement consacrée aux mesures destinées à parvenir à une égalité concrète<sup>1846</sup>. Or, si le terme d'action positive apparaît pour la première fois de manière expresse, le caractère temporaire est toujours absent. En effet, une politique d'action positive « *est destinée à éliminer les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle ainsi qu'à promouvoir la mixité dans l'emploi, et comportant des mesures générales et spécifiques appropriées* ». La série de directives qui ont relancé les obligations des Etats membres en matière d'égalité dans les années 2000 ne se sont pas plus penchées sur l'encadrement temporel des actions positives. Aucune ne mentionne le fait que la mesure doit être temporaire. A titre d'exemple, la directive de 2000 qui donne un cadre général au respect de l'égalité en matière d'emploi et de travail<sup>1847</sup>, se contente d'ouvrir la faculté aux Etats

---

<sup>1845</sup> Directive, 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1846</sup> Recommandation, 13.12.1984, 84/635/CEE, Conseil, Recommandation relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes.

<sup>1847</sup> Directive 2000/78/CE du Conseil, 27.11.2000, Directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi.

membres « *de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou compenser des désavantages* » qui sont subis par certains groupes sur le marché du travail<sup>1848</sup>. Les autres directives, qui ont trait à des domaines particuliers<sup>1849</sup> ou à des discriminations envers certains groupes particuliers<sup>1850</sup>, sont rédigées dans des termes identiques ou similaires, sans aucun appel à la vocation transitoire des mesures définies. Le droit dérivé est à l'unisson des traités puisque l'article 141 du traité C.E., dans son paragraphe 4 ne fait pas mention de la durée des mesures<sup>1851</sup>. Pour finir, la Charte des droits fondamentaux, qui peut donner dans l'absolu une indication sur la manière suivant laquelle les Etats membres peuvent parvenir à respecter une véritable égalité, n'est pas plus précise sur ce point. C'est d'ailleurs le texte qui se montre le plus laconique sur les critères et les objectifs des actions positives puisque sont seulement visés « *le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté* »<sup>1852</sup>. Si le panorama offert par tous ces textes nous démontre une certaine familiarisation de la notion de discrimination positive<sup>1853</sup>, aucune condition de durée n'apparaît au fil de la construction du droit communautaire de l'égalité. Cette absence est d'autant plus remarquable que la directive la plus célèbre en matière d'égalité homme-femme<sup>1854</sup>, qui marque la différence entre les mesures différenciatrices compensant une différence objective<sup>1855</sup> et celles qui s'apparentent aux discriminations

---

<sup>1848</sup> Article 7 de la directive.

<sup>1849</sup> Directive 2004/113/CE du Conseil, 13.12.2004, Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

<sup>1850</sup> Directive 2000/43/CE, Conseil, 29.06.2000, Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; directive 2002/73/CE, Parlement européen et Conseil, 23.09.2002, Directive modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1851</sup> Article 141 §4 du Traité C.E. : « *Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle* ».

<sup>1852</sup> Article 23 de la Charte des droits fondamentaux. Voir sur la lecture de cet article comme l'affirmation des actions positives : N. Péry, intervention, « L'égalité entre les femmes et les hommes, un droit fondamental et la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. De l'accès à la prise de décision à l'égalité substantielle dans tous les domaines », Actes de la conférence organisée les 21, 22 et 23 septembre 2000, Bruylant, 2001, p. 22.

<sup>1853</sup> L'absence d'objectif explicite dans l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux peut faire penser à une connaissance plus approfondie des rouages des actions positives et qu'elles visent dans tous les cas un rétablissement de l'égalité réelle.

<sup>1854</sup> Directive, 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1855</sup> Article 2 §3 de la directive : « *La présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité* ».

positives<sup>1856</sup>, ne mentionne jamais ce critère de durée. Le critère temporaire ne sert donc pas à définir ces deux types de mesures l'une par rapport à l'autre. Concrètement, cela signifie que l'absence de caractère temporaire dans le texte d'une discrimination positive nationale ne constitue pas un critère de contrariété avec le droit communautaire.

**392** - Cette absence se ressent d'autant plus qu'en droit du travail, elle est corroborée par celle de l'OIT, alors que, dans le même temps, droit communautaire et OIT ont certaines divergences en matière de conception de l'égalité, notamment au sujet du travail de nuit des femmes<sup>1857</sup>. Parmi les multiples conventions de protection des travailleurs élaborées par l'OIT, une convention de 1988 sur la promotion de l'emploi<sup>1858</sup> aborde le sujet des discriminations positives. L'interdiction de la discrimination, principe nodal de cette convention, « *ne s'oppose (...) pas à l'adoption de mesures spéciales qui sont justifiées par la situation de groupes déterminés (...), ou destinées à répondre aux besoins spécifiques de catégories de personnes qui rencontrent des problèmes particuliers sur le marché du travail*<sup>1859</sup> ». L'article 8 confirme cette possibilité en spécifiant que « *tout Membre doit s'efforcer d'établir, sous réserve de la législation et de la pratique nationales, des mesures spéciales pour promouvoir des possibilités additionnelles d'emploi et l'aide à l'emploi et faciliter l'emploi productif et librement choisi de catégories déterminées de personnes désavantagées qui ont ou qui sont susceptibles d'avoir des difficultés à trouver un emploi durable, telles que les femmes, les jeunes travailleurs, les personnes handicapées, les travailleurs âgés, les chômeurs de longue durée, les travailleurs migrants en situation régulière et les travailleurs affectés par des changements structureaux* ». Nous retrouvons ici les groupes cibles privilégiés par les discriminations positives, mais aucune condition de durée de ces mesures n'est posée.

**393** - La même absence peut être constatée plus spécifiquement par rapport à la protection des minorités nationales au sein de l'Europe. En 1995, le Conseil de l'Europe a

---

<sup>1856</sup> Article 2 §4 de la directive : « *La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1er paragraphe 1* ».

<sup>1857</sup> Voir ces contradictions et la manière dont la Cour de justice essaye de concilier les devoirs des Etats membres de l'Union européenne et signataires des conventions de l'OIT sur ce sujet : CJCE, 25.07.1991, Stoeckel, C-345/89, rec. p. I-4047. Pour les travaux souterrains dans le secteur minier et en milieu hyperbare : CJCE, 01.02.2005, Commission c/ Autriche, C-203/03.

<sup>1858</sup> Convention sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage, 21.06.1988. Entrée en vigueur le 17.11.1991. Cette convention n'a pas été ratifiée jusqu'à présent par la France. Nous pouvons d'ailleurs signaler à cet égard le peu d'enthousiasme des Etats puisque 6 pays seulement ont ratifié cette convention (Brésil, Finlande Norvège, Roumanie, suède et Suisse).

<sup>1859</sup> Article 6 §2 de la Convention.

ouvert à signature une Convention pour la protection des minorités<sup>1860</sup>. Conscient de la position fragile de certaines minorités ethniques ou religieuses dans certains pays, le Conseil de l'Europe a voulu marquer sa volonté de protection. Comme quasiment toute norme ayant des objectifs similaires et mise au point dans les dernières décennies, cette convention aborde la problématique des mesures spéciales en faveur de certaines catégories. Cela est révélateur d'une attitude assez classique en droit européen des droits de l'homme puisque ne sont pas considérées comme discriminations certaines mesures prises par les Etats afin de parvenir à une égalité factuelle<sup>1861</sup>. Cette convention se montre toutefois, à cet égard, plus exigeante que la plupart des textes européens puisque qu'elle note que « *les Parties s'engagent à adopter, s'il y a lieu, des mesures adéquates en vue de promouvoir, dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle, une égalité pleine et effective entre les personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité*<sup>1862</sup> ». Le renforcement des obligations des Etats Parties n'entraîne pas pour autant une définition plus précise des mesures visées. La seule explication donnée est que ces mesures « *tiennent dûment compte (...) des conditions spécifiques des personnes appartenant à des minorités nationales* ». Aucune condition de durée n'est exprimée quant aux discriminations positives exposées ici, il est vrai, de manière assez sibylline<sup>1863</sup>. Ce constat est en accord avec les évolutions de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles additionnels qui ne sont pas très explicites sur les discriminations positives.

β. L'absence de référence explicite de la Convention européenne des droits de l'homme

**394** - Le texte de la Convention européenne des droits de l'homme date de 1950. A cette époque, la question des discriminations positives n'avait pas encore vu le jour en Europe. L'article 14 de la Convention qui traite du respect de l'égalité par les Etats Parties n'en fait en conséquence aucune mention, et se contente de dresser une liste de caractéristiques qui ne

---

<sup>1860</sup> Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 01.11.1995.

<sup>1861</sup> Article 4 §3 de la Convention.

<sup>1862</sup> Article 4 §2 de la Convention.

<sup>1863</sup> Cette convention n'a pas été signée par la France en vertu du fait que la France ne reconnaît pas l'existence de minorités nationales. CC, 09.05.1991, 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, JO, 14.05.1991, p. 6350.

doivent pas être l'objet d'une distinction<sup>1864</sup>. La seule évolution textuelle peut provenir du protocole additionnel n° 12 qui est relatif au principe d'égalité<sup>1865</sup>. Ce nouveau protocole qui date du 4 novembre 2000<sup>1866</sup> est né d'une volonté de promouvoir et d'avancer dans le respect de l'égalité<sup>1867</sup>. Il est rappelé que ce principe a un caractère « *fondamental* »<sup>1868</sup> et que, pour une protection en rapport, l'interdiction de discrimination devient générale<sup>1869</sup>. Cela permet une évolution notable du mécanisme du principe de non-discrimination devant la Cour. Le texte de 1950, ainsi que la jurisprudence afférente, n'ont jamais donné de caractère indépendant à l'article 14, mais seulement un caractère autonome. Pour qu'une discrimination soit observée par la Cour, il faut qu'elle tombe dans le giron d'un autre article de la Convention<sup>1870</sup>. La réaffirmation de la volonté du Conseil de l'Europe est aussi l'occasion de redéfinir le principe de non-discrimination. Si la rédaction de l'article 1 du protocole n° 12 ne varie quasiment pas au regard de la rédaction de l'article 14 de la Convention, le préambule du nouveau protocole donne, en revanche, une indication importante puisqu'est « *réaffirm[é]*<sup>1871</sup> *que le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable* »<sup>1872</sup>. Cette première référence aux mesures différenciatrices ne donne aucune caractéristique précise afin de les définir. Une fois de plus, le caractère provisoire de ces mesures n'est pas mis en avant. Le droit européen des

---

<sup>1864</sup> Article 14 de la Convention : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

<sup>1865</sup> Entré en vigueur le 01.04.2005, ratification par 11 pays : Albanie, Arménie, Bosnie-Herzégovine, Chypre, Croatie, Finlande, Géorgie, Ex-République de Macédoine, Pays-Bas, Saint-Marin, Serbie-Monténégro.

<sup>1866</sup> Que cette date relève du hasard ou d'une volonté délibérée, elle correspond à la date anniversaire des 50 ans de la Convention qui avait été signée le 4 novembre 1950.

<sup>1867</sup> Il est ainsi inscrit dans le texte du protocole que les Etats membres du Conseil de l'Europe sont « *résolus à prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité de tous par la garantie collective d'une interdiction générale de discrimination* ».

<sup>1868</sup> Premier alinéa du préambule du protocole n° 12.

<sup>1869</sup> Article 1 du protocole n° 12 : « *La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

<sup>1870</sup> Pour une vue d'ensemble de la jurisprudence sur ce point, voir *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, PUF, 2003, p. 71 et s..

<sup>1871</sup> Nous reprenons ici le vocabulaire employé dans le protocole, mais nous pouvons remarquer que ce point du principe de non-discrimination n'a jamais été textuellement affirmé. La seule référence que nous pouvons trouver est dans la jurisprudence avec notamment l'arrêt *Thlimmenos* (CEDH, 06.04.2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. 34369/97, rec. 2000-IV). Cette référence doit malgré tout être nuancée puisque l'arrêt *Thlimmenos* fait des mesures différenciatrices une obligation des Etats, alors que le protocole n° 12 n'en fait qu'une faculté au même titre que les dispositions de droit communautaire.

<sup>1872</sup> Alinéa 3 du préambule du protocole n° 12.



droits de l'homme ne semble pas, lui non plus, proscrire les discriminations positives qui ne portent pas en elles-mêmes une détermination de leur durée. Cependant, nous connaissons l'œuvre constructive et progressiste de la Cour qui a déjà fait son office en matière d'égalité et qui pourrait, par le fait, donner des indications plus précises. Ainsi, comparativement, le droit international est plus transparent relativement à la définition des discriminations positives.

### **b. Un critère temporaire onusien**

**395** - Ce sont les Nations Unies qui se sont le plus appuyées sur le critère temporaire des mesures de discriminations positives afin de convenir de leur légalité. Les conventions qui traitent de l'interdiction de la discrimination sont les seules qui imposent cette condition. Deux conventions abordant le respect par les Etats membres du principe de non-discrimination parlent de mesures égalisatrices qui peuvent être assimilées à des discriminations positives. L'article 4 de la Convention pour l'Elimination de toutes formes de Discriminations à l'Egard des Femmes<sup>1873</sup> (CEDEF) nie la qualification de discrimination aux « *mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes* ». La mention du caractère temporaire dans le texte de l'article n'empêche pas de préciser quand la mesure doit disparaître : « *dès que les objectifs en matière d'égalité des chances et de traitement ont été atteints* ». Le paragraphe 4 de l'article 1 de la Convention sur l'Elimination de toute forme de Discrimination Raciale<sup>1874</sup> procède de la même manière, même si les termes sont quelque peu différents. Il est indiqué que « *les mesures spéciales prises à la seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en*

---

<sup>1873</sup> Adoptée le 18.12.1979. Ratifiée par la France le 14 décembre 1983.

<sup>1874</sup> Adoptée le 21.12.1965. Ratifiée par la France le 28 juillet 1971.

vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient »<sup>1875</sup>. La raison de l'existence du critère provisoire de la mesure apparaît clairement. Les discriminations positives ne sont pas des normes neutres, elles portent en leur sein un objectif spécifié : celui de rétablir une véritable égalité dans les faits. Elles ne sont qu'un moyen de concrétiser le respect du principe d'égalité. En tant que vecteur de neutralisation d'une situation que l'on ne voudrait que temporaire, la norme doit devenir alors elle-même temporaire.

**396** - Cette condition, inscrite explicitement, nous amène une fois de plus à nous poser la question de la coexistence de l'aspect formel et de l'aspect matériel. La norme visée doit-elle être rédigée de façon à montrer expressément son caractère temporaire ou est-ce l'analyse des faits, permettant de déduire la durée limitée de la norme qui est à prendre en compte ? A tout le moins, une norme qui porte littéralement son caractère temporaire devrait être considérée comme conforme à ces deux conventions onusiennes de lutte contre les discriminations<sup>1876</sup>. Le poids des faits peut malheureusement faire démentir cette volonté à court ou moyen terme : les mentalités sont parfois si ancrées dans la société que le temps est long à accomplir son œuvre égalisatrice. L'exemple des femmes illustre parfaitement ce fait. La prise de conscience de leur situation désavantagée date de plusieurs décennies et le travail fait en vue d'une égalité effective entre les sexes est textuellement imposant. Les faits s'ingénient pourtant à contredire ces efforts puisque les femmes constituent toujours un groupe d'intérêt particulier au vu du traitement inégalitaire dont elles font encore aujourd'hui l'objet<sup>1877</sup>. A l'inverse, il est possible de penser qu'une mesure ne comportant aucune durée limitée peut toutefois se révéler, en pratique, temporaire grâce à une évolution relativement rapide des mentalités. Dans ce cas, la mesure peut-elle être considérée comme compatible avec ces deux conventions onusiennes ? Cette condition de temporalité de la mesure pose la même question que celle tenant à l'existence même de la mesure à laquelle elle se rapporte, à savoir : quelle peut être la relation entretenue entre le formel et le réel ? La pratique peut-elle

---

<sup>1875</sup> Voir sur ce point : R. de Gouttes, *Le rôle du comité des Nations-Unies pour l'élimination de la discrimination raciale*, RTDH, 31.03.2001, n° spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 567 ; K. Pavis-Maurice, *La consécration internationale des droits politiques des femmes et leur mise en place en droit interne : pour une approche critique de la garantie des droits politiques des femmes*, RRJ, n°4, 2001, p.1661.

<sup>1876</sup> Convention pour l'Élimination de toutes formes de Discriminations à l'Égard des Femmes, 18.12.1979 ; Convention sur l'Élimination de toute forme de Discrimination Raciale, 21.12.1965.

<sup>1877</sup> F. Battagliola, *Le travail des femmes : une paradoxale émancipation*, Cités, 8, 2001, p. 75 ; R. Letteron, *Les droits des femmes entre l'égalité et l'apartheid juridique*, in « L'évolution du droit international », Mélanges offert à Hubert Thierry, Ed. A. Pédone, 1998, p. 281. Pour une vue d'ensemble de la protection des femmes : J-P. Colin, *La femme dans tous ses droits. L'évolution de la protection internationale des droits de la femme*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p.127.

modifier le formel, ou le formel doit-il toujours prévaloir ? Admettre la nécessité des discriminations positives demande d'avoir une lecture de l'égalité en adéquation avec la situation de chacun dans les faits. Le réel dépasse alors l'égalité formelle traditionnelle. Cette entorse à l'égalité formelle offre la même dialectique dans sa définition. Le critère temporaire posé formellement entraîne de nouvelles difficultés en pratique, car les faits peuvent venir le démentir. De plus, ces exceptions textuelles que sont les conventions onusiennes ne trouvent aucun appui jurisprudentiel car, jusqu'à présent, la question de la durée temporaire des discriminations positives n'a pas été discutée.

## 2. L'absence de référence jurisprudentielle

397 - L'attitude générale de la doctrine est résumée dans l'argumentation suivie par l'avocat général Tesauro dans ses conclusions pour l'arrêt Kalanke<sup>1878</sup>. Analysant la conformité d'une loi du Land de Hesse destinée à favoriser l'accès des femmes à certains emplois publics avec la directive 76/207, il pose deux « *prémises* » aux actions positives : « *L'existence d'obstacles de fait qui s'interposent contre la réalisation de l'égalité des chances entre hommes et femmes et le caractère (implicitement) temporaire de l'action positive* ». Il ajoute que ce caractère temporaire est effectivement dû à l'objectif de ces mesures, leur légitimité dépend de « *la persistance des obstacles de fait qui doivent être éliminés* ». Même si le droit dérivé communautaire est muet sur le sujet, la durée limitée des mesures de discriminations positives est propre à leur nature. Cela reste du domaine de l'induction et nous ne bénéficions d'aucun repère jurisprudentiel sur ce point. Jusqu'à aujourd'hui, la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas eu l'occasion de donner directement son interprétation. Aucun cas ne porte directement sur la compatibilité d'une action positive qui ne marquerait pas son caractère temporaire. Cependant, l'arrêt Badeck<sup>1879</sup>, en se fondant sur les éléments déterminés par l'arrêt Marschall<sup>1880</sup>, donne deux conditions pour cette compatibilité dès lors que l'action positive touche l'emploi des femmes dans la fonction publique : d'une part, il ne faut pas que la mesure accorde « *de manière*

---

<sup>1878</sup> CJCE, 17.10.1995, Kalanke, C-450/93, rec. p. I-305.

<sup>1879</sup> CJCE, 28.03.2000, Badeck et autres, C-118/97.

<sup>1880</sup> CJCE, 11.11.1997, Marschall, C-409-95, Rec. p. I-6363.

*automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins* », d'autre part, l'ensemble des candidatures doit faire « *l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats* »<sup>1881</sup>. La condition quant à la durée limitée des discriminations positives n'y est pas mentionnée, alors même que nous nous situons dans le cadre privilégié de leur application devant la Cour de justice : l'emploi dans le domaine public. Cette jurisprudence Badeck n'est sans doute pas la plus pertinente. En effet, les conditions de compatibilité posées s'adressent au contenu de la mesure et non à sa définition. Il n'est pas certain que ce critère temporaire agisse sur le même plan dans l'argumentation de la Cour. Nous pouvons encore citer l'arrêt Commission contre République fédérale d'Allemagne<sup>1882</sup>. Confrontée à l'interprétation de la directive de 1976<sup>1883</sup>, la Cour considère relativement à l'article 2 §2 de la directive que « *les dérogations au principe de l'égalité de traitement restent dans la limite de ce qui approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif visé* »<sup>1884</sup>. L'arrêt cité est rédigé en termes généraux qui semblent couvrir l'ensemble des dérogations possibles, ce qui inclurait les discriminations positives prévues par ce même article 2, dans son paragraphe 4. Or, nous savons que l'objectif des discriminations positives prévues dans cette directive est de trouver un équilibre factuel entre la situation des hommes et des femmes. Leur nature est de disparaître le jour où cet équilibre est obtenu. Le doute est donc permis puisque l'espèce mettait en scène une mesure ne pouvant s'apparenter à une action positive. La seule certitude dont nous disposons est que le problème du critère temporaire n'a pas été abordé par la Cour de Luxembourg alors qu'elle représente le vivier le plus important d'exemples jurisprudentiels en matière de discriminations positives. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme s'est peu penchée sur le phénomène, et le droit français, considérant avec méfiance ces mesures, n'utilise jamais l'expression de discrimination positive ou d'action positive<sup>1885</sup>. Les conditions de leur existence sont donc loin d'être déterminées<sup>1886</sup>. Ce caractère temporaire n'est véritablement érigé en critère que par le travail fourni et constant de la doctrine. Les répercussions d'un tel critère ne sont pas

---

<sup>1881</sup> Point 23, CJCE, 28.03.2000, Badeck et autres, C-118/97.

<sup>1882</sup> CJCE, 21.05.1985, Commission c/ République fédérale d'Allemagne, C-248/83, rec. p. 1974 ; J. Mauro, GA, 1986, III, Doct., p. 568.

<sup>1883</sup> Directive 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

<sup>1884</sup> CJCE, 21.05.1985, Commission c/ République fédérale d'Allemagne, C-248/83, point 36.

<sup>1885</sup> E. Keslassy, *De la discrimination positive*, Bréal, 2004, p. 11 : « *La France s'est bien lancée dans la discrimination positive. Mais, tête basse, elle avance masquée* ».

<sup>1886</sup> Nous disposons seulement d'un arrêt de la Cour d'Arbitrage de Belgique en date du 27 janvier 1994 qui exprime la nécessité du caractère temporaire de la mesure. Voir sur cet arrêt : B. Renauld, *Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425. Voir aussi sur ce point : F. Delpérée, *L'égalité en droit public belge*, in Conseil d'Etat, Rapport public 1996 sur l'égalité, La documentation française, 1997, p. 431.

négligeables et l'on peut se demander si la doctrine en a bien pris conscience car, pratiquement et théoriquement, le critère temporaire pose de nombreuses difficultés.

## **§2. Un critère temporaire non viable**

**398** - Aussi séduisant qu'apparaisse le critère temporaire, sa mise en œuvre ne peut se faire sans heurt. On l'a présenté comme un caractère inhérent à la nature des discriminations positives, mais cette analyse ne s'est faite que par déduction en fonction des cas les plus connus de discriminations positives, et encore, en occultant certains. Le manque de théorisation des discriminations positives se fait ici sentir. Sans définition précise des discriminations positives, la mise en avant de leur caractère temporaire tient plus du tâtonnement que d'une véritable réflexion. La preuve en est que le critère temporaire est généralement vu de manière isolée, sans rapport avec les autres caractéristiques techniques des discriminations positives, ce qui amène à plus de contradictions que de lisibilité. L'isolement de l'analyse se situe aussi au stade de la mise en relation avec le droit et la technique juridique dans son entier. Le contrôle de proportionnalité contredit le critère temporaire car l'application est inutile ou, pire, impossible. De plus, indiquer formellement le caractère temporaire d'une loi n'est pas sans incidence sur la construction du Droit dans son ensemble. L'étude du critère en fonction de la théorie du droit ne fait que renforcer son inapplicabilité au simple regard du contrôle de proportionnalité. De tout côté, le critère temporaire peut être attaqué ; il l'est d'abord par rapport aux caractéristiques propres aux discriminations positives, ensuite par une analyse objective de l'insertion d'un tel critère dans une loi.

### **A. Une théorisation insuffisante des discriminations positives**

**399** - Les faits sont au cœur de la construction du critère temporaire. Cela est assez rare en ce qui concerne les discriminations positives, mais ce n'est sans doute pas le caractère de

ces mesures qui s'y prête le mieux. Deux choses sont certaines relativement à la définition des discriminations positives : d'une part, ce sont des mesures de différenciation juridique, d'autre part, elles empruntent cette voie parce qu'elles visent le retour d'une égalité réelle entravée par l'existence de préjugés. Le critère temporaire doit donc pouvoir se loger dans la définition des discriminations positives en fonction de ces deux points principaux de définition. L'argumentation des auteurs qui s'intéressent au critère temporaire des discriminations positives met en lumière un certain embarras ou, du moins, des contradictions entre son affirmation et les exemples d'application. Ces flottements montrent combien les discriminations positives sont encore mal connues. Deux points sont particulièrement marquants : les auteurs ne distinguent pas entre les rapports verticaux et horizontaux visés par la mesure alors que cela a une influence sur sa durée et ils ne prennent pas en compte le terrain subjectif sur lequel viennent s'appliquer les discriminations positives. Elles naissent à cause d'une mentalité discriminatoire, or, il est impossible de prévoir quand les préjugés vont disparaître.

### **1. L'absence de prise en compte des rapports verticaux**

**400** - Les discriminations positives ne sont nécessaires que dans le cas où une différence de situation est due à une attitude hostile envers un groupe qui présente une différence objective. L'élément déclencheur n'est pas la différence, mais le traitement qui est fait de cette différence. Il est vrai, la plupart du temps, ce sont des relations horizontales qui se déroulent dans le quotidien qui concrétisent les préjugés. La discrimination vient des comportements individuels et non de la norme. Dans ce cas, lorsqu'une mesure de discrimination est mise en place par le législateur, les responsables de la concrétisation de l'égalité sont toujours les acteurs individuels. La nécessité de ces mesures disparaîtra le jour où ces derniers cesseront leurs comportements discriminatoires. De ce fait, le caractère temporaire semble inévitable. Il est intéressant de constater à cet égard que les auteurs pour lesquels ce critère emporte une importance décisive se fondent sur ces relations de type horizontal afin d'asseoir leur argumentation. Le théoricien américain Ronald Dworkin définit la version américaine de ces actions qui « *visent à accroître la place des Noirs et des autres minorités, ainsi que leur nombre, dans l'industrie, le commerce et les différentes professions,*

*en leur accordant une forme de préférence s'agissant du recrutement, de la promotion et de l'admission dans les collèges et écoles professionnelles*<sup>1887</sup>». Une telle définition tend effectivement à induire le caractère temporaire de ces mesures.

**401** - A l'inverse, les auteurs qui passent sous silence le caractère temporaire des discriminations positives ne se fondent pas sur ce type de relations. C'est ainsi qu'Eric Keslassy n'en fait aucunement mention dans son ouvrage consacré à ces mesures<sup>1888</sup>, alors même qu'il se repose sur leur caractère exclusivement socio-économique<sup>1889</sup>. Partant des difficultés économiques et sociales vécues par les membres de certains groupes, l'auteur ne parle pas du critère temporaire, puisqu'il est alors logique de penser que ces difficultés existeront de manière permanente, même si les groupes concernés peuvent varier avec le temps. L'existence même des mesures ne peut donc disparaître avec le temps. Cette analyse ne tient cependant pas compte de l'élément essentiel des discriminations positives à l'origine de ces difficultés, qui réside dans l'hostilité que doivent subir certains groupes comme les immigrés ou encore les femmes.

**402** - Plus révélatrice encore est la lecture des discriminations positives faite par Jean-François Flauss. Se penchant sur les discriminations positives face à la Convention européenne des droits de l'homme, il ne se réfère pas à la temporalité des mesures<sup>1890</sup>. Or, l'une des premières caractéristiques de la Convention est de ne prévoir que les rapports verticaux, c'est-à-dire entre l'Etat et les particuliers. Dans ce cas, le critère temporaire ne peut être appliqué puisque les comportements individuels ne sont pas visés. Il faut alors admettre que la situation discriminatoire cesse avec l'instauration de la norme. L'auteur cite, à titre d'exemple, l'arrêt Van Raalte contre Pays-Bas<sup>1891</sup> afin d'illustrer son propos. Dans cet arrêt était en cause une disposition des Pays-Bas prévoyant une exonération de cotisation concernant les allocations familiales pour les femmes âgées de plus de 45 ans. L'argument de l'Etat reposait sur une idée de compensation en faveur des femmes qui ne sont plus en âge de procréer. L'auteur semble considérer que l'absence de différence de traitement aurait conduit à une discrimination formée à partir d'un élément subjectif, en mettant cette affaire en

---

<sup>1887</sup> R. Dworkin, *L'empire du droit*, PUF, Coll. Recherches politiques, 1994, p. 426.

<sup>1888</sup> E. Keslassy, *Op. cit.*

<sup>1889</sup> *Ibid.*, p. 40 : « *La discrimination positive ne peut reposer que sur des critères objectifs, c'est-à-dire socio-économiques* ».

<sup>1890</sup> J-F. Flauss, *Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme*, in « *Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon* », Bruylant, 1998, p. 415.

<sup>1891</sup> CEDH, 21.02.1997, Van Raalte c/ Pays-Bas, req. 20060/92, rec. 1997-I.

opposition avec l'arrêt Karlheinz Schmidt<sup>1892</sup> fondé, selon lui, sur les caractéristiques physiques et physiologiques des femmes<sup>1893</sup>. Or, si cette mesure peut être classée dans les discriminations positives, la discrimination de fait qui existait jusqu'à présent entre les hommes et les femmes de par l'absence de prise en compte de l'inégalité disparaît par l'intermédiaire de la mise en œuvre directe de la loi. Les femmes ne payent plus de cotisations dans un objectif égalitaire et l'égalité s'en trouve directement rétablie dans les faits. L'existence temporaire de la mesure ne peut être mise en avant dans ce cas. L'arrêt Thlimmenos<sup>1894</sup> (nécessité de prendre en compte la situation particulière des objecteurs de conscience par rapport aux personnes ayant un casier judiciaire pour une autre raison) et les arrêts concernant la situation difficile des Tsiganes au Royaume-Uni<sup>1895</sup> ont une dynamique identique. L'égalité semble rétablie de manière directe par l'instauration de la nouvelle règle égalitaire, que ce soit pour l'égalité des cultes<sup>1896</sup> ou encore pour le respect du mode de vie de chacun.

**403** - Les efforts de définition consentis par Yaël Attal-Galy dans une thèse consacrée aux catégories d'individus<sup>1897</sup> montrent l'embarras suscité par ce critère temporaire. Confrontée à la pratique de ces mesures, elle cite en premier lieu les Conventions de l'OIT qui, depuis les années 1930, prohibent le travail de nuit des femmes<sup>1898</sup>. Or, cette interdiction ne peut être considérée comme étant de nature temporaire. L'interdiction est durable parce

---

<sup>1892</sup> CEDH, 18.07.1994, Karlheinz Schmidt c/ Allemagne, req. 13580/88, A 291-B.

<sup>1893</sup> La disposition en cause prévoyait une différence de traitement entre les hommes et les femmes concernant la lutte contre l'incendie.

<sup>1894</sup> CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. 34369/97, rec. 2000-IV. Voir les commentaires qui qualifient cette obligation de discrimination positive : J-P. Marguénaud, *Requiem pour l'adage Ubi lex distinguit ? La Cour européenne des Droits de l'Homme pourfend les lois trop générales qui n'établissent pas de discrimination positive*, CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, Chr., RTDCiv., 2000, p. 434 ; F. Sudre, JCP, 2001, I, 291, 10 ; F. Benoît-Rohmer, *La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ?*, RTDH, 2001, p. 999.

<sup>1895</sup> CEDH, 25.09.1996, Buckley c/ Royaume-Uni, req. 20348/92, rec. 1996-IV ; CEDH, 18.01.2001, Chapman c/ Royaume-Uni, req. 27238/95, Rec. 2001-I ; CEDH, 18.01.2001, Jane Smith c/ Royaume-Uni, req. 25154/94 ; CEDH, 18.01.2001, Lee c/ Royaume-Uni, req. 25289/94 ; CEDH, 18.01.2001, Coster c/ Royaume-Uni, req. 24876/94 ; CEDH, 18.01.2001, Beard c/ Royaume-Uni, req. 24882/94. Voir sur ce point l'opinion dissidente du juge Pettiti dans l'arrêt Buckley qui aurait voulu voir dans cette affaire la consécration des discriminations positives en faveur des Tsiganes. Voir également l'analyse de la relation entre cette jurisprudence et les discriminations positives : D. Rosenberg, *L'indifférence du juge européen aux discriminations subies par les Roms (en marge de l'arrêt Chapman)*, RTDH, 2001, p. 1077.

<sup>1896</sup> Concernant ce point, nous pouvons citer aussi Elsa Forey, qui, se penchant sur les inégalités compensatrices en matière de cultes, ne fait aucune référence à une quelconque nécessité de durée limitée des mesures visées : E. Forey, *L'égalité des cultes : un principe en évolution ?*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 41.

<sup>1897</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, pp. 280-288 et spec. p. 283 : « L'action correctrice qui se substitue à une stricte égalité de traitement entre les individus, possède un caractère temporaire dans la mesure où elle doit rétablir l'égalité dans un délai raisonnable ».

<sup>1898</sup> *Ibid.*, p. 288.



que fondée *a priori* sur une différence physique entre les hommes et les femmes. Néanmoins, le véritable fondement de cette interdiction n'est pas une différence physique, mais la défense du rôle traditionnel des femmes<sup>1899</sup>. Le fondement de la différence de traitement est l'illustration d'un préjugé envers les femmes. Le résultat obtenu n'est pas celui des discriminations positives puisqu'ici il s'agit d'une inégalité<sup>1900</sup>. Cependant, l'impulsion est la même : la présence d'un préjugé. Il est important de constater que dans le cas de l'interdiction de travail de nuit des femmes, aucun caractère temporaire n'est mis en avant. Si une discrimination fondée sur éléments subjectifs et des préjugés ne transforme pas la mesure au niveau de sa temporalité, il n'y a aucune raison que les discriminations positives n'obéissent pas à la même règle. Cet exemple illustre bien les difficultés suscitées par le critère temporaire. Les auteurs mettent en avant ce critère sans toutefois prendre d'exemple comportant cette limite temporelle. D'autre part, les mesures prises sur le fondement de préjugés ne présentant pas une telle limite, les discriminations positives n'ont pas à y être soumises.

**404** - Un autre exemple peut être extrait de l'argumentation suivie par Linos-Alexandre Sicilianos dans son analyse des potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale<sup>1901</sup>. Visiblement très attaché au caractère temporaire de ce que la Convention appelle pudiquement des « *mesures spéciales* »<sup>1902</sup>, il se pose la question de leur éventuel caractère obligatoire envers les Etats. Afin de parvenir à une conclusion qui se voudrait affirmative, il se sert de la jurisprudence Thlimmenos de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, dans cette affaire, la discrimination initiale provenait directement de la norme et devait disparaître immédiatement par l'instauration d'une législation égalitaire adaptée aux besoins particuliers de certaines religions. Même si l'arrêt est rédigé en termes généraux et dépasse le simple cadre des discriminations positives, cette référence laisse planer une certaine ambiguïté quant au caractère temporaire, pourtant ouvertement appuyé par l'auteur.

---

<sup>1899</sup> M. Darmon, J-G. Huglo, *L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes : un univers en expansion*, RTDE, n°, 1992, p. 1.

<sup>1900</sup> CJCE, 25.07.1991, Stoeckel, C-345/89, Rec. p. I-4047.

<sup>1901</sup> L-A. Sicilianos, *L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale. A propos du 40<sup>ème</sup> anniversaire de son adoption*, RTDH, 2005, p. 869.

<sup>1902</sup> Ces mesures « impliquent un traitement préférentiel de ces groupes et elles sont adoptées à titre provisoire ».

405 – D'autre part, les normes peuvent parfois « *instrumentaliser* » les discriminations interindividuelles<sup>1903</sup>, le rétablissement de l'égalité de fait par une nouvelle norme peut ne pas réussir directement. De nombreuses règles de droit ne font qu'intégrer les mentalités présentes dans la société<sup>1904</sup>. Si une corrélation existe entre les normes et les comportements individuels, des agissements arbitraires peuvent venir se substituer à la norme pour établir une nouvelle forme de discrimination. Un réajustement de la nouvelle norme devient, au fil du temps, nécessaire pour endiguer les agissements individuels discriminatoires. Ce réajustement semble plus enclin à rétablir le caractère temporaire puisque nous nous trouvons de nouveau face à une relation de type horizontal. Exemple peut être pris dans les quotas de femmes en politique. Même si la nécessité de la mesure est due à une relation horizontale entre les hommes et les femmes au sein des partis politiques dont l'élément prépondérant est une misogynie latente<sup>1905</sup>, elle nous montre le détournement de la mesure de discrimination positive par certains comportements individuels. En Belgique, une loi du 25 mai 1994 a permis la mise en place d'un système de quotas dans les partis politiques. Cette loi ne prévoyait que le pourcentage de femmes devant être inscrites sur la liste du parti. Concernant le Parti socialiste, la proportion d'un tiers de femmes a bien été respectée, mais elles ne furent pas élues dans cette proportion car elles ont été le plus souvent reléguées aux positions non éligibles au sein des listes. Les agissements personnels de leurs homologues masculins ont permis de contourner la mesure égalisatrice dans le but de sauvegarder leur position privilégiée<sup>1906</sup>.

Dans un rapport vertical, modifier la norme par une mesure différenciatrice appropriée doit faire disparaître l'inégalité préexistante. Le critère temporaire ne peut donc exister dans cette hypothèse. Il est non seulement inutile, mais vient aussi contredire l'action même de la norme. Il est tout aussi en opposition avec l'objectif poursuivi quand les relations horizontales sont en jeu.

---

<sup>1903</sup> L-A. Sicilianos, *L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale. A propos du 40<sup>ème</sup> anniversaire de son adoption*, RTDH, 2005, p. 869.

<sup>1904</sup> F. Delpérée, *L'égalité en droit public belge*, in Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, p. 431.

<sup>1905</sup> E. Pisier, *Des impasses de la parité*, in Conseil d'Etat, « Rapport public 1996 sur l'égalité », La documentation française, 1997, p. 385.

<sup>1906</sup> Parlement européen, *Incidences variables des systèmes électoraux sur la représentation politique des femmes*, Document de travail, Série Droit des femmes, Direction générale des études Luxembourg, 1997, pp. 19-22. Voir également : Problèmes politiques et sociaux, n° 835, 2000, « An 2000 : quel bilan pour les femmes », Textes réunis par M. Perrot, p. 70 et s..

## 2. L'absence de prise en compte de l'imprévisibilité du préjugé dans un rapport horizontal

**406** - L'évolution du comportement des acteurs privés n'est absolument pas prévisible. Par nature, les discriminations positives dépendent de la subjectivité inhérente à toute activité humaine et toute prédiction sur son évolution est impossible. Lorsque l'on envisage l'application du critère temporaire dans des relations qui intègrent des préjugés provenant de la population, les exemples qui sont à notre disposition contredisent le caractère temporaire des discriminations positives. En France, ces mesures ont trouvé un domaine d'application privilégié : celui du territoire. Or, loin d'avoir disparues, ce type de mesures se développent et ne sont pas démenties. Certains manuels de droit public font ainsi référence au critère temporaire des discriminations positives tout en prenant par la suite des exemples d'application qui datent des années 1980<sup>1907</sup> et qui n'ont pas été remis en cause depuis : la création d'une troisième voie d'accès à l'ENA<sup>1908</sup> ou encore les conditions spécifiques pour passer des concours pour les personnes originaires de Nouvelle-Calédonie<sup>1909</sup>, loin d'avoir disparues, sont des mesures qui ont inspiré d'autres actions de ce type, avec notamment le développement des ZEP dont on a déjà étudié l'aspect privé du préjugé<sup>1910</sup>. Les auteurs se retrouvent alors pris à leur propre jeu : en ne se référant qu'aux faits, il peut arriver que ces derniers contredisent leur conception. Au regard de la multiplicité des comportements et des circonstances pouvant engendrer un comportement discriminatoire dû à un préjugé, introduire un critère temporaire revient à nier l'existence de certaines discriminations positives ainsi que l'existence de certains préjugés. Beaucoup de préjugés, fortement ancrés dans la société, traversent le droit privé et le droit public, se retrouvent dans des relations horizontales et verticales. Dans ce cas, le critère temporaire empêcherait la mise en place de certaines discriminations positives car certaines relations ne peuvent être régulées par l'intermédiaire d'une norme temporaire. On obtiendrait alors l'effet inverse de celui désiré : comme certains

---

<sup>1907</sup> L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz Précis, Coll. Droit public science politique, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, § 440.

<sup>1908</sup> CC, 14.01.1983, 82-153 DC, Troisième voie d'accès à l'ENA.

<sup>1909</sup> CC, 30.08.1984, 164-76 DC, Statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie

<sup>1910</sup> Cf Première Partie, § 192 et s..

comportements seraient toujours appuyés par la norme, il y a de fortes chances qu'ils perdurent en toute impunité. Les préjugés seraient toujours présents, les discriminations positives relativement inefficaces pour réaliser l'égalité, d'où la nécessité d'en mettre en place de nouvelles pour compléter le dispositif initial. Le caractère temporaire de la mesure initiale est donc loin d'être retrouvé en pratique. Au contraire, c'est en évitant de mettre en avant le critère temporaire que l'on pourra agir concomitamment dans plusieurs domaines et que certaines mesures peuvent donner l'espoir de n'être véritablement que temporaires. L'inscription du caractère temporaire est donc inutile car il nie une partie des préjugés à l'origine de la nécessité des discriminations positives et qu'il n'entraîne en pratique aucun caractère temporaire. De plus, l'inscription du critère temporaire ne va pas aller sans difficultés, qu'elles soient d'ordre pratique ou théorique.

## **B. Les difficultés de mise en œuvre du critère temporaire**

**407** - Inscrire dans la mesure de discrimination positive son caractère provisoire a des conséquences. Si l'on peut admettre sa fonction rassurante qui permet de conclure à un compromis entre les tenants des différentes interprétations du principe d'égalité, les difficultés qui naissent de son inscription ne sont pas à négliger. En effet, la réalité de la mise en place des mesures censées rétablir une égalité dans les faits est souvent plus âpre qu'envisagée. Le fait d'inscrire le caractère temporaire de la mesure manque de précision et ne donne *a priori* aucune indication précise de temps. Cela pose problème au regard du principe de proportionnalité qui doit encadrer la discrimination positive. De plus, le caractère temporaire d'une norme se rencontre peu dans le droit. Cela s'explique par la nature même du droit et c'est ce qui justifie en dernier lieu l'absence de critère temporaire des discriminations positives. Il faut donc voir dans un premier temps la contrariété du critère temporaire avec le contrôle de proportionnalité pour, dans un second temps, analyser la contrariété de ce critère avec la construction théorique du droit.

## 1. La contrariété du critère temporaire avec le contrôle de proportionnalité

**408** - Le contrôle de proportionnalité est le pilier de la mise en œuvre des discriminations positives. C'est lui qui imprime leur régime, qui fait d'elles des mesures rétablissant l'égalité réelle. Le critère temporaire, s'il doit être intégré à la définition des discriminations positives doit donc être analysé en fonction du contrôle de proportionnalité lors de la mise en œuvre de la mesure. Cette relation n'est pas mise en évidence par les auteurs traitant du critère temporaire. Cela s'explique sans doute par le fait qu'il ne peut convenir au contrôle de proportionnalité. En effet, une discrimination positive est une réponse objectivée à une situation créée par des sentiments et des comportements subjectifs. C'est un processus artificiel de rétablissement de l'égalité qui lutte contre les effets de mentalités négatives envers certaines personnes, mais pas directement contre les mentalités elles-mêmes. L'idée est de permettre, par l'intermédiaire des discriminations positives, une confrontation des auteurs des discriminations initiales aux compétences des personnes qui sont bénéficiaires des nouvelles mesures afin de faire disparaître à terme les éléments de discrimination. Le rapport entre la mesure et l'origine de la discrimination préalable n'est qu'indirect. Dans un premier temps, il s'agit surtout de rétablir les personnes défavorisées dans la jouissance de leur droit, et ensuite de pouvoir confronter les croyances de certains avec la réalité. L'absence de proportionnalité de la mesure devrait provenir de l'absence de caractère temporaire inscrit dans la mesure. Cela pose une première difficulté car le critère fait de la discrimination positive une mesure qui se manifeste sur le court terme et refuse celles qui ont un caractère « durable <sup>1911</sup> ». Les discriminations positives qui s'inscrivent dans le moyen ou le long terme devraient ainsi être disproportionnées pour justifier de leur inexistence. Cependant, la mesure est justifiée tant que « *dissoudre les préjugés, les clichés, et les stéréotypes négatifs légués par un passé d'oppression* <sup>1912</sup> » s'avère nécessaire. Elles ont atteint leur plein but lorsque « *l'habitude fait oublier les réticences traditionnelles* <sup>1913</sup> ». Or, cela peut prendre de nombreuses années, de nombreuses décennies, voire se compter en siècles. L'exemple américain est frappant sur ce point. La politique d'*affirmative action* a été tentée dans les

---

<sup>1911</sup> L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

<sup>1912</sup> G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 38 et s..

<sup>1913</sup> A. Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305.

années 1960 afin de parvenir à une égalité entre les Noirs et les Blancs, mais cette aventure ne s'est pas encore arrêtée et explore même de nouveaux préjugés. Le mécanisme « *s'est inscrit dans la durée* <sup>1914</sup> » au lieu de disparaître et la « *la perspective d'un démantèlement du dispositif s'enfuit alors vers un horizon nettement plus reculé* <sup>1915</sup> ».

**409** - Le critère temporaire demanderait de supprimer la mesure au bout d'un certain temps, alors même que l'égalité réelle ne serait pas rétablie. Face au contrôle de proportionnalité, le critère temporaire apparaît comme une contradiction car retirer la mesure alors que son plein but n'est pas atteint contrarie l'obligation de réaliser l'égalité. C'est un retour en arrière contraire à ce que le législateur s'est lui-même imposé comme obligation en acceptant des notions comme l'égalité des chances ou les discriminations indirectes. La disproportion est d'autant plus forte ici qu'il ne s'agit pas d'un problème de progression vers l'égalité réelle, mais d'un renoncement à celle-ci par la seule justification d'un critère temporaire dont la doctrine s'est fait l'âpre défenseur. Si l'on suit l'argumentation de la doctrine, l'absence de critère temporaire entraînerait une disproportion par le "trop", mais c'est en fait le "trop peu" qui se retrouve en pratique.

**410** - Il reste bien évidemment un risque de "trop" lorsque l'inégalité de fait disparaît et que la discrimination positive reste en place. L'admission du critère temporaire est faite dans le but d'éviter ce risque. L'arrêt *Stec*<sup>1916</sup> de la Cour européenne des droits de l'homme, arrêt décidément d'importance en matière de discrimination positive, montre que l'inscription du critère temporaire n'est pas nécessaire pour ôter la mesure du système juridique quand cela est nécessaire. Le régime de départ à la retraite du Royaume-Uni fait une distinction d'âge entre les hommes et les femmes dans le but de lutter contre l'inégalité de fait dont sont victimes les femmes. Les changements de faits intervenus depuis la mise en œuvre de ce régime ne sont pas suffisants pour que la Cour observe une violation car elle indique que le « *développement de la parité dans les vies professionnelles des hommes et des femmes est un processus graduel au sujet duquel les autorités nationales sont les mieux placées pour émettre une appréciation* <sup>1917</sup> ». L'Etat a donc, en la matière, une large marge d'appréciation et reste

---

<sup>1914</sup> D. Sabbagh, *La tentation de l'opacité : le juge américain et l'affirmative action dans l'enseignement supérieur*, Pouvoirs, 09.2004, p. 5.

<sup>1915</sup> G. Calvès, *Op. cit.*, p. 39.

<sup>1916</sup> CEDH (gde ch.), 12.04.2006, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, req. 65731/01, 65900/01.

<sup>1917</sup> § 63 de l'arrêt.

« *maître du calendrier* <sup>1918</sup> » afin de retrouver une égalité réelle entre les hommes et les femmes et d'effacer « *le reliquat d'inégalité* <sup>1919</sup> » encore existant. Cela suppose aussi que lorsque l'égalité est effectivement atteinte, l'Etat n'a pas le choix et doit retirer « *la discrimination positive lorsque le désavantage que subissait l'un des sexes n'a plus de réalité* <sup>1920</sup> ». Par nature, cette discrimination positive n'a qu'une durée limitée qui s'arrête le jour où l'objectif fixé est effectivement atteint. Peu importe dans ce cas que la mesure comporte formellement un caractère temporaire ou non, le contrôle de la Cour s'opère de la même manière en fonction des réalités concrètes. Les discriminations positives sont des actions de régulation de l'égalité qui s'appuient sur le concret pour exister, il paraît donc extrêmement logique que leur proportionnalité soit effectuée en fonction de ce même aspect concret, sans relation avec l'aspect formel de la mesure. Pour conclure, le caractère temporaire n'est pas seulement « *superflu* <sup>1921</sup> », mais discutable. L'inefficience de ce critère est renforcée par sa contrariété avec la construction théorique du Droit face au temps.

## **2. Une contrariété renforcée au regard de la construction du Droit face au temps**

**411** - « *La structure temporelle [des discriminations positives] ne renvoie pas à la représentation traditionnelle que nous donnons du temps au sens usuel de la durée* <sup>1922</sup> ». Ces mesures modifient le rapport traditionnel d'une norme juridique au temps. Deux questions se posent alors. D'une part, savoir si la condition de la temporalité est véritablement utile et, d'autre part, si elle ne suscite pas de difficultés de lecture du temps.

---

<sup>1918</sup> J. Cavallini, *La différence entre les hommes et les femmes quant à l'âge de la retraite est en sursis*, JCP, S., 2006, 1408.

<sup>1919</sup> J-P. Hernoult, obs. sous l'arrêt *Stec*, RJS, 2006, p. 668.

<sup>1920</sup> *Ibid.*

<sup>1921</sup> G. Calvès, *Op. cit.*, p. 38.

<sup>1922</sup> L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

### a. De l'utilité théorique du critère temporaire

412 - Une fois admis que la pratique peut contrevenir au caractère temporaire des mesures de discrimination positive, il faut admettre que leur mise en place se fait sur le moyen terme et non plus sur le court terme<sup>1923</sup>. Dans ce cas, la temporalité des mesures est modifiée et l'inscription expresse du critère ne devient plus nécessaire au regard de la dialectique traditionnelle entre le temps et le Droit. En reprenant la distinction de Jean Cruet au début du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>1924</sup>, il ne s'agit plus de déterminer l'obsolescence de la norme qui porte la discrimination positive puisqu'il ne s'agit plus d'une loi qui dépérit de manière rapide à l'instar d'un bien de consommation<sup>1925</sup>. En pratique, la norme étant instituée dans nombre de cas pour quelques décennies, il s'agit alors du problème de sa désuétude. La problématique n'est alors plus spécifique à ces mesures mais relève de la dialectique classique entre le temps et le droit, qui est aujourd'hui fortement discutée au regard du rythme de renouvellement général du droit fortement élevé<sup>1926</sup>. La loi est par nature « instable » puisque sa production « est une réponse à une situation ponctuelle de fait<sup>1927</sup> ». Il s'agit de « composer un système de règles et de solutions sans cesse recommencé<sup>1928</sup> ». Les objectifs sociaux changent, la norme doit alors changer de manière corrélative<sup>1929</sup>. Le droit porte en lui sa propre remise en cause « dans les luttes qui le traversent pour y définir la justice<sup>1930</sup> ». « A aucun moment le droit ne saurait se détacher de la vie. Les transformations du film des événements humains se projettent sur l'écran de la jurisprudence et des lois<sup>1931</sup> ». Les discriminations positives ne sont qu'une des modalités possibles pour la régulation et l'adaptation d'un principe qui n'est pas remis en cause dans son existence et ses fondements. Ces mesures régulatrices qui durent généralement sur plusieurs années, voire plusieurs décennies, suivent en pratique le cycle de

---

<sup>1923</sup> Pour une analyse de la différence de perspective entre le court terme et le moyen terme : N. Intzessiloglou, *Espace-temps et champs de relativité juridiques dans la galaxie du système ouvert*, in « Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », Sous la direction de F. Ost et M. van Hoecke, Bruylant, 1999, p. 271.

<sup>1924</sup> J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908.

<sup>1925</sup> Sur l'analyse de cette notion : D. Gutmann, *Temps*, in Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 1469.

<sup>1926</sup> Sur ce point : P. Deumier, *Les qualités de la loi*, RTDCiv, 2005, Chr., p. 93.

<sup>1927</sup> F. Saint-Bonnet, *Loi*, in Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 959.

<sup>1928</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, n°33, 1998, p. 37

<sup>1929</sup> V. Petev, *Temps et transmutation des valeurs en droit*, in « Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », Sous la direction de F. Ost et M. van Hoecke, Bruylant, 1999, p. 171.

<sup>1930</sup> J. Robelin, *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, 1994, p. 19.

<sup>1931</sup> R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 1964.



vie normal d'une norme. Au même titre que tout autre texte de nature juridique, elles constituent « *une tentative de stabilisation des rapports sociaux* » et « *doi[vent] sans cesse s'adapter, se modifier, pour conserver [leur] efficacité en face des transformations sociales* »<sup>1932</sup>. En tant que modèle d'adaptation concret à un principe général abstrait, les discriminations positives sont dépendantes, au même titre que beaucoup d'autres normes, de l'existence de cas concrets auxquels elles peuvent s'appliquer<sup>1933</sup>. Plus que d'autres, de par leur relation très forte aux « *jugements subjectifs* »<sup>1934</sup>, elles sont liées aux changements, sans toutefois modifier le rapport au temps qu'entretient classiquement la norme juridique. L'obligation d'inscrire le caractère temporaire dans la mesure est inutile puisqu'elle ne fait qu'inscrire formellement la nature des discriminations positives. L'égalité, en tant que valeur majeure, exige « *un ajustement permanent des institutions juridiques qui servent* »<sup>1935</sup> sa réalisation.

### **b. Les conséquences théoriques du critère temporaire sur le rapport au temps**

**413** - Poser une condition expresse de durée provoque une rupture avec la lecture classique du temps en droit<sup>1936</sup>. Dépassant la « *conception vulgaire du temps* »<sup>1937</sup> qui suivrait une direction linéaire entre passé, présent et avenir, le droit est intrinsèquement mêlé à ces trois états de façon confuse<sup>1938</sup>. Le poids du passé imprime sa marque sur le présent et modifie le projet qui est fixé sur l'avenir<sup>1939</sup>. Instituer une obligation pour une mesure de discrimination positive d'être formellement temporaire modifie cette relation au temps. Le

---

<sup>1932</sup> M. Virally, *La pensée juridique*, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1998, p. 188. Pour une application de cette évolution en matière d'égalité de traitement : A. Mazeaud, *Rapport français sur la discrimination dans la vie du travail*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 351.

<sup>1933</sup> M. Virally, *Op. cit.*, pp. 188-189.

<sup>1934</sup> D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Bibliothèque de droit privé, Tome 320, LGDJ, 1999, § 17.

<sup>1935</sup> V. Petev, *Loc. cit.*

<sup>1936</sup> L. Charpentier, *Loc. cit.*

<sup>1937</sup> M. Heidegger, *Sein und Zeit*, Niemeyer, Tübingen, 9<sup>ème</sup> éd., 1972, p. 17.

<sup>1938</sup> G. Granel, *Le sens du temps et de la perception chez E. Husserl*, Gallimard, 1968, p. 15. Sur cette lecture traditionnelle du temps : P. Hébraud, *Observations sur la notion de temps dans le droit civil*, in « Etudes offertes à Pierre Kayser », tome II, PUAM, 1979, p. 1.

<sup>1939</sup> G. Haarscher, *Le temps du droit et l'expérience totalitaire*, in « Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », Sous la direction de F. Ost et Mark Van Hoecke, Bruylant, 1998, p. 159.

passé joue toujours un rôle essentiel, peut-être plus important que pour n'importe qu'elle autre mesure puisque c'est son étude qui vient conforter la nécessité d'une action contre des discriminations. Quand le passé et le présent (devenu passé au moment de la mise en place de la mesure) montrent l'existence de discriminations de fait, le projet tend vers une égalité de fait dans le futur. Incrire dans le texte de la mesure son caractère temporaire revient à subdiviser l'avenir en deux temps différents, en deux "ecstases" du futur selon les termes de Heidegger<sup>1940</sup>. La norme fait alors preuve d'une anticipation puisqu'elle prévoit que l'avenir devienne présent et que la deuxième "ecstase" de l'avenir devienne en conséquence un avenir "immédiat". La conception du temps dans la norme devient plus complexe, deux lignes de temps venant se chevaucher. A l'exception du droit transitoire<sup>1941</sup>, de tels exemples de mesures portant en elles-mêmes leur propre limite temporelle sont rares. Néanmoins, dans le cas du droit transitoire, le but est de relier deux normes différentes et de permettre en quelque sorte la liaison de deux temps d'un droit dans une matière particulière. Il s'agit alors d'une ligne de temps progressive assurant le passage d'une norme à l'autre par l'intermédiaire de la norme transitoire. En revanche, la mesure de discrimination positive est une norme transitoire qui doit permettre un retour à une situation initiale théorique. Elle a pour but de revenir à une égalité formelle classique qui doit permettre à elle seule la réalisation d'une égalité dans les faits, alors que dans le passé et dans le présent, cette égalité formelle ne réussit pas à réaliser l'égalité. La discrimination positive n'est donc pas une transition<sup>1942</sup> entre deux temps d'un droit, mais entre le temps théorique et le temps de la réalisation pratique de ce droit. La mesure doit porter en elle le changement qui permet la concrétisation du droit initial. Ce n'est donc pas à proprement parler une mesure d'ordre transitoire puisqu'il ne s'agit pas de relier deux normes, mais une simple mesure de concrétisation d'un droit qui devient, par son essence même, temporaire. Une fois la concrétisation du droit survenue, elle devient inutile et donc caduque.

---

<sup>1940</sup> M. Heidegger, *Op. cit.*

<sup>1941</sup> Sur l'analyse de ce droit transitoire : J. Héron, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996. Plus spécifiquement en matière civile : F. Dekeuwer-Défossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1977 ; et en droit international privé : P. Roubier, *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1960.

<sup>1942</sup> Voir *contra* : Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, Introduction, p. 19 : Il y est indiqué que la plupart des partisans des discriminations positives se fondent sur le caractère transitoire de ces mesures. Pour un exemple : F. Stasse, *Pour les discriminations positives*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 119 : l'auteur s'appuie sur la nécessité du caractère transitoire des mesures envisagées.

## *Conclusion du Chapitre II*

414 - Le principe de proportionnalité occupe une place particulièrement importante en droit français<sup>1943</sup> comme en droits communautaire et européen. Il fait ainsi partie des principes généraux du droit communautaire<sup>1944</sup> et il est impossible de penser au contrôle de la Cour de Strasbourg sur les ingérences faites par les Etats sans y impliquer le contrôle de proportionnalité<sup>1945</sup>. Cette notion apparaît même comme la « *clé de voûte* »<sup>1946</sup> de la Convention<sup>1947</sup>. Il est surprenant que son assise théorique ne soit pas plus souvent utilisée en matière de discriminations positives alors même que ces mesures ne peuvent être mises en œuvre sans le cadre de la proportionnalité et, à l'inverse, qu'elles permettent au contrôle de proportionnalité d'explorer de nouvelles terres. C'est ce même contrôle de proportionnalité qui vient renforcer l'aspect concret des discriminations positives. C'est par lui qu'elles peuvent arriver à l'égalité réelle et c'est par lui aussi que l'on peut affiner leur définition. En effet, c'est avec leur mise en œuvre dans le respect de la proportionnalité que le critère temporaire devient dénué d'intérêt. Plus encore, l'admission du critère temporaire, loin de rassurer, vient renforcer la méfiance envers les discriminations positives. Le contrôle de proportionnalité vient légitimer les discriminations positives et renverse l'image d'Epinal qui représente les discriminations positives et qui ternit leur réputation. Les discriminations positives doivent être proportionnées pour être admises, et lorsqu'elles le sont, il ne s'agit pas de traitement préférentiel accordé à une catégorie, c'est simplement la fin d'un privilège construit par les faits en faveur d'une autre catégorie. Malgré la transformation de l'orientation de l'égalité, l'esprit révolutionnaire qui a façonné l'égalité moderne se retrouve parfaitement dans cette lutte.

---

<sup>1943</sup> Voir les études de : I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2001 ; X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica/PUAM, Coll. Science et Droit administratifs, 1990 ; G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 179, 1995 ; S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 335, 2000.

<sup>1944</sup> CJCE, 26.10.1999, Sirdar, C-273/97, rec. p. I-7403 ; CJCE, 11.012000, Kreil, C-285/98, rec. p. I-69.

<sup>1945</sup> Sur son importance en droit européen des droits de l'homme : S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2001.

<sup>1946</sup> M-A. Eissen, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in « La Cour européenne des droits de l'homme : commentaire article par article », sous la direction de L-E. Pettiti, E. Decaux, P-H. Imbert, Economica, 2<sup>ème</sup> édition, 1999, p. 62.

<sup>1947</sup> Sur ce sujet : S. Van Drooghenbroeck, *Op. cit.*

## *Conclusion du Titre Premier*

**415** - Le développement de la prise en compte de l'égalité réelle, qui passe par le développement de nouvelles notions d'égalité et de discrimination, oblige le droit à admettre les discriminations positives sous peine de créer nombreuses contradictions au sein d'un même système juridique. C'est ici qu'apparaît le véritable paradoxe qui empêche leur développement au grand jour en droit français. Le sort des discriminations positives est scellé par leur éventuelle opposition à un principe juridique éminemment fort qu'est le principe d'égalité, principe fortement théorisé, tant sur le plan interne qu'international<sup>1948</sup>. Parallèlement, les discriminations positives n'ont pas fait l'objet d'une telle construction théorique. La place occupée dans leur définition nous le prouve sans conteste, et cela est renforcé au stade de la question de leur mise en œuvre. Les auteurs qui nient la nécessité des discriminations positives se fondent sur une théorie égalitaire abstraite occultant toutes les contingences matérielles<sup>1949</sup>. Quand on veut définir leur mise en œuvre, c'est pourtant aux faits que l'on a recours car ils vont, en apparence, dans le sens d'un recul dans le développement des discriminations positives. L'incohérence est totale dans ce domaine : il y a une négation des faits, sauf pour l'élaboration d'un critère qui sert de limite aux discriminations positives alors que ce même critère ne résiste pas à une analyse objective des faits. On nie souvent les éléments factuels, mais on s'appuie parfois sur eux pour rejeter ou limiter une mesure qui dépend justement de ces données pratiques. Les difficultés mises à jour devraient permettre de régler cette opposition entre fait et droit. C'est la théorisation de la notion de discrimination positive qui permet de mettre en relief les défauts des argumentations habituellement suivies et qui sert de cadre précis pour que les discriminations puissent remplir effectivement leur objectif d'égalité réelle tout en affectant le moins possible l'égalité formelle. Plus la définition et la mise en œuvre des discriminations positives seront précisées et circonscrites, moins l'égalité formelle devra craindre le développement de telles mesures égalitaires. La description précise de la mise en œuvre des discriminations positives participe

---

<sup>1948</sup> Pour exemples, nous pouvons citer : G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996 ; D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Bibliothèque de droit privé, Tome 320, LGDJ, 1999 ; R. Hernu, *Principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003.

<sup>1949</sup> Pour exemple : A-G. Slama, « *Contre la discrimination positive. La liberté insupportable* », Pouvoirs, septembre 2004, p. 133.

donc pleinement à leur connaissance et à leur intégration dans le système juridique. Le droit privé joue un rôle primordial en la matière.



## Titre Second

### Les discriminations positives autorisées par la fraternité

**416** – L'étude de l'évolution de l'égalité et de la place qu'occupe actuellement l'égalité matérielle permet aux discriminations positives de se développer à partir d'une assise juridique égalitaire. Cependant, les réticences à l'encontre de ces dernières vont bien au-delà leur simple contradiction avec le principe de l'égalité universelle héritée de la Révolution française et de l'esprit des Lumières<sup>1950</sup>. Les aspects aussi bien sociologiques que moraux sont invoqués pour orienter le débat contre les discriminations positives. Participer pleinement à cette discussion demande donc de trouver des fondements axiologiques qui sous-tendent les discriminations positives. En effet, la notion de fondement transcende la barrière juridique, même lorsqu'il s'agit de l'analyse d'un concept juridique<sup>1951</sup>. Cependant, définir un socle sur lequel placer les discriminations positives qui ne soit pas directement juridique ne ferait que conforter les détracteurs de ces mesures. Il faut donc prendre en compte les aspects extra-juridiques des discriminations positives tout en les liant à des aspects fondamentalement juridiques. Cette recherche ne peut s'arrêter à un catalogue de notions plus ou moins connues, mais doit trouver une dialectique, un fil conducteur permettant de mettre sur le devant de la

---

<sup>1950</sup> A. Policar, *Droit à la différence et droits de l'homme : antinomie ou complémentarité ?*, in « Le droit ? » Actions et recherches sociales, Revue interuniversitaire des Sciences et Pratiques sociales, Vol. 47, juin 1992, p. 35.

<sup>1951</sup> C. Agostini, *Le fondement du droit, c'est le droit*, in « Sur les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit », sous la direction de G. Koubi et I. Muller-Quoy, Bruylant, Coll. Territoires et cultures, 2003, p. 63. L'auteur explique que le fondement peut tout aussi bien s'attacher aux justifications juridiques qu'aux justifications axiologiques d'une norme, d'un concept ou d'un comportement juridique.

scène l'unité des discriminations positives. Or, il existe une notion juridique jusqu'ici peu exploitée, malgré sa présence au sein de la devise républicaine. La référence à la fraternité réalise la liaison entre le juridique et le moral dont sont fortement imprégnées les discriminations positives. Cette notion permet tout aussi bien de mettre l'individu au centre de la réflexion égalitaire que d'apaiser les discussions virulentes ayant pour sujet les discriminations positives.

Le premier chapitre sera donc consacré à la fraternité dans les discriminations positives qui conduit à la prépondérance de l'individu dans la réaction égalitaire, tandis que le second chapitre mettra en avant les conséquences du fondement de la fraternité, c'est-à-dire principalement l'apaisement des débats sur l'intérêt du recours aux discriminations positives.



# Chapitre I

## Une fraternité interindividuelle au cœur des discriminations positives

**417** – Le fondement de la fraternité est induit par le critère du préjugé qui dessine les contours des discriminations positives. Le préjugé discriminatoire est un jugement de valeur<sup>1952</sup> qui confine à l'exclusion de certaines personnes à cause d'une caractéristique perçue de manière négative. Le préjugé est donc la négation de la fraternité qui représente le sentiment profond du « *lien entre les hommes considérés comme membres de la famille humaine*<sup>1953</sup> ». Le préjugé provoque l'absence de prise en considération de l'individu en tant que tel, et ne fait que tenir compte de la caractéristique stigmatisée. La détérioration de la relation fraternelle doit amener une reformulation de cette relation afin que l'individu qui se cache derrière la caractéristique retrouve la place sociale qui lui est due. Les discriminations positives sont donc par nature fraternalistes. Ce fondement peut revêtir différents aspects puisque la fraternité est une notion que l'on retrouve aussi bien en droit privé<sup>1954</sup> qu'en droit public<sup>1955</sup>. Cependant, le « *droit de la fraternité* », le *jus fraternitatis*<sup>1956</sup> reste un droit qui intéresse typiquement les relations interindividuelles, notamment entre associés. Cette notion de *jus fraternitatis* était d'ailleurs autrefois employée par les Romains pour décrire la

---

<sup>1952</sup> *Préjuger*, Robert de la langue française.

<sup>1953</sup> *Fraternité*, Robert de la langue française.

<sup>1954</sup> La fraternité, dans son sens premier, vise les relations entre frère et sœur : *Ibid.*

<sup>1955</sup> M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent, l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 170, 1993

<sup>1956</sup> *Jus, Vocabulaire juridique*, G. Cornu, PUF, Coll. Quadriga, 7<sup>ème</sup> édition revue et augmentée, 2005, p. 521.

participation des associés devant se faire sur un pied d'égalité<sup>1957</sup>. Égalité et fraternité sont donc fortement liées et les discriminations positives permettent d'instiller cette dernière au-delà du droit des sociétés et des affaires. Elles installent la fraternité au cœur de l'égalité et font de l'individu et de ses relations avec les autres la dialectique principale de leur action.

Cette fraternité permet, en effet, dans un premier temps, d'expliquer la place centrale de l'individu dans les discriminations positives (Section I.) pour, dans un second temps, permettre d'explicitier leur concrétisation dans les relations interindividuelles (Section II.).

### **Section I. Le discriminé, élément central de la réaction**

**418** - Les discriminations positives redéfinissent l'égalité en termes de liberté. Les individus sont dans une situation désavantagée parce qu'ils ne peuvent exercer les « *choix de vie* <sup>1958</sup> » auxquels ils prétendent. Cette absence concrète de choix s'explique soit par un encadrement excessif de la règle de droit, soit, à l'inverse, par une liberté trop grande laissée aux autres acteurs privés. Les discriminations ont donc pour rôle de réguler l'égalité par la liberté de tous les acteurs de la situation actuelle. L'encadrement se fait par un contrôle de proportionnalité complet et strict, mais c'est un examen sous l'angle du droit privé qui fait véritablement ressortir cette relation entre l'égalité et la liberté. Un équilibre ne peut être trouvé entre ces deux notions qu'en passant par le troisième terme de la devise républicaine : la fraternité. Cette forme de protection passe par deux points précis. D'une part, l'enjeu est d'isoler les caractéristiques essentielles des individus afin que celles-ci n'aient aucune conséquence négative pour l'égalité (§1), d'autre part, le caractère interindividuel des relations qui provoquent le retour à l'égalité par les discriminations positives (§2.).

---

<sup>1957</sup> M. de Juglard, B. Ippolito, *Les sociétés commerciales. Cours de droit commercial*, 2<sup>ème</sup> vol., 2<sup>ème</sup> édition entièrement refondue par J. Dupichot, Montchrestien, 1999, p. 72. Voir également avec la notion voisine d'*affectio societatis* : Y. Guyon, *Droit des affaires, tome 1. Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 11<sup>ème</sup> édition, 2001, n° 124.

<sup>1958</sup> B. Stirn, *Les libertés en question*, Montchrestien, Coll. Clefs - Politique, 6<sup>ème</sup> édition, 2006, p. 25.

## §1. La protection de l'individu

419 - La « *question fondamentale consiste à déterminer les aspects ou éléments selon lesquels les personnes sont semblables ou, plus exactement, à estimer, parmi les divers aspects ou éléments de ces personnes, ceux qui doivent être considérés comme “essentiels”, “importants” ou “pertinents”, et ceux, d’autre part, qu’on peut tenir pour “accidentels”, “négligeables” ou “non-pertinents”* <sup>1959</sup> ». Les discriminations positives visent à réduire les inégalités qui frappent les « *atouts qui permettent aux individus de se façonner* <sup>1960</sup> ». Cela concerne aussi bien les éléments innés de chaque personne, que les choix qu'elle effectue dans sa vie et qui sont essentiels à sa nature humaine. L'individu doit pouvoir s'inscrire dans la société dans son intégralité et son intégrité, au même titre que chaque individu constituant cette société. C'est alors sa citoyenneté qui est défendue par la mise en place d'une discrimination positive. L'individu doit aussi pouvoir se construire et voir ses choix de vie reconnus au sein de la société, c'est une question de construction identitaire individuelle. De ce point de vue, si l'égalité et l'identité sont par nature très proches <sup>1961</sup>, les discriminations positives représentent une politique de respect de cette identité. La force de cet aspect privé des discriminations positives est renforcée par le développement du poids de notions telles que l'autonomie personnelle ou l'épanouissement personnel. Le lien entre le droit privé et les discriminations positives est durablement établi puisque ce sont les caractéristiques essentielles de chaque individu qui font l'objet de la protection (A.) et que la force juridique de cette protection trouve son fondement dans des notions permettant une restauration de la qualité de vie de l'individu (B.).

---

<sup>1959</sup> *Egalité*, in « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », Sous la direction de A.J.Arnaud, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, p. 221.

<sup>1960</sup> J. Robelin, *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, 1994, p. 105.

<sup>1961</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 67.

## **A. La protection des caractéristiques essentielles de l'individu**

**420** - Les discriminations positives visent l'individu à travers deux faisceaux d'éléments complémentaires : les premiers dans sa place dans la société par la notion de citoyenneté et les seconds de manière isolée et propre à chaque individu en protégeant les aspects qui font l'identité de chacun.

### **1. La citoyenneté, élément de protection fraternelle de l'identité de l'individu au sein de la société**

**421** - La citoyenneté constitue la vitrine de l'identité d'une personne lorsque celle-ci est immergée dans le jeu social. C'est une caractéristique individuelle à part entière à laquelle le manque d'égalité fait perdre de son éclat. Le respect de la citoyenneté fait partie des éléments qui font de l'égalité de fait une réalité. Les discriminations positives sont donc très attentives à la question de la citoyenneté, et font déjà ressortir un élément primordial : le respect de la liberté de chacun.

#### **a. Le respect de la citoyenneté en tant qu'élément de l'égalité**

**422** - La notion de citoyenneté<sup>1962</sup> ressemble aujourd'hui fortement à un effet de mode. Elle revient sur le devant de la scène politique et juridique en devenant quelque peu « *obsédante* <sup>1963</sup> ». On ne compte plus les entreprises citoyennes, les initiatives citoyennes ou encore la mise en avant de comportements citoyens. Les discriminations positives font aussi

---

<sup>1962</sup> Pour une définition complète de cette notion : J. Leca, *Questions sur la citoyenneté*, Projet, n° 171-172, 1983, p. 113. La citoyenneté comporte trois dimensions : c'est tout à la fois un statut juridique qui confère des droits et des obligations, la définition de rôles spécifiques et l'exigence de qualités morales indispensables afin d'être un bon citoyen.

<sup>1963</sup> D. Schnapper et C. Bachelier, *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Gallimard, Coll. Folio/actuel, 2000, p. 9.

appel à cette notion moderne de citoyenneté<sup>1964</sup>, mais de manière moins artificielle et plus profonde. D'une manière générale, le respect de l'égalité intéresse la citoyenneté<sup>1965</sup>. Jean-Paul Fitoussi insiste d'ailleurs sur le fait que « *notre système procède (...) d'une tension entre ces deux principes, l'individualisme et l'inégalité d'une part, de l'autre, la société et l'égalité, ce qui oblige à la recherche permanente d'un "entre-deux". C'est l'existence même de cet espace propre, de cet "entre-deux", qui est la condition même de la citoyenneté aujourd'hui* <sup>1966</sup> ». Etre citoyen est alors le « *droit au même respect* », le « *droit à voir reconnaître sa dignité* »<sup>1967</sup>. Le législateur contribue d'ailleurs à entretenir ce lien en rapprochant égalité et citoyenneté à l'égard de certaines personnes. En 2005, la loi censée apportée un nouveau régime de protection des personnes handicapées est ainsi intitulée « *loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées* <sup>1968</sup> ». Le titre VI de la loi est consacré entièrement à la citoyenneté et à la participation à la vie sociale. La citoyenneté entretient une relation très forte avec la participation au sein de la société. Comment se considérer comme citoyen lorsque la vie sociale qui nous est offerte est quasi inexistante ? Il est alors impossible de se comprendre comme un rouage actif de la société. Le citoyen est avant tout « *un sujet de droit* » qui « *dispose à ce titre de droits civils et politiques* »<sup>1969</sup>. Quand la pratique ne permet pas à ces droits de pouvoir être exprimés, la citoyenneté est alors atteinte dans sa substance. C'est à ce point précis que les discriminations positives interviennent. Elles ont pour but principal de s'adresser à des personnes en situation de « *déficit de citoyenneté* <sup>1970</sup> », aux « *citoyens de seconde classe* <sup>1971</sup> ». Elles posent la question de savoir si la référence à la citoyenneté doit permettre des traitements de compensation égalitaire pour les personnes victimes de préjugés<sup>1972</sup>. Les notions d'ethnicité, de multiculturalisme sont au cœur du raisonnement<sup>1973</sup>. Mettre en place des discriminations positives répond à la question de savoir si « *la citoyenneté*

<sup>1964</sup> F. Constant, *Quelles citoyennetés ?*, Sciences humaines, hors-série n° 33, juin-août 2001, p. 46.

<sup>1965</sup> Sur cette idée : J. Robelin, *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, 1994, p. 104 et s..

<sup>1966</sup> J-P. Fitoussi, *Marché, emploi et citoyenneté*, in « Le citoyen », Mélanges offerts à Alain Lancelot, sous la direction de B. Badie et P. Perrineau, Presses de Sciences po, 2000, p. 283.

<sup>1967</sup> D. Schnapper et C. Bachelier, *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Op. cit., p. 9.

<sup>1968</sup> Loi, 11.02.2005, n° 2005-102, loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

<sup>1969</sup> D. Schnapper et C. Bachelier, *Op. cit.*, p. 9.

<sup>1970</sup> F. Constant, *Quelles citoyennetés ?*, Sciences humaines, hors-série n° 33, juin-août 2001, p. 46.

<sup>1971</sup> C. Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Flammarion, Coll. Champs, 1997, p. 57. Il est aussi possible de parler de « *citoyenneté au rabais* » : N. Belloubet-Frier, *Le principe d'égalité*, AJDA, n° spécial juillet-août 1998 « Les droits fondamentaux », p. 152.

<sup>1972</sup> F. Constant, *Loc. cit.* ; S. Duchesne, *La citoyenneté*, Cahier 18, CEVIPOF, <http://www.mshparis.fr/cevipo/publications/cahier-18.htm>, 1998.

<sup>1973</sup> « Une société fragmentée. Le multiculturalisme en débat », sous la direction de M. Wiewiorka, La découverte, 1996. Voir également : S. Duchesne, *Loc. cit.*

peut (...) durablement ignorer la culture et les revendications qui lui sont corollaires<sup>1974</sup>». Pour certains, le recours à ces mesures permettrait ainsi « de déboucher sur une notion active de citoyenneté<sup>1975</sup> ». De ce point de vue, ce sont des corrections apportées au principe d'égalité classique qui sont justifiées car elles acceptent que chacun s'inscrive dans la participation à la vie sociale de la même manière, en toute égalité et sans que certaines soient laissées pour compte.

### **b. La liberté, régulatrice de l'égalité par le respect de la citoyenneté**

**423** - Citoyenneté et discriminations positives sont aussi particulièrement imbriquées l'une dans l'autre sous l'aspect du respect de la liberté. En effet, une partie de la réflexion actuelle autour de la citoyenneté tient à la régulation de la liberté face à l'égalité<sup>1976</sup>. Ces deux notions sont constitutives de la citoyenneté et deviennent concurrentes lorsqu'il s'agit de leur donner un cadre. Il est alors difficile de faire un choix. Privilégier la liberté donne une ouverture importante aux inégalités, mettant ainsi à mal la citoyenneté. Au contraire, avancer vers l'égalité revient souvent à un encadrement strict à la liberté, provoquant là encore une fracture de la citoyenneté. Nous nous trouvons face à la dialectique classique de l'égalité face à la liberté. Certes, nous avons vu que les discriminations positives contreviennent, dans une certaine mesure, à la liberté en limitant celle de ceux qui créent à l'échelle de la société une situation inégalitaire et injuste, mais leur action intéresse justement la liberté d'action et de choix des personnes victimes de discriminations. Ce ne sont pas les seules mesures à agir de la sorte<sup>1977</sup>, mais plus que toutes autres elles permettent indistinctement le rétablissement de l'égalité par la liberté et de la liberté par l'égalité. Face à la citoyenneté, nous ne pouvons alors que constater leur efficacité en ménageant deux notions centrales de sa définition. Cette conclusion ne peut être que renforcée par le caractère ambivalent des relations visées par les discriminations positives. Censées réagir face aux relations verticales et horizontales

---

<sup>1974</sup> F. Constant, *Loc. cit.*

<sup>1975</sup> R. Leveau, C. Withol de Wenden, *Les beurs. Nouveaux citoyens*, in « Le citoyen », Mélanges offerts à Alain Lancelot, sous la direction de B. Badie et P. Perrineau, Presses de Sciences po, 2000, p. 267.

<sup>1976</sup> S. Duchesne, *Op. cit.*

<sup>1977</sup> Le droit des contrats en général ainsi que le droit du travail relèvent de cette dynamique entre liberté et égalité.

créatrices de discriminations, elles rejoignent entièrement ici la citoyenneté qui est, elle aussi, porteuse de cette double dimension relationnelle<sup>1978</sup>. La citoyenneté s'inscrit aussi bien dans les liens qui unissent l'individu avec l'Etat que dans ceux concernant les individus entre eux. C'est l'idée de Nation et de relations entre les individus dans ce cadre qui est visée par les discriminations positives. La fraternité entre tous qui va dans le sens du bien commun rétablit la citoyenneté de chacun. Le citoyen au sens de Rousseau est celui qui « *n'est qu'une unité fractionnaire qui tient au dénominateur et dont sa valeur est dans son rapport avec l'entier, qui est le corps social* »<sup>1979</sup>. L'exercice de la fraternité au sein de la Nation permet d'établir ou de rétablir la citoyenneté des personnes discriminées. Elle permet aussi à la personne qui fait preuve de fraternité d'être réellement citoyen car le citoyen est avant tout celui qui « *par la meilleur part de lui-même, celle qui transcende l'égoïsme ou l'indifférence, citoyen par son adhésion à la raison qui le libère de ses aveuglements, citoyen par la fraternité où il se rencontre avec tous les autres hommes, avides comme lui de n'user de leur liberté que pour l'intérêt public* »<sup>1980</sup>. Les discriminations positives sont alors en adéquation avec la citoyenneté en rendant cette dernière effective pour les discriminés comme pour les acteurs volontaires, tout en étant respectueuses d'une égalité dans les faits. Pour compléter cette action, les discriminations positives s'intéressent aussi - et surtout - à l'individu dans sa spécificité en dehors de toute situation sociale.

## 2. La protection de l'identité personnelle de l'individu

424 - Si les pratiques de discriminations positives sont diverses et même « *hétéroclites* »<sup>1981</sup>, c'est parce qu'elles s'intéressent à des personnes différentes, mais aussi à des caractéristiques différentes. Ces dernières ont en commun leur essence pour la construction individuelle de la personne qu'il s'agit de protéger. L'individu, le discriminé, est le cœur de l'action à travers les éléments constitutifs de sa personnalité. L'identité est une

---

<sup>1978</sup> C. Neveu, *Pour une anthropologie de la citoyenneté. Une approche comparative France/Grande-Bretagne*, in « Jeunes en Europe : politique et citoyenneté », L'Harmattan, 1998, p. 44.

<sup>1979</sup> J-J. Rousseau, *Emile*, Livre I, p. 249. Sur ce point : R. Derathé, *L'homme chez Rousseau*, in « Etudes sur le contrat social », Publications de l'Université de Dijon, 1964, p. 203.

<sup>1980</sup> G. Burdeau, *Traité de science politique*, Tome VI, Vol. II, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 1971, p. 53.

<sup>1981</sup> M. Rosenfeld, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 33.

notion « *polymorphe et boulimique* <sup>1982</sup> » qui intéresse les domaines fondamentaux pour une personne <sup>1983</sup>. Il s'agit aussi bien de traits innés, que des choix effectués par l'individu pour la construction de sa vie. Elle procède de deux opérations de différenciation et de généralisation que Claude Dubar a parfaitement identifiées. « *La première est celle qui vise à définir la différence, ce qui fait la singularité de quelque chose ou de quelqu'un par rapport à quelqu'un ou quelque chose d'autre : l'identité c'est la différence. La seconde est celle qui cherche à définir le point commun à une classe d'éléments tous différents d'un même autre : l'identité c'est l'appartenance commune* <sup>1984</sup> ». On ne peut qu'être frappé par le parallèle qui existe ici avec l'équivalence et la différence au sein du contrôle de comparaison. L'égalité ne semble que constituer la mise en avant de l'identité de chacun face à l'Autre. Ce sont les éléments essentiels de la construction identitaire qui sont à prendre en compte : les caractéristiques principales de la personne comme orientations existentielles, ses choix essentiels <sup>1985</sup>, ses « *appartenances que l'on peut qualifier de premières* <sup>1986</sup> » ou encore ses libertés premières qui « *sont l'expression de la nature même de l'homme* <sup>1987</sup> ». Les discriminations positives relèvent en fait d'un « *droit à la libre construction de son identité personnelle* <sup>1988</sup> ». Tous les éléments qui constituent cette dernière doivent être protégés de manière égale, au besoin par un traitement juridique différent.

**425** - Il faut alors soulever le voile sur les éléments qui impliquent l'identité d'une personne. Un premier élément de réponse peut être trouvé dans les caractéristiques que visent les textes relatifs à la lutte contre les discriminations. En effet, il paraît logique que les exemples délivrés par ces textes soient les éléments les plus évidents qui permettent d'identifier un individu et qui constituent les points essentiels de son identité. Nous pouvons citer notamment le sexe, la religion, la couleur, les opinions politiques. Chaque texte rajoute à ces caractéristiques de départ d'autres éléments. Le code pénal parle ainsi de handicap, des

---

<sup>1982</sup> B. Péloile, *Enquête sur une disparition. La notion d'identité nationale comme négation de la nation*, La pensée, 1996, p. 97. Voir également C. Lévi-Strauss, *Conclusion*, in « L'identité », Séminaire du Collège de France, PUF, Coll. Quadrige, 1977, p. 330-332.

<sup>1983</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 207.

<sup>1984</sup> C. Dubar, *La crise des identités. L'interprétation d'une mutation*, PUF, Coll. Lien social, 2001, p. 1 et s.

<sup>1985</sup> O. de Schutter, *Fonction de juger et nouveaux aspects de la vie privée : la notion de "pleine reconnaissance"*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 64.

<sup>1986</sup> M. Wiewiorka, *La différence. . Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, L'aube, Coll. Poche essai, 2005, p. 154.

<sup>1987</sup> G. Israël, *L'humanité des droits de l'homme*, in « Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan », Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 993.

<sup>1988</sup> G. Koubi, *Le droit à l'indifférence, fondement du droit à la différence*, in « Le droit à la différence », Sous la direction de N. Rouland, PUAM, 2002, p. 263.



activités syndicales, des mœurs, de l'orientation sexuelle ou encore de l'âge et plus récemment de caractéristiques génétiques<sup>1989</sup>. La Convention européenne<sup>1990</sup>, quant à elle, s'attache à la langue, l'appartenance à une minorité nationale ou la fortune. Si les textes mettent en exergue des points différents, il est néanmoins possible de constater que tous concernent la construction identitaire d'une personne : ce qu'elle est par la naissance ou ce qu'elle désire être de par ses choix de vie. De plus, les textes relatifs à la lutte contre les discriminations laissent la voie ouverte à d'autres caractéristiques, la liste donnée n'étant pas exhaustive<sup>1991</sup>. L'article 14 utilise l'adverbe "notamment", et pour les textes qui sont plus fermés, l'évolution se fait par l'ajout par voie législative de nouvelles caractéristiques. Ainsi, le Code pénal et le Code du travail français ont subi plusieurs modifications afin de prendre en compte de nouvelles formes de discriminations, comme, par exemple, la difficulté nouvellement apparue qui est celle des différences génétiques<sup>1992</sup>. Dans les deux cas, le système mis en place permet de s'adapter aux mutations sociétales. La preuve en est que la discussion sur la nécessité des discriminations positives devant la Cour européenne des droits de l'homme a été entamée grâce à un élément sur lequel l'article 14 restait muet, celui du mode de vie. C'est en effet, l'arrêt Buckley<sup>1993</sup> relatif au stationnement des caravanes des Tsiganes qui a déclenché la réflexion. Même si l'arrêt ne comporte, en tant que telle, aucune discrimination positive, il est relatif à cette question<sup>1994</sup> et son point crucial réside dans le fait de reconnaître aux tziganes un droit au domicile, transformé par l'arrêt Chapman en un droit à un mode de vie spécifique<sup>1995</sup> qui peut éventuellement faire l'objet d'une protection<sup>1996</sup>. Une fois de plus, c'est l'identité de la personne qui est au cœur du raisonnement. De la défense du

---

<sup>1989</sup> Article L. 125-1 du Code pénal.

<sup>1990</sup> Article 14.

<sup>1991</sup> L'article 14 utilise l'adverbe « notamment », ce qui n'est pas le cas du Code pénal français.

<sup>1992</sup> Article L. 125-1 du Code pénal et l'article L. 122-45 du Code du travail. Ces articles ont été modifiés par la loi relative à la lutte contre les discriminations (Loi, 16.11.2001, n° 2001-1066) et la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (Loi, 04.03.2002, n° 2002-303).

<sup>1993</sup> CEDH, 25.09.1996, Buckley c/ Royaume-Uni, req. 20348/92, rec. 1996-IV.

<sup>1994</sup> Sur ce point, voir l'opinion dissidente du juge Pettiti sur cet arrêt.

<sup>1995</sup> CEDH, 18.01.2001, Chapman c/ Royaume-Uni, req. 27238/95, rec. 2001-I. Voir également les autres arrêts rendus le même jour : CEDH, 18.01.2001, Jane Smith c/ Royaume-Uni, req. 25154/94 ; CEDH, 18.01.2001, Lee c/ Royaume-Uni, req. 25289/94 ; CEDH, 18.01.2001, Coster c/ Royaume-Uni, req. 24876/94 ; CEDH, 18.01.2001, Beard c/ Royaume-Uni, req. 24882/94. Sur la protection des Tsiganes et leur mode de vie : J-P. Marguénaud, *Les minorités itinérantes et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in « Territoires et minorités : la situation des gens du voyage », sous la direction de B. Drobenko, Les cahiers du CRIDEAU, n° 12, PULIM, 2004, p. 17.

<sup>1996</sup> En l'occurrence, cette protection ne peut aboutir en vertu de la protection de l'urbanisme. La protection du paysage anglais se révélant d'un poids suffisant pour refuser aux familles tziganes de s'installer avec leur caravane sur des terrains leur appartenant.

mode de vie traditionnel dépend « *la faculté de conserver son identité tsigane* <sup>1997</sup> ». Cela dépasse le simple cadre du droit au respect du domicile pour entrer dans celui de la défense de l'individu dans son identité spécifique <sup>1998</sup>. L'enjeu est de combattre « *un obstacle à l'égalité réelle des chances de l'individu (...), obstacle que des mesures positives d'intégration doivent permettre de compenser* <sup>1999</sup> ».

**426** - D'une manière générale, toutes les « *valeurs fondatrices du sens que chacun donne à son existence* <sup>2000</sup> » peuvent constituer les fondements de la protection par les discriminations positives. L'action a alors une double dimension : celle qui intéresse uniquement l'individu dans sa construction solitaire d'éléments propres lui paraissant essentiels, mais aussi celle de l'identité construite « *au cours d'un dialogue permanent avec les autres* » <sup>2001</sup>. N'est pas seulement prise en compte l'estime de soi dans une perspective rawlsienne <sup>2002</sup>, mais aussi l'estime sociale <sup>2003</sup>. Une mesure d'action positive constitue le respect effectif d'une caractéristique élément d'une « *identité unique* <sup>2004</sup> », en même temps qu'elle permet l'acceptation à l'échelle de la société de cette même identité. En cela, les discriminations positives sont une véritable politique de reconnaissance <sup>2005</sup>. Il s'agit d'« *appréhender l'autre comme notre semblable, et donc comme notre égal, mais aussi comme différent et donc comme possédant un droit égal au notre à être reconnu publiquement dans sa différence* <sup>2006</sup> ». L'identité personnelle est partie intégrante de l'identité sociale d'un individu. Or, elles se définissent toutes deux pour l'individu « *par référence à un système de représentation de lui-même et d'autrui* <sup>2007</sup> ». Ce processus passe notamment par « *le développement d'identification aux groupes auxquels [l'individu] appartient d'emblée par la*

---

<sup>1997</sup> F. Benoît-Rohmer, *La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ?*, RTDH, 2001, p. 999.

<sup>1998</sup> Sur la notion de différence d'identité : G. Cohen-Jonathan, *Universalité et singularité des droits de l'homme*, RTDH, 2003, p. 3.

<sup>1999</sup> O. de Schutter, *Loc. Cit.*

<sup>2000</sup> S. Wuhl, *L'égalité. Nouveaux débats*, PUF, 2002, p. 186-188.

<sup>2001</sup> *Ibid.*, p. 188. Voir également C. Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Flammarion, Coll. Champs, 1997, p. 55 ; C. Kourilsky-Augeven, *Images du droit et sentiment d'appartenance : les représentations adolescentes de la citoyenneté*, Droit et cultures, n° 35, 1998, p. 75.

<sup>2002</sup> *Op. cit.*, p. 213.

<sup>2003</sup> *Ibid.*

<sup>2004</sup> C. Taylor, *Op. cit.*, p. 57.

<sup>2005</sup> L. Jaume, *Loi*, Cités, 08.2001, « Le travail sans fin ? Réalités du travail et transformations sociales », p. 231 : « *La traduction des identités multiples s'énonce comme une "politique de la reconnaissance" ».*

<sup>2006</sup> S. Mesure et A. Renaut, *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Alto-Aubier, 1999, p. 291.

<sup>2007</sup> C. Kourilsky-Augeven, *Loc. cit.* Voir également H. Malewska-Peyre, *Réflexion sur les valeurs, l'identité et le processus de socialisation*, Droit et société, n° 19, 1992, p. 215.

*naissance ou qu'il s'est lui-même choisi*<sup>2008</sup>». C'est à ce point précis que naît l'une des plus grandes ambiguïtés liée au mécanisme des discriminations positives qui auraient, pour beaucoup d'auteurs, une dimension collective et non individuelle<sup>2009</sup>.

**427** - A ce point du raisonnement, il ne faut pas se méprendre sur le processus de rétablissement égalitaire proposé par les discriminations positives. L'identité d'une personne est constituée par différents aspects de son individualité. Le préjugé qui peut se révéler envers cette personne porte directement sur une de ces caractéristiques et empêchent les autres de se développer. C'est ainsi que pendant des siècles les femmes n'ont bénéficié que d'une « *identité négative*<sup>2010</sup> ». La différence des sexes a conduit les hommes à construire une société à leur image et à leur avantage<sup>2011</sup>. Les femmes ont été cantonnées à des tâches ménagères et familiales<sup>2012</sup> sans possibilité de pouvoir s'épanouir au sein de la société dans un rôle qu'elles auraient elles-mêmes librement choisi. Le préjugé est un frein à la libre expression de la différence, mais aussi, de manière indirecte, au développement du reste de la personnalité, qu'elle soit d'ailleurs identique à la majorité ou substantiellement différente. Les femmes, pour ne prendre que cet exemple, sont perçues de manière négative par beaucoup d'employeurs qui refusent de les employer ou qui préfèrent le faire à temps partiel. La différence a alors pour conséquence de les limiter dans leur choix de vie puisqu'elles ont plus de mal à être embauchées et qu'elles sont freinées dans leur carrière par la persistance du "plafond de verre". « *La domination, sous le règne de l'égalité, est (...) de gêner, sinon d'interdire, la construction d'une identité socialement acceptable*<sup>2013</sup> ». Le même constat peut être fait pour les personnes de couleur ou encore les personnes handicapées. La mesure de discrimination positive a alors vocation à prendre en compte la différence de situation, ayant pour point de départ une différence de caractéristique, pour rétablir la personne dans le choix de vie auquel il est porté atteinte jusqu'à présent. C'est l'intégralité de son identité qui est en jeu, et non une simple partie. Une discrimination positive est mise en place pour que les personnes visées puissent effectivement exprimer leur choix de vie en dépassant les aspects

---

<sup>2008</sup> A. Percheron, *La socialisation politique, défense et illustration*, in « Traité de sciences politiques », sous la direction de M. Grawitz et J. Leca, Vol. 3, PUF, 1995, p. 165.

<sup>2009</sup> Sur ce point, cf infra, § 434 et s..

<sup>2010</sup> C. Dubar, *La crise des identités. L'interprétation d'une mutation*, PUF, Coll. Lien social, 2001, p. 58. Voir également F. Héritier, *Masculin/féminin. La pensée de la différence*, Odile Jacob, 1996.

<sup>2011</sup> F. Héritier, *La valence différentielle des sexes au profit des hommes*, in « L'identité masculine. Permanences et mutations », Problèmes politiques et sociaux, n° 11.2003, Dossier réalisé par F. Rault, p. 65.

<sup>2012</sup> R. Lapidoth, *L'égalité des sexes, ou : l'interdiction de la discrimination sur le sexe*, in « Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels », Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, p. 193.

<sup>2013</sup> F. DUBET, *Les inégalités multipliées*, Editions de l'Aube, 2000, p. 42.

négatifs d'une seule caractéristique. Cela se traduit dans des notions juridiques qui sont en plein essor actuellement et qui se concentrent sur l'individu. Elles ont toutes un point commun qui est celui du développement personnel de chacun.

## **B. Le respect du droit au respect de la qualité de la vie par les discriminations positives**

**428** - Depuis quelques années, de nouvelles notions apparaissent, notamment grâce au travail de la Cour européenne des droits de l'homme. Elles se concentrent autour de l'individu et de sa capacité à saisir les opportunités nécessaires au développement de sa personnalité. Ces nouvelles formes de protections sont diverses, mais elles peuvent se regrouper dans la même catégorie générale, celle du bonheur de l'individu et de sa qualité de vie. Cette idée rejoint l'affirmation de Michel Borysewicz selon laquelle « *toute loi juste a (...) pour finalité au moins lointaine, le bonheur de l'homme, la qualité de la vie*<sup>2014</sup> ». Cette dernière notion est définie par l'auteur comme « *le droit à la disponibilité effective de la vie*<sup>2015</sup> ». Cette nouvelle orientation du droit fait appel à un certain nombre de notions qui sont imbriquées les unes dans les autres, et qui ont toutes en commun le respect de la qualité de la vie par la liberté de chacun, ce qui intègre sans aucun doute les discriminations positives.

### **1. L'émergence de notions voisines relatives à la qualité de la vie**

**429** - Les jurisprudences communautaire et européenne participent toutes deux à ce nouvel horizon de la règle de droit. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes a ainsi rappelé dans l'arrêt Dory que l'un des objectifs de la Communauté est de permettre une amélioration de la qualité de la vie, et, pour ce faire, cite l'article 2 du Traité

---

<sup>2014</sup> M. Borysewicz, *La qualité de la vie. Une finalité nouvelle de la règle de droit*, in « Etudes offertes à Alfred Jauffret », Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 127.

<sup>2015</sup> M. Borysewicz, *Loc. cit.*

C.E.<sup>2016</sup>. Quant à la Cour de Strasbourg, l'arrêt Sheffield et Horsham consacré aux difficultés rencontrées par des transsexuels après une opération de conversion sexuelle afin d'obtenir le changement de prénom sur l'état civil<sup>2017</sup>, lui permet de reprendre l'affirmation de la Commission selon laquelle cette opération de conversion « *peut être recommandé(e) pour améliorer la qualité de vie des personnes concernées* »<sup>2018</sup>. Plus nette encore est la position de Mme la juge Greve dans l'arrêt Odièvre<sup>2019</sup> lorsqu'elle énonce que « *le droit à la vie l'emporte sur tout autre ; en effet, tous les autres droits consistent à conférer une certaine qualité de vie* »<sup>2020</sup>. Il existe une relation très forte, voire « *incontournable (...) entre l'effectivité des droits de l'homme et la qualité de la vie* »<sup>2021</sup>. La recherche de cette effectivité prend alors pour intermédiaires différentes notions suivant le contexte analysé. Cependant, toutes entretiennent des relations.

**430** - La plus connue reste sans doute le droit au développement personnel. C'est une notion que l'on retrouve dans de nombreuses Constitutions européennes, notamment espagnole et italienne<sup>2022</sup>. La Cour européenne a une part importante dans la mise en avant de cette notion. Elle a rappelé à plusieurs reprises la place centrale qu'elle occupe au sein de la protection de la vie privée et familiale. Elle a affirmé dans l'arrêt Christine Goodwin<sup>2023</sup> qu'« *au 21<sup>ème</sup> siècle, la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considéré comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu* »<sup>2024</sup>. Le droit au développement personnel est devenu peu à peu une partie intégrante et importante de la vie privée. Dans l'arrêt Wisse contre France<sup>2025</sup>, il est fait mention de tous les aspects de l'article 8, lequel protège « *des facteurs tels que l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle* », mais également « *le droit à l'identité et au développement personnel, ainsi*

---

<sup>2016</sup> CJCE, 11.03.2003, Alexander Dory, C-186/01.

<sup>2017</sup> CEDH, 30.07.1998, Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni, req. 22985/93, 23390/94, rec. 1998-V.

<sup>2018</sup> § 50 de l'arrêt. La Cour aura la même position dans l'arrêt Pretty relativement à l'aide au suicide traitée sous l'angle de l'article 8 : CEDH, 29.04.2002, Pretty c/ Royaume-Uni, req. 2346/02, rec. 2002-III, § 65.

<sup>2019</sup> CEDH, Gde Ch., 13.02.2003, Odièvre c/ France, req. 42326/98.

<sup>2020</sup> Mme la juge Greve, opinion concordante sous l'arrêt Odièvre.

<sup>2021</sup> P. de Fontbressin, *Les droits de l'homme, principes généraux de vie*, in « Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan », Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 551.

<sup>2022</sup> Pour une analyse d'ensemble : X. Bioy, *Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse)*, RIDC, 2000, n°1, p. 123. Pour le droit espagnol : N. Pérez-Canovas, *Homosexualité et union homosexuelle dans le droit espagnol*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 231.

<sup>2023</sup> CEDH, 11.07.2002, Christine Goodwin c/ Royaume-Uni, req. 28957/95, rec. 2002-VI.

<sup>2024</sup> § 90 de l'arrêt.

<sup>2025</sup> CEDH, 20.12.2005, Wisse c/ France, req. 71611/01.

que le droit pour tout individu de nouer et développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur<sup>2026</sup> ». Les domaines qui composent le développement personnel deviennent même dans certains cas une condition d'applicabilité de l'article 8. Dans la décision de recevabilité Zehnal et Zehnalova<sup>2027</sup>, la Cour a conclu à l'irrecevabilité car les requérants, personnes handicapées, se plaignaient d'un défaut d'accès à des bâtiments publics et privés de manière générale. La Cour considère que « l'article 8 ne saurait s'appliquer en règle générale et chaque fois que la vie quotidienne de la requérante est en cause, mais seulement dans les cas exceptionnels où un manque d'accès aux établissements publics et ouverts au public empêcherait la requérante de mener sa vie de façon telle que le droit au développement personnel et son droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur soient mis en cause ». Le droit au développement personnel permet alors « à peu près de regrouper tous les aspects du second volet du droit à "la vie privée sociale" <sup>2028</sup> ».

**431** - Cette notion est très proche du droit à l'épanouissement personnel<sup>2029</sup> que la Cour estime également être un aspect « *fondamental* <sup>2030</sup> » de l'article 8<sup>2031</sup>. Quant à la Cour de justice des Communautés européennes, elle en fait « *un principe général du droit communautaire* <sup>2032</sup> ». Cependant, c'est la Cour de Strasbourg qui a le plus expliqué sa démarche sur ce point. L'arrêt H.F. contre Slovaquie<sup>2033</sup> affirme que le droit à la vie privée et familiale comporte « *un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur* <sup>2034</sup> ». Il est difficile de ne pas remarquer la similarité de cette expression avec celle de l'arrêt Wisse. Il ne s'agit ni plus ni moins que d'une substitution de l'expression "développement personnel" par celle d'"épanouissement personnel" au sein d'un groupe de droits par ailleurs identiques. Dans ce

---

<sup>2026</sup> § 24 de l'arrêt. Voir également CEDH, 17.02.2005, K.A. et A.D. c/ Belgique, req. 42758/98 et 45558/99 ; CEDH, 25.09.2001, P.G. et J.H. c/ Royaume-Uni, req. 44787/98 ; CEDH, 29.04.2002, Pretty c/ Royaume-Uni, req. 2346/02, rec. 2002-III.

<sup>2027</sup> CEDH (DR), 14.05.2002, Zehnalova et Zehnal c/ République Tchèque, req. 38621/97, rec. 2002-V. Sur cette décision : F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 440.

<sup>2028</sup> F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 440.

<sup>2029</sup> L'un des premiers arrêts remarquables sur cette question est l'arrêt Bensaïd relatif aux conditions d'hospitalisation dans un établissement psychiatrique : CEDH, 06.02.2001, Bensaïd c/ Royaume-Uni, req. 44599/98.

<sup>2030</sup> CEDH, 12.06.2003, Van Küick c/ Allemagne, req. 35968/97, Rec. 2003-VII, § 75.

<sup>2031</sup> Cette notion est aussi qualifiée de « *noyau dur* » de l'article 8 : Mme la juge Greve, opinion concordante sous l'arrêt CEDH, 13.02.2003, Odièvre c/ France, req. 42326/98.

<sup>2032</sup> Selon l'affirmation de l'avocat général G. Cosmas, 10.06.1999, sous CJCE, C-223/98, Adidas AG, point 35.

<sup>2033</sup> CEDH, 08.11.2005, H.F. c/ Slovaquie, req. 54797/00.

<sup>2034</sup> § 47 de l'arrêt. Voir également CEDH, 06.02.2001, Bensaïd c/ Royaume-Uni, req. 44599/98, JCP G., 2001, I, 342, n° 6, Chr. F. Sudre ; CEDH, 17.02.2005, K.A. et A.D. c/ Belgique, req. 42758/98 et 45558/99.

cas, la question se pose de savoir si les deux termes sont interchangeables et recourent la même réalité. L'arrêt K.A. et A.D. semble intégrer le développement personnel au sein du droit à l'épanouissement personnel<sup>2035</sup>, alors que le droit au développement peut être entendu comme comprenant « *l'épanouissement libre de sa personnalité* »<sup>2036</sup>. De fait, il apparaît que ces deux notions jumelles relèvent de la prise en compte du même élément : la personnalité. L'épanouissement renvoie à la « *figure de la "personne humaine"* »<sup>2037</sup> et à la « *construction de la personnalité* »<sup>2038</sup>, tandis que le droit au développement personnel s'attache à prendre en compte les « *dimensions concrètes de la personnalité humaine* »<sup>2039</sup>. Toutes deux apportent une conception plus concrète de l'individu<sup>2040</sup> en offrant une prise en compte de certains de leurs particularismes. En effet, « *si le concept de personne humaine, de personnalité, s'applique de façon standard à tout être humain, il implique que, lors du rapport de droit, le jeu des normes soit guidé par la prise en compte de la situation particulière des personnes en cause, dont la réalité extra-judiciaire codétermine l'application effective des droits fondamentaux* »<sup>2041</sup>. De ce point de vue, épanouissement et développement personnels s'immiscent parfaitement dans le cadre de l'égalité et plus particulièrement dans celui des discriminations positives. Ces notions permettent de lutter contre les contraintes sociales<sup>2042</sup> et de ne pas négliger « *les inégalités de fait* »<sup>2043</sup>. Cette dernière idée est le moteur de l'article 3 de la Constitution italienne qui enjoint à l'Etat d' « *écarter les obstacles d'ordre sociaux et économiques qui en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine* »<sup>2044</sup>. La recherche de l'égalité serait d'ailleurs pour certains « *une égalité en possibilité d'épanouissement* » qui ferait d'elle une égalité issue de la justice<sup>2045</sup>. Cela semble intéresser plus particulièrement l'accès au travail. « *Le lien et le contenu du travail ont une importance majeure tant en ce qui concerne l'insertion*

---

<sup>2035</sup> *Ibid.*, § 83 : « L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement, que ce soit sous la forme du développement personnel ou sous l'aspect d'une autonomie personnelle qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 ».

<sup>2036</sup> K. Vasak, cité par Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 488.

<sup>2037</sup> X. Bioy, *Loc. cit.*

<sup>2038</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 17.

<sup>2039</sup> X. Bioy, *Loc. cit.*

<sup>2040</sup> Il est possible de parler de « personnalité concrète » au sens de M. Hauriou : M. Hauriou, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, RGDL, 1898, p. 20.

<sup>2041</sup> X. Bioy, *Loc. cit.*

<sup>2042</sup> *Ibid.*

<sup>2043</sup> J. Rivero, *Les notions d'égalité et de discriminations en droit public français*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 343.

<sup>2044</sup> Sur cet article de la Constitution italienne : X. Bioy, *Loc. cit.*

<sup>2045</sup> M. Demonque et Y. Eichenberger, *La participation*, France empire, 1968, p. 26

*professionnelle que le développement personnel*<sup>2046</sup>». Le droit communautaire est touché par ce problème, et les législations des Etats membres semblent invitées à prendre en considération l'épanouissement des travailleurs, notamment étrangers, en permettant l'accès au marché du travail<sup>2047</sup>. Le droit du travail est donc spécialement touché par ces notions, alors que c'est un domaine important des discriminations positives, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg<sup>2048</sup>. Le lien semble encore plus fortement installé à la lecture de la recommandation relative à la protection des femmes contre la violence<sup>2049</sup>. Les Etats membres sont invités à « *veiller à ce que garçons et filles reçoivent une éducation de base qui évite les schémas et préjugés sociaux et culturels, les images stéréotypées du rôle de chaque sexe, et comporte des formations permettant le développement de la personnalité, en accordant une attention particulière aux jeunes en décrochage scolaire ; former les enseignants (es) à intégrer le concept d'égalité des sexes dans l'éducation qu'ils dispensent* ». Il s'agit ici de la caractéristique principale des discriminations positives, à savoir la lutte contre les préjugés. Ne pas agir à leur encontre, laisse clairement une barrière infranchissable pour les personnes concernées, ici les femmes, afin de développer librement leur personnalité. L'accès au travail n'est pas non plus absent de la jurisprudence de la Cour européenne. Au contraire, ce domaine lui a fourni à plusieurs occasions des opportunités non négligeables afin de développer sa jurisprudence quant à la protection de la vie privée sociale. L'arrêt Niemietz contre Allemagne<sup>2050</sup> relatif à une perquisition de locaux professionnels, en l'occurrence un cabinet d'avocat, est l'occasion pour la Cour de donner une définition de la vie privée concernant à la fois les activités intimes d'une personne, mais aussi ses relations sociales, notamment professionnelles<sup>2051</sup>. Plus récemment, dans l'arrêt Sidabras et Dziautas<sup>2052</sup>, tout en rappelant que « *le droit au respect de la vie privée assure également à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité*<sup>2053</sup> », estime que le fait d'empêcher les requérants, ex agents du KGB, d'exercer

---

<sup>2046</sup> « Réadaptation et intégration des personnes handicapées : politiques et législations », Rapport élaboré par la Comité pour la réadaptation et l'intégration des personnes handicapées, Editions de Conseil de l'Europe, 6<sup>ème</sup> édition, 2001, p. 21.

<sup>2047</sup> Conclusions de l'avocat général L.A. Geelhoed, 25.05.2004, sous CJCE, Engin Ayaz c/ Land Baden-Württemberg,, C-275/02, points 42 et 49.

<sup>2048</sup> CJCE, 17.10.1995, Kalanke, C-450/93, rec. p. I-3051 ; CJCE, 11.11.1997, Marschall, C-409/95, rec. p. I-6363.

<sup>2049</sup> Recommandation, 30.04.2002, 2002(5), Comité des Ministres des Etats-membres, La protection des femmes contre la violence.

<sup>2050</sup> CEDH, 16.12.1992, Niemietz c/ Allemagne, req. 13710/88, A 251-B.

<sup>2051</sup> § 29 de l'arrêt.

<sup>2052</sup> CEDH, 27.07.2004, Sidabras et Dziautas c/ Lituanie, req. 55480/00 et 59330/00, JCP G., 2005, 103, n° 13, Chr. F. Sudre ; AJDA, 2005, p. 542, Chr. J-F. Flauss.

<sup>2053</sup> § 43 de l'arrêt.



une activité professionnelle de manière générale entraîne l'applicabilité de l'article 8<sup>2054</sup>. Afin de parvenir à ce constat elle fait référence à l'OIT, mais aussi à la Charte sociale européenne dont l'article 1 § 2 dispose que les Parties contractantes s'engagent « à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris »<sup>2055</sup>. La Cour a renforcé sa jurisprudence sur ce point par l'arrêt Raynis et Gasparavicius contre Lituanie<sup>2056</sup>, relatif cette fois à la perte d'emploi par des anciens membres du KGB. La Cour montre une fois de plus l'absence de frontière étanche entre les droits civils et politiques et les droits sociaux<sup>2057</sup>. Cela amène dorénavant le juriste à se questionner sur l'existence d'un véritable droit de gagner sa vie par le travail<sup>2058</sup>. Plus encore, la lecture croisée des arrêts Niemietz et Sidabras permet de comprendre l'importance du travail dans la vie privée et la construction identitaire d'une personne. Pour le législateur interne, refuser de prendre en compte une situation générale de discrimination pour certaines personnes relevant d'un groupe identifié relève d'une contrariété au droit à la vie privée sociale et au développement personnel de cet individu. L'accès au marché du travail se trouve au cœur de l'article 8 et nécessite par là même une protection active de la part de l'Etat. Nous pouvons alors supposer que le constat européen d'une quasi impossibilité d'accéder à un quelconque poste, de par un refus répété des employeurs malgré des compétences effectives, devrait conduire à une violation de l'article 8 concernant le respect de la vie privée sociale. Pour l'instant, l'article 14 a bénéficié des avancées subies par l'article 8, mais la situation va changer avec la nouvelle indépendance du respect de l'égalité acquise grâce au protocole n° 12. Le travail fait par la Cour jusqu'à ce jour ne pourra pas être mis de côté face à l'application du protocole relatif au principe général d'égalité. L'essor des notions telles que le développement ou l'épanouissement personnels ne devrait pas être freiné car la Cour a toute liberté afin de garantir l'égalité dans les faits et peut s'appuyer sur ces notions pour le faire. Une fois de plus, le recours direct et indépendant à l'égalité devrait permettre une meilleure lisibilité de ces notions. Ce qui n'est qu'une esquisse à l'état actuel de la jurisprudence devrait muer en un véritable dessin finalisé de la structure de l'identité personnelle de chacun au travers du

---

<sup>2054</sup> §§ 45 à 47 de l'arrêt : Le fait d'interdire à une personne l'exercice d'une profession particulière n'est pas contraire à l'article 8. En revanche, l'interdiction dont il est question dans l'arrêt Sidabras est générale et c'est par cette généralité que l'article 8 se trouve applicable.

<sup>2055</sup> § 31 de l'arrêt.

<sup>2056</sup> CEDH, 07.04.2005, Raynis et Gasparavicius c/ Lituanie, req. 70665/01 et 74345/01. Sur cet arrêt : J-P. Marguénaud et J. Mouly, *Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'homme*, D. 2006, Chr., p. 477.

<sup>2057</sup> Sur ce point, voir notamment J. Fierens, *La violation des droits civils et politiques comme conséquence de la violation des droits économiques, sociaux et culturels*, Revue belge de droit international, 1999/1, p. 46.

<sup>2058</sup> Sur cette question : J-P. Marguénaud et J. Mouly, *Loc. cit.*

respect de l'égalité. Les nouvelles espèces relatives aux discriminations positives devraient amener à une identification plus précise de chaque notion en fonction de la caractéristique essentielle de l'individu qui est visée. L'objectif de respect de la qualité de la vie de chacun s'analyse, que ce soit au regard de la jurisprudence actuelle ou de celle à venir avec le protocole n° 12, par l'aménagement de la liberté. La protection de la personnalité, que réalisent les discriminations positives, se fait par le respect de la liberté.

## 2. Le respect de la qualité de la vie par l'autonomie personnelle

432 - Le rapport à la liberté, élément lui aussi essentiel des discriminations positives, est aussi traduit dans les notions d'épanouissement et de développement personnels. « *Le libre épanouissement de la personnalité apparaît comme porteur d'un principe général de liberté, de libre arbitre et de "libre agir"* <sup>2059</sup> ». La référence à la liberté est ressentie de manière d'autant plus forte qu'une autre notion voisine est souvent mise en avant, celle de l'autonomie. La protection des éléments essentiels de l'identité d'un individu se réalise par la protection de l'autonomie personnelle, traduction de la liberté dans cette matière.

433 - L'arrêt *Pretty* de la Cour de Strasbourg a participé activement à mettre en lumière la prégnance de cette nouvelle notion, toujours au sein de la vie privée et familiale. Il y est affirmé que « *Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* <sup>2060</sup> ». Cette idée sera reprise par la suite, notamment à propos des transsexuels <sup>2061</sup>. La notion d'autonomie, telle qu'entendue par la Cour semble s'attacher à la libre disposition du corps. L'arrêt *Pretty* sur l'aide au suicide en témoigne <sup>2062</sup>, mais aussi l'arrêt *K.A. et A.D.* relatif aux relations sadomasochistes où la Cour rappelle que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie*

---

<sup>2059</sup> X. Bioy, *Loc. cit.*

<sup>2060</sup> CEDH, 29.04.2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. 2346/02, rec. 2002-III, § 61, sur l'apparition de cette notion dans cet arrêt : O. de Schutter, *L'aide au suicide devant la CEDH (à propos de l'arrêt Pretty)*, RTDH, 2003, p. 71.

<sup>2061</sup> CEDH, 11.07.2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. 28957/95, rec. 2002-VI.

<sup>2062</sup> CEDH, 29.04.2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *Loc. cit.* et les observations formulées par Olivier de Schutter : *Loc. Cit.*

*intégrante de la notion d'autonomie personnelle*<sup>2063</sup>». L'autonomie serait alors « *le noyau dur* » du libre développement<sup>2064</sup>. Epanouissement, libre développement de la personnalité et autonomie sont des notions très proches et même imbriquées les unes dans les autres. Elles se rattachent toutes à la construction de la personnalité, de l'identité personnelle et au libre choix des individus pour y parvenir de manière effective. En effet, l'autonomie peut être définie de manière positive comme « *la possibilité pour l'individu de définir librement les règles qui vont orienter ses choix dans l'existence* » et de manière négative comme la possibilité de faire ces choix en-dehors de « *la contrainte sociale* »<sup>2065</sup>. Suivant la question sur laquelle porte le préjugé et les conséquences de ce dernier sur les possibilités en choix de vie pour la victime de la discrimination, l'une de ces notions sera concernée et pourra être soulevée afin de voir l'existence d'une mesure de discrimination positive justifiée par ce biais. Un arrêt plus récent semble définitivement assurer la domination de l'autonomie personnelle sur les autres notions relatives à la personnalité. L'arrêt Sorensen et Rasmussen<sup>2066</sup> fait sortir l'autonomie personnelle du cadre de l'article 8 pour lui donner l'appui de la Convention dans son ensemble. La Cour indique en effet que « *la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention. Cette notion doit être considérée comme un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu implicite dans l'article 11, ainsi que comme un élément confirmant l'importance que revêt l'aspect négatif de cette disposition* »<sup>2067</sup>. C'est une application concrète de l'autonomie personnelle dans une espèce qui intéresse l'article 11. Au passage, la Cour indique que c'est cette notion qui donne toute sa force au droit d'association négatif. Plus théoriquement, c'est l'affirmation de la place centrale qu'occupe l'autonomie personnelle au sein de la Convention, et en conséquence l'importance de la liberté de choix pour le respect effectif des droits garantis par le texte de 1950. La protection de l'identité et de la personnalité passe, avant tout, par le respect de la liberté de chacun. Plus que jamais, « *les discriminations positives peuvent apparaître comme des instruments privilégiés de l'action publique en faveur de la promotion de la personnalité* »<sup>2068</sup>. En ôtant les obstacles de fait qui empêchent certains de pouvoir effectivement jouir des choix de vie qu'ils veulent faire, les discriminations positives apparaissent comme les instruments privilégiés de la garantie de l'autonomie personnelle. De

---

<sup>2063</sup> CEDH, 17.02.2005, K.A. et A.D. c/ Belgique, req. 42758/98 et 45558/99.

<sup>2064</sup> X. Bioy, *Loc. cit.*

<sup>2065</sup> O. de Schutter, *La vie privée entre droit de la personnalité et liberté*, RTDH, 1999, p. 827.

<sup>2066</sup> CEDH, 11.01.2006, Sorensen et Rasmussen c/ Danemark, req. 52562/99 et 52620/99.

<sup>2067</sup> § 54 de l'arrêt.

<sup>2068</sup> X. Bioy, *Loc. cit.*

ce point de vue, la jurisprudence Sorensen et Rasmussen vient conforter la nouvelle indépendance de l'égalité au sein de la Convention. L'épanouissement devient un élément sous-jacent à l'ensemble de la Convention, tandis que l'égalité devient indépendante dans sa garantie, ce qui fait des discriminations positives un élément qui sous-tend lui aussi l'ensemble de la Convention car il permet le respect de l'autonomie personnelle sans être lié par le cadre d'un article précis.

L'ensemble de cette jurisprudence montre combien les discriminations positives sont liées et ne peuvent se concevoir qu'à travers des notions qui se concentrent sur l'individu et non sur le groupe. Cela fait des discriminations positives des droits individuels et non collectifs.

## §2. La qualification discutable de droits collectifs

**434** - Il est souvent reproché aux discriminations positives d'être des mesures égalitaires qui touchent le groupe et non l'individu<sup>2069</sup>. Il en résulte une farouche critique puisque le droit français, ainsi que les droits de l'homme en général<sup>2070</sup>, ont pour pilier l'individualisme. Cela conduit à ne pas reconnaître les groupes ou les peuples minoritaires<sup>2071</sup>. Considérer les discriminations positives comme des droits collectifs consacrés aux groupes entraîne immédiatement une inconstitutionnalité<sup>2072</sup>. Le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé que l'article premier de la Constitution et le principe d'unicité du peuple français s'oppose « à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance<sup>2073</sup> ». En droit français, il n'existe pas de minorité<sup>2074</sup>, les mesures correctrices qui sont censées s'adresser à ces dernières sont donc observées avec suspicion.

---

<sup>2069</sup> L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

<sup>2070</sup> M. Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, Coll. Tel, 2002, p. 235.

<sup>2071</sup> O. Jouanjan, *Egalité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 585.

<sup>2072</sup> Pour un exemple célèbre de jurisprudence constitutionnelle sur l'absence de reconnaissance de peuples minoritaires : CC, 09.05.1991, 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, JO, 14.05.1991, p. 6350.

<sup>2073</sup> CC, 15.06.1999, 99-412 DC, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, JO, 18.06.1999, p. 8964.

<sup>2074</sup> E. Forey, *L'égalité des cultes : un principe en évolution ?*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité »,

435 - L'individualisme se traduit généralement comme « *une tendance qui accorde à l'individu ou à l'individuel une valeur intrinsèque supérieure à la valeur de la société ou aux valeurs dites impersonnelles, soit dans l'ordre explicatif, soit dans l'ordre des fins morales*<sup>2075</sup> ». Cette notion trouve son fondement dans le christianisme qui a relâché les liens que l'individu entretenait auparavant avec sa tribu ou sa famille<sup>2076</sup>. Cette nouvelle orientation a été parfaitement traduite par Hegel : « *Ce n'est que dans le principe chrétien qu'essentiellement l'esprit personnel individuel acquiert une valeur infinie, absolue ; Dieu veut aider au salut de tous les hommes*<sup>2077</sup> ». L'individualisme trouve un écho très favorable dans la Révolution française puisque toute classification des personnes devient suspecte à cette époque<sup>2078</sup>. « *Le relâchement des liens l'allégeance communautaire par un procès de subjectivisation, qui conduit à reconstruire l'organisation sociale et politique toute entière, en partant de l'individu, érigé en point de référence suprême : la figure de l'individu domine aussi bien dans la sphère privée, où l'individu est présent en tant qu'Homme, que la sphère publique, où il est présent en tant que Citoyen*<sup>2079</sup> ». Cependant, la persistance de cette notion a pour cause son adéquation aux évolutions techniques et économiques<sup>2080</sup>. Chaque époque a apporté sa pierre à l'édifice de l'individualisme qui apparaît encore aujourd'hui comme l'un des fondements des droits de l'homme avec sa notion jumelle qu'est l'universalisme<sup>2081</sup>. Les déclarations et les conventions sur les droits de l'homme du XX<sup>ème</sup> siècle ont été les relais privilégiés de ces deux notions, renforçant l'individualisme dans l'esprit des juristes<sup>2082</sup>.

---

Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 41. Si l'existence sociologique des groupes n'est pas niée, cela ne leur donne pour autant aucune existence juridique : N. Rouland, *A la recherche du pluralisme juridique : le cas français*, Droit et cultures, 1998/2, n° 36, p. 217. En revanche, cette règle connaît quelques exceptions en pratique. Sur ce dernier point : D. Blatt, *Une politique sans ethnicité ? Les immigrés en France, entre théorie et pratique*, in « Les identités en débat : intégration ou multiculturalisme ? », sous la direction de H. Greven-borde et J. Tournon, L'Harmattan, Coll. Logiques politiques, 2000, p. 137.

<sup>2075</sup> A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Coll. Quadrige, 1993.

<sup>2076</sup> F-X. Testu, *Individu*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 819. Cependant, les premiers travaux sur l'individualisme datent de la Grèce antique avec notamment Platon, Cicéron ou Aristote : Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 37 et s. ; P. Vernant, *L'individu, la mort, l'amour, soi-même et l'autre en Grèce ancienne*, Gallimard, 1989.

<sup>2077</sup> Hegel, *Leçons sur l'histoire de la philosophie*, trad., Gallimard, 1954, p. 131.

<sup>2078</sup> Sur ce point : H. Moutouh, *Recherche sur un "droit des groupes" en droit public français*, Thèse, Bordeaux, 1996, p. 126 et s..

<sup>2079</sup> J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, RDP, n° 3, 1998, p. 127.

<sup>2080</sup> F-X. Testu, *Loc. cit.*

<sup>2081</sup> F. Benoît-Rohmer, *La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ?*, RTDH, 2001, p. 999 ; A. Bredimas, *Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « Nouvelles formes de discriminations », sous la direction de L-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284.

<sup>2082</sup> Pour une analyse générale : K. Vasak, *Les droits de l'homme de la fraternité revisités*, in « Eloge de la fraternité. Pratique de solidarités », Sous la direction de A. Delblond, L'Harmattan, 2000, p. 89. Concernant la

Placer l'individu au centre de la réflexion juridique entraîne deux conséquences distinctes sur la création du Droit.

**436** - L'individu est un sujet de droit abstrait, « *désincarné*<sup>2083</sup> ». L'Etat n'a pas à prendre en considération les particularités de chacun. Le principe d'égalité classique est directement issu de cette notion d'individualisme : la règle de droit doit être indifférenciée et ne comporte aucune référence à une quelconque catégorie ou groupe<sup>2084</sup>. Le référent est seulement juridique, les faits ne sont aucunement pris en considération<sup>2085</sup>. En ce sens les discriminations positives sont contraires, comme nous l'avons déjà vu, à cette orientation du Droit. Cependant, la réalité sociale a montré combien cette conception pouvait, dans certains cas, être inepte et faire perdurer des discriminations dont il y a tout lieu de croire qu'elles seront présentes à long terme dans la société<sup>2086</sup>. De plus, en pratique, la logique de l'abstraction des sujets de droit ne peut être poussée jusqu'à son terme<sup>2087</sup>. Quant à Marcel Waline, il donne une place centrale au libre développement de la personnalité au sein de l'individualisme<sup>2088</sup>, or nous avons remarqué précédemment à quel point cette notion et celles qui y sont rattachées comme l'autonomie ou l'épanouissement personnels sont en parfaite adéquation avec les objectifs et les mécanismes des discriminations positives<sup>2089</sup>, tout en étant des notions à fort contenu concret.

**437** - Par ailleurs, et c'est sans doute le point le plus épineux, rendre l'individu le centre de l'univers juridique, annihile juridiquement le groupe auquel il peut éventuellement

---

Convention européenne des droits de l'homme : F. Benoît-Rohmer, *Loc. cit.* Concernant la Déclaration d'indépendance de l'Etat d'Israël de 1948 : C. Klein, *Rapport général introductif*, in « Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels », Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, p. 26.

<sup>2083</sup> J. Rivero, H. Moutouh, *Les libertés publiques*, Tome 1, « Les droits de l'homme », PUF, Coll. Thémis Droit public, 7<sup>ème</sup> édition mise à jour, 2003, p. 43.

<sup>2084</sup> Pour un exemple de cette relation en droit israélien : C. Klein, *Rapport général introductif*, in « Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels », Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, p. 26. Sur ce point : D. Lochak, *Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences*, in « Les minorités et leurs droits depuis 1789, sous la direction de A. Fenet et G. Soulier, L'Harmattan, 1989, p. 111 : « Si tous les individus sont égaux en droit, on ne saurait tenir compte dans l'application de la loi, des différences qui peuvent exister entre eux, que ces différences résultent d'une situation de fait (race, origine, sexe) ou d'un choix volontaire (opinions politiques, religion) ».

<sup>2085</sup> R. Pelloux, *Les nouveaux discours sur l'inégalité*, RDP, 1982, p. 909.

<sup>2086</sup> Cf supra § 408 et s..

<sup>2087</sup> Sur ce point : D. Lochak, *Mutation des droits de l'homme et mutation du droit*, RIEJ, n° 13, 1984, p. 49.

<sup>2088</sup> M. Waline, *L'individualisme et le droit*, Domat, Montchrestien, 1949.

<sup>2089</sup> Cf supra §§ 432 et s..

appartenir<sup>2090</sup>. Cependant, l'homme est devenu de plus en plus un homme situé et le droit a développé un but social pour la règle de droit<sup>2091</sup>. Ce sont les individus dans leur situation qui sont au cœur du raisonnement et non le peuple pris dans sa globalité<sup>2092</sup>. Cela a pour conséquence la multiplication des classifications et des catégories<sup>2093</sup>. Des catégories de sujets de droit ont émergé afin de répondre à cette nouvelle orientation. Si les discriminations positives n'étaient affaire que de catégories, elles seraient moins stigmatisées qu'elles ne le sont actuellement. En effet, la différenciation ne se ferait pas entre simples catégories, mais entre groupes. Il s'agit ici d'une dimension supplémentaire dans la différenciation. La plupart des auteurs qui se sont intéressés à ces mesures parlent ainsi de « *groupes*<sup>2094</sup> », voire d'« *égalité entre groupes*<sup>2095</sup> ». Le groupe a une particularité que Yaël Attal-Galy définit clairement : c'est « *un groupement humain uni volontairement par une même communauté d'intérêt, dont la finalité est collective ou communautariste*<sup>2096</sup> ». Le groupe est une institution « *néo-corporatiste*<sup>2097</sup> » qui s'inscrit dans son intégralité dans la recherche d'un intérêt collectif<sup>2098</sup>. La description a de quoi effrayer au regard d'un individualisme historique qui évite à tout prix la différenciation. La référence au groupe provoque alors un schisme inéluctable entre les discriminations positives et l'individualisme. Non seulement ces mesures relèvent d'une classification, mais encore d'une classification fondée sur la recherche et l'aboutissement de l'intérêt du groupe, ce qui fait inmanquablement penser à des droits collectifs. Dans ce cas, le sort des discriminations positives est définitivement scellé, surtout

---

<sup>2090</sup> H. Moutouh, *Recherche sur un "droit des groupes" en droit public français*, Thèse, Bordeaux, 1996, p. 181 ; Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 49.

<sup>2091</sup> G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, Coll. U, Série Droit, 2<sup>ème</sup> édition, 1996, p. 81.

<sup>2092</sup> Cette différence a été fortement mise en avant par Georges Burdeau qui parle d'homme situé : G. Burdeau, *La conception du pouvoir dans la Constitution française du 4 octobre 1958*, RFSP, 1959, p. 87. Sur ce point : J.-M. Denquin, *Georges Burdeau et le pouvoir d'Etat dans la Constitution de 1958*, Droits, n°14, 1991 ; R. Ferretti, *La fonction présidentielle : constantes et variantes*, PA, 01.09.2000, n° 175, p. 3.

<sup>2093</sup> Pour une analyse complète de cette évolution : Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 61 et s..

<sup>2094</sup> A. Bredimas, *Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « *Nouvelles formes de discriminations* », sous la direction de L.-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284.

<sup>2095</sup> W. B. Allen, *Egalité et droit dans le monde actuel*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Université de Caen, n° 18, p. 182 ; L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

<sup>2096</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 19. Voir également D. Lochak, *Egalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit*, in « *Homosexualités et droit* », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 39.

<sup>2097</sup> Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 19.

<sup>2098</sup> N. Laval, *Intérêt collectif, ordre collectif*, in « *Le groupement et le droit : corporatisme et néo-corporatisme* », sous la direction de M. Hecquard-Théron, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 155 ; M. Offerle, *Sociologie des groupes d'intérêt*, Montchrestien, Coll. Clés politiques, 1994, p. 39.

en droit français, si frileux face aux minorités ou aux groupes<sup>2099</sup>. Toutes les différenciations, éventuellement mises en œuvre par les discriminations positives, ne sont pas toutes en relation avec des groupes. Si la référence à l'origine ethnique, culturelle, raciale ou religieuse y fait instinctivement penser, le lien avec le groupe concernant les femmes et les personnes handicapées est moins évident. De plus, l'égalité entre les groupes ou entre catégories existe déjà en droit communautaire et en droit français avec l'admission des discriminations indirectes qu'il s'agit de combattre<sup>2100</sup>. La lutte contre les discriminations indirectes relève de la prise en compte d'une discrimination sociétale au détriment de personnes dont il y a tout lieu de croire qu'elles appartiennent aux mêmes ensembles de population que celles qui peuvent bénéficier de discriminations positives. Cette seule référence aux groupes ou aux membres de groupes n'est donc pas satisfaisante à partir du moment où d'autres mesures, qui ne sont pas, elles, remises en cause, sont légitimées.

**438** - Quoi qu'il en soit, même s'il s'agit d'un groupe, le droit à mettre en œuvre n'est pas nécessairement un droit collectif. Il existe trois possibilités de définition des droits collectifs<sup>2101</sup>. La première s'attache à l'exercice du droit en cause. Il sera collectif si son exercice est collectif, et individuel si son exercice est individuel. C'est la définition la plus classique et qui sert généralement de référence<sup>2102</sup>. Dans une deuxième acception, le droit est individuel si son titulaire peut l'opposer aux autres individus. Enfin, une troisième orientation plus récente se rapporte directement au titulaire du droit. La question qui se pose alors est de savoir : « *les droits de l'homme sont-ils l'apanage exclusif de l'Homme, considéré dans son essence individuelle ? Sont-ils au contraire les droits des différentes sociétés qui regroupent les hommes, droit de la famille, de la Nation, de la collectivité locale ou de région, de l'ethnie ?* »<sup>2103</sup>. Armés de ces différentes conceptions, certains auteurs affirment que les discriminations positives sont effectivement des droits qui intéressent uniquement les groupes<sup>2104</sup>. « *L'objectif des actions positives est l'instauration d'une égalité de fait entre un*

---

<sup>2099</sup> Pour une illustration : la France a refusé de signer la charte européenne des langues régionales : CC, 15.06.1999, 99-412 DC, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, JO, 18.06.1999, p. 8964. Voir également les explications de Geneviève Koubi : G. Koubi, *Le droit à l'indifférence, fondement du droit à la différence*, in « Le droit à la différence », Sous la direction de N. Rouland, PUAM, 2002, p. 263.

<sup>2100</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 252.

<sup>2101</sup> Pour une analyse complète : J. Rivero, *Rapport général introductif*, in « Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels », Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, p. 17.

<sup>2102</sup> Pour un exemple : F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7<sup>ème</sup> édition refondue, PUF, Coll. Droit fondamental, 2005, § 64.

<sup>2103</sup> J. Rivero, *Loc. cit.*

<sup>2104</sup> W. B. Allen, *Egalité et droit dans le monde actuel*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Université de Caen, n° 18, p. 182.



groupe dominant et un groupe discriminé. Elles ne regardent donc pas, en tous les cas pas directement, l'égalité entre les individus<sup>2105</sup>». Même si l'on considère que cette égalité se réalise entre des groupes, il est difficile de nier l'importance des individus qui composent ces groupes. Certains auteurs inversent donc l'affirmation en exposant que : « *La fin ultime de l'affirmative action est une véritable égalité des chances entre les individus - obtenue par une compensation de la défaveur spécifiquement liée à l'appartenance à un groupe discriminé - plutôt qu'une égalité entre les groupes eux-mêmes*<sup>2106</sup>».

**439** - La lecture des textes internationaux ne permet pas de répondre à cette question, car aucune position nette n'est prise. La Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe parle de protection de l'identité des minorités nationales<sup>2107</sup> et la déclaration des Nations Unies de 1992 fait de même<sup>2108</sup>. En revanche la Convention cadre sur les langues minoritaires en Europe<sup>2109</sup> se concentre sur les membres des minorités qui doivent bénéficier d'une protection : « *Les parties s'engagent à promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de conserver et développer leur culture ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité, que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel*<sup>2110</sup>».

**440** - La réalité se situe sur une voie médiane qui ne refuse *a priori* aucune qualification, et cela pour deux raisons. D'une part parce que, en règle générale un droit est rarement purement individuel. Jean Gobelin écrit ainsi qu' « *un droit n'est jamais simplement (...) une possibilité d'action individuelle offerte à tel ou tel individu, ou à tous. C'est d'abord un rapport entre catégories d'individus : le droit de grève est un rapport du salariat et du patronat, le droit de propriété est un rapport entre propriétaires et non-propriétaires, la liberté d'expression un rapport entre le citoyen et l'Etat*<sup>2111</sup>». D'autre part, et plus spécifiquement, les discriminations positives sont multiples. Elles s'adressent à des personnes

---

<sup>2105</sup> L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

<sup>2106</sup> T. Kirszbaum, *La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 101. Pour une argumentation similaire : O. de Schutter, *Le droit au mode de vie tzigane devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1997, p. 47 : l'auteur explique l'évolution de la jurisprudence de la Cour qui reconnaît dans la spécificité Tsigane une richesse à conserver et de voir l'obstacle constaté un « *obstacle à l'égalité des chances de l'individu* » qui est originaire de cette minorité.

<sup>2107</sup> Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, § 33. Sur ce point : A. Bredimas, *Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « *Nouvelles formes de discriminations* », sous la direction de L-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284.

<sup>2108</sup> Déclaration des Nations Unies, 18.12.1992, Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques. A. Bredimas, *Loc. cit.*

<sup>2109</sup> Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 01.11.1995.

<sup>2110</sup> Article 5§1 de la Convention.

<sup>2111</sup> J. Robelin, *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, 1994, p. 190.

- ou à des groupes - différents, et en fonction de discriminations se concrétisant différemment. L'action correctrice devra alors avoir un support adapté. Il pourra aussi bien s'agir d'un droit individuel, d'un droit collectif, d'un droit quasi-collectif<sup>2112</sup> ou encore d'un droit individuel à dimension collective<sup>2113</sup>. De manière générale, les droits individuels semblent plus intéressés par la nature des discriminations positives. Elles tendent vers les droits individuels en s'inscrivant dans la protection de la personnalité qui concentre son action à travers des notions qui servent l'individualisme. L'autonomie personnelle, le droit au développement ou à l'épanouissement personnels en sont des exemples. Les discriminations positives essayent alors simplement de « *maintenir, au moins au niveau des principes, la primauté de l'individu sur le groupe, du droit subjectif sur le droit collectif, d'obliger, malgré le programme préférentiel, de "traiter chaque candidat comme un individu" pour reprendre les termes de l'opinion du juge Powell dans l'affaire Bakke* <sup>2114</sup> ». Cet aspect individuel est d'autant plus intense que ce sont des relations individuelles que l'Etat doit réguler.

## **Section II. Les relations interindividuelles, centre des discriminations positives**

**441** - Les discriminations positives ont deux volets principaux : l'un est de neutraliser les préjugés en faisant appel à la notion de fraternité, l'autre est de préserver les membres du groupe victime des préjugés en protégeant leur liberté de choix. La discrimination positive doit faire en sorte que les préjugés ne puissent empêcher la personne visée de pouvoir jouir de ses droits. Elles concrétisent alors parfaitement « *les superbes promesses de la République - liberté, égalité, fraternité* <sup>-2115</sup> ». Juridiquement, cela se traduit par des aménagements de notions connues. Ce sont des relations interindividuelles qu'il faut réguler, mais la régulation

---

<sup>2112</sup> Sur cette notion : J-P. Marguénaud, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme et les droits revendiqués au profit des minorités*, in « Le droit à la différence », Sous la direction de N. Rouland, PUAM, 2002, p. 205 et sa lecture de l'arrêt CEDH, 26.09.1996, Manoussakis et autres c/ Grèce, req. 18748/91, rec. 1996-IV (RTDH, 1997, p. 536, note P. Gonzales). Voir également : G. Koubi, *Réflexions sur les distinctions entre droits individuels, droits collectifs et « droits de groupe »*, in « Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme », Mélanges Raymond Goy, Presses de l'Université de Rouen, 1998, p. 105.

<sup>2113</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 18.

<sup>2114</sup> O. Jouanjan, *Egalité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 585.

<sup>2115</sup> M. Wieviorka, *La différence. Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, L'aube, Coll. Poche essai, 2005, p. 148.

n'est pas uniquement objective et économique, les discriminations positives intègrent le sentiment et la subjectivité dans la régulation égalitaire. C'est une égalité fraternelle que les discriminations positives parviennent à réaliser (§1.), et c'est la liberté fraternelle qui est le moyen d'y parvenir (§2.).

### **§1. Une égalité fraternelle, résultat des discriminations positives**

**442** - La nécessité de la discrimination positive naît du constat d'une discrimination négative factuelle à l'échelle de la société. En conséquence, elle nécessite la combinaison de différentes actions de la part de diverses entités pour parvenir à l'égalité réelle. Si la discrimination négative s'est installée à l'échelle de la société, c'est que la définition actuelle de l'égalité est incapable d'apporter une égalité dans les faits. C'est alors au législateur de prendre acte des lacunes du système juridique et d'avancer vers l'égalité réelle en modifiant la norme égalitaire. Pour ce faire, il doit faire face à de nouvelles obligations positives qui prennent en compte le problème des préjugés face à la différence de chacun. Le législateur doit alors mettre en place une action en adéquation avec le respect des différences en plaçant les individus sur un pied d'égalité. Enfin, si la discrimination négative est présente dans la société, c'est aux membres de cette société qu'il appartient de modifier leur comportement afin de rétablir l'égalité. Ici, une simple solidarité est insuffisante car il s'agit de respecter les particularités de chacun, et d'admettre que l'Autre puisse être notre égal tout en étant différent de nous. L'Etat voit alors ses obligations diversifiées et doit faire face à une nouvelle obligation diagonale. L'égalité par la fraternité se développe donc de deux manières : d'une part en dépassant la simple solidarité (A.), d'autre part, en imposant une nouvelle obligation diagonale à l'Etat (B.).

## A. Le dépassement de la solidarité

443 - D'une manière générale, nous assistons, depuis maintenant quelques années, à la consécration d'une troisième génération de droits de l'homme. Ces nouveaux droits sont opposables à l'Etat et exigibles par les individus, mais surtout, « *ils ne peuvent être réalisés que par la conjonction des efforts de tous les acteurs du jeu social*<sup>2116</sup> ». Le droit à la paix ou encore le droit au développement en sont l'illustration. Cette récente orientation semble aussi modifier les droits déjà existants en tant qu'il est demandé aux individus eux-mêmes de concrétiser ces droits, dont l'égalité. Si la solidarité est un recours aujourd'hui classique, la fraternité, grâce aux discriminations positives, revient au premier plan. En effet, la solidarité ne prend pas en compte toutes les dimensions des discriminations positives. Lorsque le but de la loi est de donner plus à ceux qui ont le moins, nous nous trouvons dans un rapport vertical, l'intervention s'appuie alors sur le principe de la solidarité. Les Français doivent « *unir leurs efforts pour réduire les inégalités sociales*<sup>2117</sup> ». Les privilégiés doivent accepter d'être traités de manière différente afin de parvenir à une égalité réelle finale. Aujourd'hui, cette forme de soutien à l'échelle de la société devient prépondérante<sup>2118</sup>. Elle est appliquée entre les jeunes et les personnes âgées, les actifs et les retraités, ou les chômeurs, entre les familles et les célibataires<sup>2119</sup>. La loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé de 2002<sup>2120</sup> proclame ainsi de manière particulièrement forte que le préjudice subi par un enfant né avec un handicap relève « *de la solidarité nationale*<sup>2121</sup> » concernant sa compensation. Cette demande sera élargie en 2005<sup>2122</sup> puisque le législateur indique que « *toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens*

---

<sup>2116</sup> K. Vasak, *Les droits de l'homme de la fraternité revisités*, in « Eloge de la fraternité. Pratique de solidarités », Sous la direction de A. Delblond, L'Harmattan, 2000, p. 89.

<sup>2117</sup> M. David, *La solidarité comme contrat et comme éthique*, Coll. Mondes en devenir, Berger-Levrault, Institut international d'études sociales, Genève, 1982, p. 12.

<sup>2118</sup> M. Borgetto, *Solidarité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 1427 ; G. Antoine, *Liberté égalité fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, 1981, p. 148 et s..

<sup>2119</sup> M. David, *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>2120</sup> Loi, 04.03.2002, 2002-303, Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

<sup>2121</sup> Article premier, I, 2<sup>ème</sup> alinéa.

<sup>2122</sup> Loi, 11.02.2005, 2005-102, Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Sur l'évolution suivie par la législation française concernant les personnes handicapées : P. Didier-Courbin, P. Gilbert, *Eléments d'information sur la législation en faveur des personnes handicapées en France : de la loi de 1975 à celle de 2005*, RFAS, n°2, 2005, p. 209.

ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté<sup>2123</sup>». C'est le point d'ancrage de la nouvelle réforme en faveur des personnes handicapées<sup>2124</sup>. La solidarité fait ressortir une « interdépendance<sup>2125</sup> » entre les individus. Cette relation ne s'avère que verticale, la personne privilégiée portant une attention particulière à celle qui l'est moins<sup>2126</sup>. Même si la relation entre solidarité et fraternité est très forte, la première ne constitue qu'une part de la seconde<sup>2127</sup>. En effet, la solidarité est « la raison d'être objective de la fraternité<sup>2128</sup> ». L'appel à la solidarité ne satisfait pas les discriminations positives, il manque en effet une dimension horizontale : celle de l'acceptation de la différence de l'Autre au-delà du sentiment que provoque celle-ci. Il s'agit bien ici de sentiment<sup>2129</sup>, de subjectivité, d'une prise de conscience d'une certaine fraternité au-delà de la différence intrinsèque. La fraternité dépasse la solidarité puisque son but est de « rendre plus humaine et chaleureuse la relation » entre personnes différentes<sup>2130</sup>. La fraternité fait appel à un sentiment d'appartenance à une même « parenté mystique<sup>2131</sup> ». La relation interindividuelle est ici fondée sur le sentiment d'une appartenance réciproque à une communauté<sup>2132</sup>, tout en admettant que l'Autre peut être différent de soi. La fraternité fait appel au sentiment de tolérance et d'empathie. Avec la tolérance, l'individu « admet chez autrui une manière de penser ou d'agir différente de celle qu'il adopte lui-même<sup>2133</sup> », tandis que l'empathie est « plus large que le simple respect de l'autre, elle suppose une certaine capacité de se mettre à la place de l'autre. Non pas pour adopter son point de vue, mais pour le rendre comparable<sup>2134</sup> ». Le point commun essentiel à ces notions est la différence de l'autre et son acceptation. La fraternité englobe tous ces sentiments : elle est censée provoquer chez la majorité une prise de conscience selon laquelle

---

<sup>2123</sup> Article 2 I 2° a).

<sup>2124</sup> S. Douay, *La loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Loi n°2005-102 du 11 février 2005*, JCP, 2005, Act. 132.

<sup>2125</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, § 118.

<sup>2126</sup> A. Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, PUF, Coll. Les voies du droit, 2002, p. 37.

<sup>2127</sup> Sur ce point : M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent, l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 170, 1993, p.585 et s..

<sup>2128</sup> L. Bourgeois, Compte-rendu de la séance du Congrès de l'Education Scolaire du jeudi soir 27 septembre 1900, in « Solidarité », Librairie Armand Colin, Paris, 1904, p. 192. Voir sur ce point : F. Monéra, *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 117, 2004, p. 251.

<sup>2129</sup> R. Chappuis, *La solidarité. L'éthique des relations humaines*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1999, p. 116.

<sup>2130</sup> M. Borgetto, *La devise liberté égalité fraternité*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 1997, p. 109-110.

<sup>2131</sup> A. Supiot, *La fraternité et la loi*, DS, n° 1, 1990, p. 118.

<sup>2132</sup> R. Chappuis, *Op. Cit.*, p. 73.

<sup>2133</sup> F. de la Morena, *Recherche sur le principe de laïcité en droit français*, Thèse pour le doctorat en droit public, sous la direction de S. Regourd, Université des Sciences sociales de Toulouse, Dactylographiée, 1999, p. 666. Voir aussi G. Koubi, *Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France...*, RTDH, 1993, n° 14, p. 243 ; Y. Attal-Galy, *Op. cit.*, p. 68.

<sup>2134</sup> G. Jeannot, *Les usagers du service public*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1993, p. 121.

la différence constatée chez la minorité ne doit plus être source de préjugés confinant à des désavantages et des discriminations.

**444** - En matière de discrimination positive, le ressort de la solidarité est nécessaire puisqu'il s'agit de rétablir un équilibre entre ceux qui ont le plus et ceux qui ont le moins. Elle n'est cependant pas suffisante pour prendre en compte la différence qui a créé le fossé existant aujourd'hui entre deux groupes de situations<sup>2135</sup>. Nous pouvons alors parler de la nécessité d'une « *solidarité fraternelle*<sup>2136</sup> » qui agit dans toutes les dimensions dans lesquelles s'expriment les discriminations positives. Cette idée est parfaitement exprimée par Martin Luther King dans son célèbre discours prononcé lors de la Marche sur Washington : « *Je fais un rêve qu'un jour, sur les collines rouges de Géorgie, les fils des anciens esclaves et les fils des anciens propriétaires puissent s'asseoir ensemble à la table de la fraternité. [...] Je fais un rêve qu'un jour, mes quatre enfants vivront dans un pays où ils seront jugés selon leur personnalité et non d'après la couleur de leur peau*<sup>2137</sup> ». Le problème ici n'est pas de prendre seulement en compte le déséquilibre qui existe entre deux catégories de personnes, mais la source de cette inégalité. Cette source étant le refus de la différence de l'autre, la réaction nécessite la prise en considération de cette nouvelle dimension humaine et personnelle.

**445** - Si la fraternité, troisième terme de notre devise républicaine, a été frappée jusqu'à aujourd'hui de « *stérilité juridique*<sup>2138</sup> », il y a fort à parier, comme le fait Michel Borysewicz, que le XXI<sup>ème</sup> siècle sera celui de son avènement<sup>2139</sup>. Une chose est certaine à l'heure actuelle, c'est la nécessité de la fraternité dans la réalisation des discriminations positives<sup>2140</sup>. En effet, seule la fraternité peut dépasser « *une contradiction possible entre la liberté débridée et l'égalité imposée* » car elle « *fait partie du domaine de l'intersubjectivité où se mêlent étroitement la sensibilité et la morale* »<sup>2141</sup>. La subjectivité présente dans tout acte discriminatoire - acte qui constitue le point de départ de la discrimination positive - implique la présence d'un élément fraternel pour retrouver une égalité en fait. La solidarité apparaît

---

<sup>2135</sup> R. Chappuis, *Op. cit.*, p. 60 : la solidarité est un « *prélude* » à la fraternité.

<sup>2136</sup> M. David, *Loc. cit.* L'auteur se réfère à la position de Proudhon sur ce point. Voir P-J. Proudhon, *Du principe fédératif*, Ed. H Trinquier, 1997.

<sup>2137</sup> D'après la traduction de N. Bacharan, *Histoire des Noirs américains au XX<sup>ème</sup> siècle*, Editions Complexe, 1994, p. 161.

<sup>2138</sup> A. Supiot, *La fraternité et la loi*, DS, n° 1, 1990, p. 118.

<sup>2139</sup> M. Borysewicz, *La qualité de la vie une finalité nouvelle de la règle de droit*, Etudes offertes à Alfred Jauffret, Faculté de Droit et de Sciences Politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 127.

<sup>2140</sup> A. Supiot, *Loc. Cit.*

<sup>2141</sup> R. Chappuis, *Op. cit.*, p. 115. Voir aussi M. David, *La solidarité comme contrat et comme éthique*, Coll. Mondes en devenir, Berger-Levrault, Institut international d'études sociales, Genève, 1982, p. 65.

impuissante à dépasser les sentiments conflictuels en présence puisqu'elle ne s'appuie que sur une différence objective à dépasser. La fraternité prend alors le relais afin d'aboutir à une forme de compréhension, ou, du moins une prise de conscience des difficultés traversées par certaines personnes. Le but de cette forme d'intervention est d' « *appréhender l'autre comme notre semblable, et donc comme notre égal, mais aussi comme différent, et donc comme possédant un droit égal au notre à être reconnu publiquement dans sa différence* <sup>2142</sup> ». La discrimination positive ne fait que demander aux autres, par l'intermédiaire d'une norme, de reconnaître la réalité sociale particulière d'une minorité sans être assimilée à la majorité dans l'exercice du droit considéré <sup>2143</sup>. Cette notion de fraternité provoque, au-delà de la modification du droit atteint par le rattrapage égalitaire, une privatisation des discriminations positives. Quelle que soit la matière ou l'origine des actes discriminatoires qu'il s'agit de combattre, elles visent les relations des individus entre eux. Elles amènent chacun à considérer l'Autre dans sa globalité, y compris ses caractéristiques qui font de lui une personne différente. Même si le droit public a la possibilité de mettre en place des discriminations positives, l'un de leurs ressorts principaux est de jouer sur le rapport fraternel qui doit unir les hommes entre eux, et qui doit avoir pour objectif principal la réalisation de l'expression « *tous égaux, tous différents* <sup>2144</sup> ». Le véritable enjeu des discriminations positives est celui de la « *fraternité civique* <sup>2145</sup> », et répond en cela au vœu formulé par l'article 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui indique que « *Tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* <sup>2146</sup> ». Cette forme de respect mutuel ne peut exister que par l'aménagement de la liberté des personnes en cause, afin que les individus discriminés puissent librement jouir de leurs droits, en toute égalité. Cela demande aussi à l'Etat d'agir sous une forme idoine, celle d'une obligation diagonale.

---

<sup>2142</sup> S. Mesure, A. Renaut, *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Alto-Aubier, 1999, p. 291.

<sup>2143</sup> E. Vogel-Polsky, *Plaidoyer pour la reconnaissance du droit fondamental à l'égalité de la femme et de l'homme*, La nouvelle lettre de la FIDH, n° 34, 13.03.2000, p. 2.

<sup>2144</sup> I. Cabral Barreto, opinion dissidente sous CEDH, 07.02.2006, D.H. c/ République tchèque, req. 57325/00, § 6.

<sup>2145</sup> J-W. Lapierre, *Qu'est-ce qu'être citoyen ?*, PUF, Coll. La politique éclatée, 2001, p. 160.

<sup>2146</sup> Sur cet article : H. Golsong, *Evolution de la conception des droits collectifs dans la politique internationale*, in « Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels », Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, p. 137.

## B. Une fraternité possible par une obligation positive diagonale de l'Etat

446 - Un auteur a déjà parlé de l'effet diagonal de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2147</sup>. L'auteur a utilisé cette qualification au regard de l'effet du texte de 1950 en fonction de la réaction de la Haute juridiction administrative à son encontre. Ici, nous n'entendons pas l'effet de la Convention en fonction des juridictions internes, mais de la forme de l'action de l'Etat nécessaire à la protection des droits garantis en fonction des développements de la jurisprudence de la Cour. Bien que l'illustration de la ligne diagonale soit utilisée dans un sens différent, nous nous approprierons ici cette analogie car c'est celle qui matérialise le mieux l'action de l'Etat afin qu'il remplisse ses obligations européennes. Face à une discrimination profonde ancrée dans la société, l'Etat doit emprunter simultanément deux directions complémentaires : d'un côté, il faut réaliser l'égalité, de l'autre, il faut protéger la différence. La mise au premier plan de l'expression « *tous égaux, tous différents* »<sup>2148</sup> montre parfaitement la coexistence de ces deux difficultés qui doivent être résolues dans la même action. La discrimination positive doit combiner deux orientations. La première est verticale et relative à l'égalité. Il faut un retour à l'équilibre grâce à la mesure, dans une acception dynamique de l'égalité. Il s'agit, comme nous l'avons déterminé, d'une obligation de réaliser l'égalité. Dans ce cadre, l'action se situe sur une ligne verticale puisqu'il s'agit de rattraper le retard d'une partie de la population par rapport à une autre partie jusque là avantagée. C'est un rapport quantitatif qu'il faut réguler afin de retrouver une égalité dans les faits. Ici, il s'agit d'une obligation positive classique pour l'Etat qui devra s'assurer d'une jouissance égale du droit en cause. Par exemple, le droit à l'assistance judiciaire, obligation positive conventionnelle<sup>2149</sup> et jurisprudentielle<sup>2150</sup>, ne fait qu'imposer une action au législateur interne afin de corriger un déséquilibre objectif. Le but est de réaliser un équilibre en agissant de manière verticale : on offre la possibilité aux personnes sans ressources de

---

<sup>2147</sup>: A. Potteau, *L' « effet diagonal » limité à la Convention européenne des droits de l'homme en droit administratif français (A propos des arrêts Ville d'Annecy et Commune de Champagne-sur-Seine du 29 janvier 2003)*, RFDA, 2003, p. 961.

<sup>2148</sup> I. Cabral Barreto, *Op. cit.*, § 6.

<sup>2149</sup> Article 6-3-c : Tout accusé a droit de « *se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* ».

<sup>2150</sup> CEDH, 13.05.1980, Artico c/ Italie, req. 6697/74, Série A-37 ; CEDH, 21.04.1998, Daud c/ Portugal, req. 22600/93, rec. 1998-II, JCP G., 1999, I, 105, Chr. F. Sudre.



pouvoir être défendues de la même manière qu'une personne qui peut payer par elle-même un défenseur. Le rapport est ici uniquement vertical.

**447** - Dans la seconde orientation, l'action doit s'attacher à la différence qui est au cœur de la discrimination. Une différence objective est devenue une inégalité subjective par le biais d'un préjugé, ce qui signifie qu'il faut prendre en considération la différence pour réaliser l'égalité. Lorsqu'une différence dans l'exercice du droit est présente, le rapport devient horizontal. Le législateur interne voit son rôle modifié et doit réaliser l'égalité entre des personnes qui n'exercent pas un droit de la même manière. Par exemple, lorsqu'un accusé ne comprend pas la langue dans laquelle se déroule le procès, il aura droit gratuitement à un interprète lors de l'audience<sup>2151</sup>. Le contenu de l'exercice du droit à un procès équitable sera différent suivant la personne de l'accusé, mais la jouissance aura une valeur identique. L'égalité est rétablie dans le droit à un procès équitable, mais si concrètement cette égalité s'exprime différemment, dans la majorité des cas, il n'y aura pas besoin d'un interprète. C'est une obligation de protéger<sup>2152</sup> la différence qui est faite à l'Etat dans sa recherche de l'égalité. Il est difficile de concevoir une action qui viendrait gommer la différence d'une quelconque manière afin de soi-disant retrouver une égalité. Cette obligation de protection consiste à « *ne pas tolérer des atteintes de la part d'autres particuliers* »<sup>2153</sup>. Elle doit se concrétiser par des moyens actifs qui évitent que les acteurs privés puissent bafouer cette différence par un préjugé. La différence à protéger aujourd'hui est d'abord bafouée dans les relations interindividuelles. C'est donc par ces dernières que doit avant tout passer la protection.

**448** - Les discriminations positives nécessitent la combinaison de ces deux obligations positives. A une obligation de réaliser l'égalité verticale vient s'ajouter une obligation horizontale de protéger la différence. L'Etat se trouve donc face à une obligation singulière : celle d'être actif dans la réalisation de l'égalité tout en préservant la différence initiale. L'effectivité de l'égalité, qui est le but des discriminations positives<sup>2154</sup>, prend un tour inédit,

---

<sup>2151</sup> Article 6-3-e : la personne accusée a le droit de « *se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience* ».

<sup>2152</sup> Sur cette notion d'obligation de protéger : O. de Schutter, *Les générations de droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux*, in « Juger les droits sociaux », Actes du colloque organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001, *Les chroniques de l'OMIJ*, n° 2, PULIM, 2004, p. 13.

<sup>2153</sup> *Ibid.*

<sup>2154</sup> C. Labrusse-Riou, *Droit des personnes et droit de la famille*, in « Libertés et droits fondamentaux », sous la direction de M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, Seuil, 2002, p. 321 ; G. Cohen-Jonathan, *Le droit de l'Homme à la non-discrimination raciale*, RTDH, 2001, numéro spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 665.

celui de prendre en compte un aspect quantitatif et qualitatif, un aspect vertical et horizontal, une obligation de réaliser alliée à une obligation de protéger, ce qui se traduit concrètement par une obligation positive diagonale. Cette forme d'action de régulation de l'égalité, tout à fait spécifique aux discriminations positives, est la seule qui puisse permettre à la fraternité de se concrétiser. Seul un régime de protection de ce type peut permettre aux acteurs privés d'assainir par eux-mêmes des relations jusqu'ici gangrenées par des préjugés discriminatoires. Seules les relations interindividuelles peuvent porter en elles la fraternité nécessaire au gommage des conséquences néfastes d'une différence. Or, l'Etat doit faire en sorte que cette fraternité puisse s'exprimer, ce qui ne peut se faire que par la combinaison d'une réalisation de l'égalité par la protection de la différence en cause. Il doit aménager les relations interindividuelles de telle sorte que l'égalité réelle puisse être réalisée tout en offrant assez de latitude pour que l'élan de fraternité puisse pleinement s'exprimer. En ce sens, c'est la volonté des acteurs privés qui doit être mise en avant dans l'obligation positive diagonale de réaliser l'égalité par la fraternité.

## §2. Une liberté fraterne, moteur des discriminations positives

**449** - L'égalité et la liberté ne sont pas seulement liées par leur proximité dans la devise républicaine. Elles entretiennent des relations très fortes<sup>2155</sup> et souvent particulièrement conflictuelles lorsqu'il s'agit de les mettre en œuvre. Le respect de l'une va souvent à l'encontre de l'effectivité de l'autre et pourtant, l'une ne peut se concrétiser sans l'autre<sup>2156</sup>. « *Elles s'affaiblissent alors l'une l'autre*<sup>2157</sup> ». La mise en œuvre des discriminations positives est une illustration de plus de la nécessité de réguler la liberté pour arriver à l'égalité. Le déficit d'égalité de certaines catégories d'individus se concrétise par un manque de liberté. Soit, ce dernier provient directement de la loi, soit il s'explique par une trop grande liberté offerte aux autres acteurs privés qui ont alors l'opportunité de concrétiser leurs préjugés. La

---

<sup>2155</sup> G. Perez-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Série Droit, n° 38, p. 255.

<sup>2156</sup> F. Monconduit, *Liberté et égalité dans la pensée d'Alexis de Tocqueville*, in « Le pouvoir », Mélanges offerts à Georges Burdeau, LGDJ, Paris, 1977, p. 315 : « *Tocqueville est ainsi convaincu que la liberté ne peut être sans l'égalité. Mais simultanément il pressent que le processus égalitaire porte en lui un certain nombre de menaces qui risquent d'étouffer la liberté* ».

<sup>2157</sup> E. Dockès, *Valeurs de la démocratie. Huit valeurs fondamentales*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2005, p. 2.

latitude laissée à certains explique l'inégalité dont souffrent les autres. Les discriminations positives s'attachent donc à réguler cette double dimension de l'égalité et de la liberté (A.). Une fois de plus, c'est la fraternité qui peut permettre cette transformation des relations sociales, car la fraternité est également une forme particulière de liberté qui peut se matérialiser avec les discriminations positives (B.).

#### A. Les discriminations positives en tant que régulation de l'égalité par la liberté

**450** - Même si la réflexion autour de cette dialectique entre liberté et égalité existe depuis longtemps - avec Tocqueville<sup>2158</sup> notamment -, elle a été renouvelée par John Rawls<sup>2159</sup> pour devenir aujourd'hui « *un pont-aux-ânes de la pensée politique* <sup>2160</sup> ». Rawls a mis en avant le « *souci d'allier un traitement juste des inégalités avec le refus de sacrifier la liberté des individus et leur égalité juridique* <sup>2161</sup> ». En ce sens, le traitement inégalitaire était vu avec circonspection par l'auteur qui voulait préserver à tout prix le « *bien premier* » qu'est la liberté<sup>2162</sup>. Les rapports entre ces deux principes seraient alors uniquement hiérarchiques. Pourtant, les discriminations positives réussissent à les réunir autour de la protection de personnes victimes de discriminations. Elles font partie des mesures qui associent liberté et égalité « *pour œuvrer dans une même direction* <sup>2163</sup> ».

**451** - Le besoin d'une discrimination positive met en avant les lacunes d'une égalité uniquement fondée sur une règle générale et indéterminée. A raison de discriminations passées et présentes, un individu peut ne pas « *jouir de droits dont il a été reconnu titulaire* <sup>2164</sup> ». L'action des discriminations positives doit porter sur la jouissance de ces

---

<sup>2158</sup> F. Monconduit, *Loc. cit.*

<sup>2159</sup> P. Bouretz, *Sur la philosophie politique du principe d'égalité*, in Conseil d'Etat, « Rapport public 1996 sur l'égalité », La documentation française, 1997, p. 477 ; Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 19.

<sup>2160</sup> J. Robelin, *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, 1994, p. 232.

<sup>2161</sup> P. Bouretz, *Loc. cit.*

<sup>2162</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 19.

<sup>2163</sup> E. Dockès, *Op. cit.*, p. 2.

<sup>2164</sup> A. Pizzorusso, *Le principe d'égalité dans la doctrine et dans la jurisprudence italienne*, in « Rapport public 1996 sur l'égalité », Conseil d'Etat, la Documentation française, 1997, p. 451.

droits<sup>2165</sup>. La discrimination empêche la victime de pouvoir jouir du droit en cause. La mesure qui réagit face à cet état de fait doit donc permettre au discriminé d'avoir la liberté de jouir dorénavant de son droit. Par exemple, il est souvent reproché à l'égalité des droits en matière de culte « *de ne pas garantir suffisamment l'égalité réelle entre les cultes et la liberté effective de tous les fidèles* »<sup>2166</sup>. Que la discrimination en cause soit directe ou indirecte, elle a pour conséquence directe l'absence ou la limitation de la liberté. Les discriminations positives, qui ont pour but de lutter contre ces discriminations, ne sont donc pas des mesures qui restreignent la liberté de la personne. Au contraire, elles doivent rétablir la liberté, jusqu'ici bafouée, de la personne discriminée.

**452** - Il faut avouer que chaque fois que le législateur intervient en matière d'égalité afin de la réaliser dans les faits, il le fait « *au détriment de la liberté* »<sup>2167</sup>. Cependant, il faut différencier la liberté de chacun. Certes, la protection des mineurs passe par une interdiction pour eux de conclure certains actes, mais c'est leur propre liberté qui est remise en cause, à la seule fin de les protéger contre leur « *manque de maturité et d'expérience* »<sup>2168</sup>. Dans ce cas, c'est la personne sujet de la protection qui voit sa liberté restreinte. Au contraire, en matière de discriminations positives, c'est la personne susceptible d'exercer la discrimination qu'il s'agit de combattre qui voit sa liberté encadrée. C'est l'employeur qui doit porter une attention particulière au sexe du candidat pour ne pas discriminer à l'embauche les candidats féminins, ce sont les partis politiques qui doivent présenter des candidats des deux sexes sur leurs listes. La liberté de la personne à protéger est préservée. En prenant l'exemple des femmes sur le marché du travail, il s'agit de leur donner « *tous les moyens d'exercer un libre choix, choix de travail, choix du métier, choix de l'engagement politique ou syndical* »<sup>2169</sup>. Ici, la revendication égalitaire « *exprime le besoin d'une liberté, également ouverte à tous, de juger et de décider* »<sup>2170</sup>. La liberté est avant tout « *un pouvoir de choix, que l'on ne saurait*

---

<sup>2165</sup> A. Bredimas, *Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « Nouvelles formes de discriminations », sous la direction de L-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284.

<sup>2166</sup> E. Forey, *L'égalité des cultes : un principe en évolution ?*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 41.

<sup>2167</sup> V. Larribau-Terneyre, *La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste*, in « Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle », Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 83.

<sup>2168</sup> M. Schmitt, *La protection de l'enfant au travail en droit français*, AJ Famille, 4/2006, p. 132.

<sup>2169</sup> M. Miné, *Droit et discrimination sexuelle au travail*, entretien avec C. Coste, Cités, 2002, n°9, p. 91.

<sup>2170</sup> J-C. Colli, *Libérez l'égalité*, Coll. Les idées de la liberté, La Table Ronde, 1982, p. 95.

*réduire au-delà d'une certaine limite*<sup>2171</sup>». Les discriminations positives ont donc pour but de restaurer l'égalité de chacun en préservant avant tout la liberté de choix de tous.

**453** - Elles s'inscrivent dans l'affirmation selon laquelle « *la véritable liberté suppose l'égalité*<sup>2172</sup>». Les mesures égalitaires telles que les discriminations positives ont pour mécanisme principal de rétablir la liberté de chacun afin de parvenir à l'égalité. Il s'agit de faire en sorte que chacun soit « *l'auteur de sa vie*<sup>2173</sup> » en lui assurant une certaine émancipation<sup>2174</sup> face à la domination exercée. C'est ainsi que le Comité des droits de l'homme fustige la législation australienne qui ne permet pas à un homosexuel de bénéficier d'une pension pour ancien combattant de son compagnon décédé au motif qu'ils n'étaient pas mariés, alors que le droit australien interdit par ailleurs aux couples homosexuels de se marier. Pour le Comité, il n'est pas logique de procéder à un traitement identique de la situation des couples hétérosexuels qui ont le choix de se marier ou non, avec les couples homosexuels qui ne bénéficient pas d'un tel choix. Il existe donc bien à cet égard une discrimination<sup>2175</sup>. La même argumentation est suivie par le tribunal de première instance de La Haye. Dans une décision de 1995<sup>2176</sup>, un étranger qui vivait depuis plusieurs années avec un hollandais, demandait un permis de séjour. Il lui a été refusé au motif que son compagnon n'avait pas de revenus suffisants. Cela n'aurait pas été le cas si ces compagnons avaient été mariés. Malheureusement pour eux, le droit hollandais refusait à l'époque le mariage entre homosexuels et se trouvaient en conséquence dans l'impossibilité de remplir les conditions légales posées<sup>2177</sup>. A l'instar du Comité des droits de l'homme, le tribunal de première instance de la Haye conclut à l'existence d'une discrimination en la matière. Dans les cas analysés, le déséquilibre entre les libertés laissées à chacun conduit à une discrimination. « *Dans le cas des unions homosexuelles, en leur refusant le droit de contracter un mariage, le législateur ordinaire ne lui pas donné d'autre choix que celui du couple de fait. Dans le cas des unions hétérosexuelles, le couple de fait est une expression de l'exercice d'une liberté ou*

---

<sup>2171</sup> J-M. Verdier, *En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme*, in « Les orientations sociales du droit contemporain », Ecrits en l'honneur de Jean Savatier, PUF, 1992, p. 427.

<sup>2172</sup> D. Lochak, *Egalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 39.

<sup>2173</sup> F. Dubet, *Les inégalités multipliées*, Editions de l'Aube, 2000, p. 46.

<sup>2174</sup> Sur cette notion : G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 19.

<sup>2175</sup> Comité DH, 06.08.2003, Edward Young c/ Australie, Obs. J-P. Marguénaud, RTDCiv., Chr., 2004, p. 376.

<sup>2176</sup> Tribunal Première Instance, La Haye, 24.10.1995, *Migrantenrecht*(1996). Cette décision sera confirmée par la Chambre centrale du Tribunal de Première Instance, La Haye, 29.10.1997, *Migrantenrecht*(1997). Pour un commentaire sur ces décisions : K. Waaldijk, *La libre circulation des partenaires de même sexe*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 210.

<sup>2177</sup> M. Waaldijk remarque à cet égard que les partenaires avaient conclu un contrat de cohabitations qui reprenait des droits et obligations similaires au mariage.

*d'un droit, celui de constituer une famille sans soumettre ses relations au régime juridique commun préétabli par le législateur*<sup>2178</sup>». Effacer la discrimination revient à donner une égale liberté aux membres de chaque ensemble considéré. L'égalité, si elle ne peut être parfaite entre un couple homosexuel et un couple hétérosexuel se fait en égalité de choix, or, comme nous l'explique M. Antoine Mazeaud, « *dans tout choix, il y a un arbitraire, une part de bonheur*<sup>2179</sup>». Refuser le choix à certains n'est pas seulement inégalitaire, mais revient à leur refuser toute possibilité de bonheur.

**454** - Lorsque la discrimination provient des attitudes individuelles et non directement de la loi, la problématique du respect de la liberté et de l'égalité est la même. Les membres de groupes discriminés se trouvent limités dans leurs choix de vie. Par exemple, les femmes qui veulent faire une carrière sont de fait limitées dans ce choix à cause de la persistance du « *plafond de verre*<sup>2180</sup> ». De même, si nous prenons le cas de la population noire aux Etats-Unis, elle fait face à des barrières matérielles empêchant pour beaucoup la réalisation de choix de vie : « *Les femmes et les hommes noirs, les garçons et les filles noirs ne sont pas libres de choisir les rôles (...) où les autres membres de la société les classent d'office* ». « *Ils sont noirs, et aucun trait de leur personnalité, aucune appartenance ou aucune ambition n'influera autant la manière dont ils seront perçus et traités par les autres américains, et n'affectera autant le type et la variété des vies qui leur seront accessibles* »<sup>2181</sup>. A cet égard, la mise en place en 1999 de la loi sur le PACS<sup>2182</sup> répond à cette aspiration à la liberté. Même si le texte de la loi brouille quelque peu les pistes en faisant du PACS une possibilité de constitution légale de couple, aussi bien pour les homosexuels que pour les hétérosexuels<sup>2183</sup>, cette nouvelle institution permet aux couples homosexuels d'avoir le choix entre le concubinage, situation de fait<sup>2184</sup>, et une union encadrée juridiquement. Dans le même temps, la loi de 1999 a permis aux homosexuels d'avoir une alternative, ce qui n'était pas le cas

---

<sup>2178</sup> N. Pérez-Canovas, *Homosexualité et union homosexuelle dans le droit espagnol*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 231.

<sup>2179</sup> A. Mazeaud, *Rapport français sur la discrimination dans la vie du travail*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 351.

<sup>2180</sup> A-L. Colmou, *Rapport du ministre de la fonction publique sur l'encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes*, La Documentation française, 1999.

<sup>2181</sup> R. Dworkin, *Une question de principe*, PUF, 1996, p. 368.

<sup>2182</sup> Loi, 15.11.1999, n° 99-944, Loi relative au pacte civil de solidarité.

<sup>2183</sup> Article 515-1 du Code civil : « *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

<sup>2184</sup> Même si la conséquence de la création du PACS a été de définir juridiquement le concubinage : Article 515-8 du Code civil : « *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

auparavant, et aux hétérosexuels d'augmenter les branches de l'alternative puisqu'ils ont le choix entre le concubinage, le mariage et le PACS. Ce n'est donc pas à proprement parler un rattrapage égalitaire puisque les homosexuels ont toujours moins de choix, et donc de liberté, que les hétérosexuels, même s'ils ont plus de liberté qu'auparavant. La création de cette nouvelle forme d'union permet un développement de la liberté de chaque personne, malgré la persistance d'une interdiction pour les homosexuels de se marier. Il est toutefois nécessaire d'analyser les modifications affectant le régime initial du PACS. En effet, depuis 1999, les changements apportés vont dans le sens d'une relation toujours plus forte avec le mariage, notamment quant aux avantages fiscaux et sociaux<sup>2185</sup>. Il est difficile de considérer la création du PACS comme une mesure de discrimination positive puisque ce n'est pas véritablement une différence de traitement - les couples hétérosexuels et homosexuels étant également visés -, mais cela montre combien c'est la liberté des personnes discriminées qu'il s'agit avant tout de développer et non de l'effet qu'a la mesure sur les autres personnes. Ici, les deux ensembles trouvent une nouvelle opportunité dans la constitution de leur couple.

**455** - Malgré tout, si la liberté peut parfois être considérée comme atteinte par ce type de mesure, ce n'est que concernant la personne qui a le pouvoir de discriminer. Il est d'ailleurs étonnant de constater que Daniel Sabbagh, traitant des discriminations positives dans l'œuvre de John Rawls et de leurs rapports à la liberté<sup>2186</sup>, se fonde sur la liberté de l'auteur éventuel de la discrimination et non de la personne discriminée. Pour l'auteur, il s'agit de savoir si « *le préjudice subi par certains du fait de l'affirmative action constitue une violation du premier principe de justice qui prévoit l' "égalité des libertés de base pour chacun", ce qui rendrait la politique en question ipso facto illégitime* ». Certes, la liberté de ces personnes est atteinte, mais ce n'est pas le point de référence central des discriminations positives. Leur action porte sur une situation où la liberté et l'égalité sont biaisées par des agissements discriminatoires et tente de rétablir un équilibre quant à ces deux notions. Le respect absolu de la liberté des personnes qui peuvent discriminer constitue l'origine d'une discrimination sociétale. Dans ce cas, il s'agit de réduire leur marge de manœuvre afin de réduire les possibilités de discrimination. Le fait de se référer à cette liberté pour évaluer la légitimité des

---

<sup>2185</sup> Décret, 03.02.2000, n° 2000-97, Décret portant application de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité en matière de prestations sociales et de sécurité sociale et modifiant le code de la sécurité sociale, avec notamment les dispositions relatives à la détermination du revenu minimum d'insertion et à l'allocation de revenu minimum d'insertion. Voir également loi, 30.12.2005, 2005-1719, Loi de finances pour 2006 et Loi, 23.06.2006, n° 2006-728, Loi portant réforme des successions et des libéralités. Sur cette évolution : P. Simler et P. Hilt, *Le nouveau visage du pacs : un quasi-mariage*, JCP, 2006, I, 161.

<sup>2186</sup> D. Sabbagh, *Les politiques de discriminations positives et la théorie de la justice de John Rawls*, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n° 29, 1999, p. 177.

discriminations positives, comme le fait Daniel Sabbagh, pose deux difficultés. D'une part, il s'agit surtout de rétablir la situation des discriminés en favorisant leur liberté de choix. D'autre part, l'observation de la liberté donnée aux autres permet de déterminer à quel point cette dernière peut provoquer des situations déséquilibrées. Le rattrapage égalitaire est de ce point de vue analogue à ce qui est fait en matière contractuelle afin de protéger la partie faible. C'est la liberté de la partie forte qui est limitée afin de rétablir dans les faits celle de la partie faible. Ce rétablissement ne correspond finalement qu'au cadre de la liberté telle que définie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* <sup>2187</sup> ». L'analyse de la protection de la liberté doit se faire de manière globale et non seulement en fonction de l'encadrement de la liberté de celui qui décide. Il ne s'agit pas tant de limiter une liberté que de rendre une liberté effective. En ce sens, les discriminations positives renforcent les relations entre l'égalité et la liberté en s'appuyant sur la considération selon laquelle l'égalité n'a de sens que si elle s'adosse au principe « *solide* » de la liberté<sup>2188</sup>. Le sentiment d'égalité dépend avant tout de « *l'exercice des libertés polyvalentes, ouvertes à chaque individu* <sup>2189</sup> » et dépend des choix laissés à chacun puisque « *les ressources de liberté sont constitutives des choix, elles ouvrent des possibilités effectives d'action, y compris contre la tradition* <sup>2190</sup> ». Refuser les discriminations positives n'est pas seulement constitutif d'une renonciation à une égalité effective pour les individus actuellement discriminés, mais aussi à une liberté effective en termes de choix. Au contraire, une différenciation positive dans un contexte de discrimination au sein de la société permet de réaliser à la fois l'égalité et la liberté. Ces mesures doivent permettre aux individus « *de choisir librement leurs plans de vie* <sup>2191</sup> », ce que l'on peut nommer également leur « *éthique privée* <sup>2192</sup> ».

**456** - Cependant, pour que cette réalisation soit effective, il faut que cette nouvelle liberté retrouvée par les membres du groupe actuellement discriminé ne préjuge pas de leur choix. L'ancien préjugé discriminatoire ne doit pas céder sa place à un autre préjugé. Cet

---

<sup>2187</sup> Sur cet article : J. Morange, *Liberté*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 945.

<sup>2188</sup> J-C. Colli, *Libérez l'égalité*, Coll. Les idées de la liberté, La Table Ronde, 1982, p. 87.

<sup>2189</sup> Ibid., p. 95.

<sup>2190</sup> J. Robelin, *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, 1994, p. 206.

<sup>2191</sup> G. Perez-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Série Droit, n° 38, p. 281.

<sup>2192</sup> Ibid.



aspect des discriminations positives est parfaitement résumé par l'article 3-1 de la Convention cadre pour la protection des minorités nationales<sup>2193</sup> : « *Toute personne appartenant à une minorité nationale a le droit de choisir librement d'être traitée ou de ne pas être traitée comme telle et aucun avantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés* »<sup>2194</sup>. La discrimination positive a pour but de faire entendre les désavantages liés à certaines caractéristiques et rétablir une égalité par la liberté, elle ne doit donc pas inverser la situation et doit préserver la situation de chacun<sup>2195</sup>. Afin de retrouver pleinement la liberté des personnes désavantagées, la discrimination positive doit être participative lors de son application afin de ne pas présumer des choix des personnes protéger et de respecter efficacement leur liberté. Pour parfaire son action, elle doit également être participative dans son élaboration. La meilleure façon de préserver la liberté de chacun étant d'analyser directement les besoins des personnes visées. D'ailleurs, les autorités semblent avoir pris conscience de cette nécessité puisque la loi de modernité sociale de 2002<sup>2196</sup> prévoit la création d'un conseil national consultatif des personnes handicapées destiné à faire participer ces dernières pour la mise en œuvre des normes les concernant<sup>2197</sup>. Nous rejoignons ici l'idée de François Stasse<sup>2198</sup> selon laquelle « *l'aide auto-active est mieux acceptée et, dès lors, plus efficace qu'une aide octroyée passivement* »<sup>2199</sup>. Cette nécessité participative ne s'explique que par le rapport très ténu qu'entretiennent les discriminations positives avec la liberté.

Les discriminations positives, lorsqu'elles respectent les caractéristiques que nous venons d'étudier, ne sont pas autre chose que ce que Michelet appelait « *le génie social* », c'est-à-dire « *la liberté dans l'égalité* »<sup>2200</sup>. Les autres acteurs peuvent aussi retrouver une certaine forme de liberté amenée par l'exercice de la fraternité.

---

<sup>2193</sup> Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 01.11.1995.

<sup>2194</sup> Sur ce point voir également : Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Rapport sur la protection des droits des minorités*, 05.06.1996, Doc. 7572.

<sup>2195</sup> Nous retrouvons ici l'idée de discrimination inversée.

<sup>2196</sup> Loi, 17.01.2002, n° 2002-73, Loi de modernisation sociale.

<sup>2197</sup> Article L. 146-1 du Code de l'action sociale et des familles. Sur cette initiative : E. Aubin, *L'essentiel du droit des politiques sociales*, Gualino éditeur, Coll. Les carrés, 2005, p. 28.

<sup>2198</sup> F. Stasse, *Pour les discriminations positives*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 119.

<sup>2199</sup> L'auteur explique en effet que « *l'expérience de tous les professionnels et de toutes les associations qui viennent en aide aux personnes en difficulté est que la participation active de ces personnes à la définition des actions susceptibles de les aider efficacement ainsi qu'à leur mise en œuvre accroît les chances de succès* ».

<sup>2200</sup> Cité par G. Antoine, *Liberté égalité fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, 1981, p. 148 et s..

## B. Le renouveau de la liberté des acteurs privés par la fraternité

457 - La préservation de la liberté des acteurs qui permettent actuellement la création d'inégalités n'est pas impossible. Le droit connaît déjà certaines formes de limitation de la liberté, notamment en matière contractuelle ce qui permet de donner une base juridique à l'action des discriminations positives. Cette forme de régulation appelée solidarisme contractuel peut donc servir d'appui à ces mesures, mais c'est surtout la notion de fraternité qui va faire de cette action une relance de la liberté. C'est une liberté transformée et qui aide à la réalisation de l'égalité. La notion de solidarisme contractuel justifie donc l'intervention des discriminations positives dans la liberté, tandis que la notion de fraternité permet de rétablir une nouvelle forme de liberté.

### 1. L'appui du solidarisme contractuel

458 - Le solidarisme est une doctrine politique et sociale générale qui représente une voie médiane entre le collectivisme et le libéralisme. C'est une idée que l'on a pu qualifier de « doctrine de l'Etat tranquillisante<sup>2201</sup> » et qui intègre « une étincelle d'humanité<sup>2202</sup> » dans les rapports de droit. Développée notamment par Léon Bourgeois et par Demogue<sup>2203</sup>, cette théorie a eu plus ou moins de succès<sup>2204</sup>, mais il est difficile, dans le droit des contrats du moins, de ne pas constater son existence voire son développement. De plus, cette ampleur propre au droit des contrats peut facilement et utilement se transposer aux discriminations positives en général qui reposent sur des relations interindividuelles. Elles dépassent le cadre du contrat, mais reposent sur le même socle de fraternité nécessaire dans une relation sociale.

---

<sup>2201</sup> N. et A-J. Arnaud, *Une doctrine de l'Etat tranquillisante : le solidarisme juridique*, ADP, 1976, p. 150.

<sup>2202</sup> M. Mercat-Bruns, *Introduction*, in « Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées », sous la direction de M. Mercat-Bruns, Dalloz, Coll. Actes, 2006, p.1.

<sup>2203</sup> L. Grynbaum, M. Nicod, *Avant propos*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004 ; L. Bourgeois, *Solidarité*, Armand Colin, 1896.

<sup>2204</sup> Pour des exemples d'auteurs contemporains proches du solidarisme contractuel : C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDCiv., 1997, p. 357 ; D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?*, in « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à François Terré, PUF, Dalloz, Ed. du juriste, 1999, p. 603 ; C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in « Le contrat au début du XXIème siècle », Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441.

Les obligations sont l'illustration parlante d'une modération de la liberté afin de préserver l'égalité qui peut servir de guide pour la mise en œuvre des discriminations positives. En effet, « *Le solidarisme contractuel apparaît (...) comme un choix éminemment politique : celui de favoriser les personnes se trouvant dans une situation d'infériorité*<sup>2205</sup> ». Cette théorie repose sur ce que les personnes ont en commun et non sur ce qui les différencie<sup>2206</sup>. Le solidarisme met en avant l'idée de collaboration des contractants et nécessite « *d'ériger en principe du droit des contrats les exigences de loyauté, de solidarité et de bonne foi qui doivent conduire les contractants à collaborer entre eux*<sup>2207</sup> ». L'inégalité qui règne entre les contractants au sein de certains contrats demande à la partie forte de faire des efforts supplémentaires en faveur de la partie faible<sup>2208</sup>. Les discriminations positives font donc partie du solidarisme contractuel puisqu'il s'agit de retrouver une égalité dans les faits grâce à un effort de tous les acteurs sociaux. Les discriminations positives reposent sur « *une idéologie politique qui n'est pas incompatible, c'est une litote, avec l'idéal de justice sociale qu'incarne le solidarisme contractuel en matière juridique, de même qu'avec les idées de loyauté, de solidarité et de fraternité dont celui-ci se nourrit*<sup>2209</sup> ». Le solidarisme comporte l'idée de fraternité<sup>2210</sup> et renferme une forte valeur morale. Cette idée est une partie intégrante et importante des discriminations positives. Néanmoins, c'est la fraternité qui doit être mise en avant dans ce cas précis car c'est le ressort principal de la lutte contre les conséquences des préjugés, et dans une certaine mesure, contre les préjugés eux-mêmes. Les discriminations positives sont un aménagement de la liberté dans un but de retour à l'égalité de fait, au sens du solidarisme contractuel, mais dont le socle principal dépasse la solidarité en s'appuyant de manière prépondérante sur la fraternité. La force de cette dernière notion explique un

---

<sup>2205</sup> M. Nicod, *Solidarisme contractuel et couple*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, *Economica*, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004, p. 135.

<sup>2206</sup> C. Radé, *Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ?*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, *Economica*, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004, p. 43.

<sup>2207</sup> L. Grynbaum, *La notion de solidarisme contractuel*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, *Economica*, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004, p. 25.

<sup>2208</sup> Sur les formes que peuvent prendre la limitation de la liberté de la partie forte du contrat : « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges », sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996 ; F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant, 1995.

<sup>2209</sup> D. Mazeaud, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, *Economica*, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004, p. 57.

<sup>2210</sup> Cette notion a été mise en avant surtout par Denis Mazeaud et Michel Borgetto : D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?*, in « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à François Terré, PUF, Dalloz, Ed. du juriste, 1999, p. 603 ; M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. La passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 170, 1993.

solidarisme inédit qui insuffle une nouvelle forme de liberté pour le destinataire de la discrimination positive.

## 2. Un solidarisme consenti encadré

**459** - Les discriminations positives oscillent donc entre « *solidarisme consenti* » ou chacun collabore de sa propre volonté et « *solidarisme contraint* » qui répond à un « *impératif social* »<sup>2211</sup>. Le solidarisme contraint est celui qui modifie le plus sensiblement la liberté des acteurs. La protection de la partie faible du contrat représente une figure marquante de cette forme de solidarisme par les restrictions de liberté subies par la partie forte. Le droit de la consommation avec les clauses abusives ou encore le contrat de crédit à la consommation relève de cette politique autoritaire<sup>2212</sup>. Les discriminations positives relèvent sans nul doute pour partie de cette orientation stricte du solidarisme puisque la mise en place de quotas ou de pourcentages de présence de femmes ou de personnes handicapées restreignent la liberté de l'employeur ou du parti politique. L'encadrement de l'activité se fait par un amoindrissement forcé de la liberté de la catégorie à l'initiative de la discrimination actuelle. Pour être efficaces, les discriminations positives doivent allier contrainte et limitation de la liberté, puisque c'est cette même liberté qui permet la discrimination, tout en mettant en avant la fraternité. Cette dernière requiert une certaine volonté de la part des acteurs en vue de faire évoluer la situation égalitaire. Cette dynamique ne peut cependant se faire sans cadre juridique puisqu'une trop grande liberté peut être synonyme ici d'inégalité. Le droit doit définir les possibilités d'action des acteurs privés afin de parfaire l'action égalitaire et d'éliminer toute discrimination nouvellement créée. Ce solidarisme consenti, encadré, modifie les obligations de l'Etat car l'obligation de réaliser l'égalité passe par une obligation de respecter l'égalité recherchée par les actions de particuliers. C'est alors le droit pénal qui est intéressé afin que ces initiatives puissent perdurer. La priorité est ainsi donnée aux actions privées dont les entreprises de tendance peuvent servir d'exemple. Cela n'est pas suffisant

---

<sup>2211</sup> Sur ces différentes notions : L. Grynbaum, M. Nicod, *Avant propos*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004 ; L. Bourgeois, *Solidarité*, Armand Colin, 1896.

<sup>2212</sup> G. Raymond, *Solidarisme contractuel en droit de la consommation*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004, p. 107.

pour une véritable mise en œuvre des discriminations positives dans la fraternité. Il faut que l'Etat s'engage sur la voie de l'encouragement de ce type d'initiative. La mise en œuvre des discriminations positives impose donc au droit pénal de ne pas considérer les discriminations positives d'origine privée comme des discriminations au sens du Code pénal, et impose à l'Etat une action d'encouragement de ces mesures particulières en leur offrant un cadre.

#### **a. Le droit pénal, défenseur de l'action privée fraternelle**

**460** - Des employeurs ou des partis politiques, pour ne citer que les exemples les plus évidents peuvent, de leur propre initiative, choisir de mettre en place des discriminations positives internes à leur structure. Le but est légitime puisqu'il s'agit de participer au rétablissement de l'égalité par sa propre volonté. On saurait difficilement reprocher à un employeur de privilégier, au-delà du quota légal, l'embauche de personnes handicapées tant l'action semble juste et justifiée au regard de leur situation actuelle. Cependant, il ne faut pas négliger le rôle du droit pénal en la matière. De sa définition des discriminations dépendra la qualification pénale de tels agissements privés. C'est l'intention qui doit être définie ici afin de qualifier les discriminations positives d'origine privée de discrimination. A ce stade du raisonnement, la jurisprudence relative aux entreprises de tendance devrait servir de point de départ à une orientation du droit pénal.

##### α. L'absence d'intention discriminatoire

**461** - L'article 225-1 du Code pénal est ainsi rédigé : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à*

*une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Le choix des termes est important car la discrimination est une simple distinction. La seule information claire est que la distinction est opérée en fonction des critères énumérés<sup>2213</sup>. Il s'agit donc simplement du mobile de l'agissement. Le Code pénal reste muet sur l'orientation que doit prendre cette distinction, ce qui peut entraîner des difficultés puisque discrimination et distinction ne sont pas des synonymes parfaits. La connotation de la première notion est fortement péjorative, tandis que la seconde est plus neutre. Si le Code pénal s'en tient à cette simple analogie, il faut considérer que la discrimination positive est une discrimination puisqu'elle opère une distinction suivant un mobile inscrit dans la liste de l'article 225-1 du Code pénal. Cette interprétation voue à l'échec toute initiative privée. Cependant, la distinction ne peut être prise en compte que dans certaines circonstances : celles qui provoquent un préjudice pour la personne victime du comportement<sup>2214</sup>. L'admission des circonstances aggravantes lorsqu'une infraction a un caractère raciste vient appuyer la thèse d'une orientation négative de la distinction pour qu'elle puisse être retenue comme discrimination. L'article 132-76 indique que la circonstance aggravante est constituée lorsque l'infraction « *est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont elle fait partie, à raison de leur appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* »<sup>2215</sup>. La discrimination suppose la dévalorisation d'une personne par son appartenance à une catégorie présentant une différence, or, la discrimination positive n'est en aucun cas un acte de dénigrement d'une personne en fonction de son appartenance, mais au contraire une pleine reconnaissance de la différence dans un but égalitaire. De même, pour les personnes exclues du bénéfice de l'action positive, l'appartenance à une catégorie n'est pas un facteur de dénigrement de la personne. Elle est exclue simplement et objectivement parce qu'elle ne correspond pas au profil déterminé par l'initiateur de la mesure. Toutefois, il a été jugé par une Cour d'appel qu'une convention emploi-jeune visant à recruter un animateur qui « *devrait appartenir à une famille issue de l'immigration* » constitue une offre d'emploi discriminatoire<sup>2216</sup>. C'est une « *conception*

---

<sup>2213</sup> G. Roujou de Boubée, J. Francillon, B. Bouloc, Y. Mayaud, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 336.

<sup>2214</sup> Article 225-2 du Code pénal.

<sup>2215</sup> Sur ce point : F. le Gunehec, *Institution d'une circonstance aggravante de racisme*, JCP, G., 2003, Act., 252 ; F. Desportes, F. le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 2005, p. 445.

<sup>2216</sup> CA Nîmes, 22.11.2002, D., 2003, Somm., 2920.

*purement objective du principe d'égalité*<sup>2217</sup>» qui est consacrée ici, mais qui relève d'une certaine hypocrisie. L'employeur peut légalement recourir à une convention emploi-jeune qui n'est autre qu'une distinction faite en fonction de l'âge afin d'aider les jeunes travailleurs généralement discriminés sur le marché du travail à trouver un poste. Cette démarche relève d'une politique de discrimination positive légalement encadrée qui reste à l'initiative de l'employeur. En revanche, l'initiative plus approfondie qui tient compte d'une double discrimination en fonction de l'âge et de l'origine ne peut être validée. La seule différence est que la première initiative est encadrée légalement, la seconde ne l'est pas. Pour autant cela ne modifie en rien le critère de l'intentionnalité. Une telle jurisprudence peut donc difficilement être soutenue. L'ambiguïté pourrait être définitivement levée, soit en acceptant de telles mesures, soit en encadrant juridiquement ce type d'action. Le droit pénal a donc un rôle moteur dans la considération des discriminations positives. De sa conception de la discrimination dépend la mise en œuvre d'origine privée des discriminations positives. Son rôle est primordial dans l'efficacité d'une politique de discrimination positive car une répression de ces mesures signifierait une négation de la fraternité et un amoindrissement des résultats bénéfiques de la politique égalitaire dans son ensemble. Il reste cependant un domaine dans lequel le droit pénal ne peut que s'incliner face aux discriminations positives d'origine privée, celui des entreprises de tendance.

### β. Les entreprises de tendance, moteur de l'initiative privée

**462** - Les entreprises de tendance sont des entreprises « *dont l'objet est de défendre une opinion politique syndicale, ou religieuse*<sup>2218</sup> ». Leur objet étant particulier, elles obéissent à des règles spécifiques, notamment en matière de discrimination. En effet, une personne peut être licenciée si son attitude ne correspond pas à celle attendue dans l'entreprise en considération de son objet<sup>2219</sup>. Cette attitude, qui relève normalement d'un acte

---

<sup>2217</sup> A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec – Jurisclasseur, 3<sup>ème</sup> édition, 2004, p. 364. Voir également : D. Borillo, *Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination*, RFAS, 2002/1, p. 115.

<sup>2218</sup> E. Dockès, *Valeurs de la démocratie. Huit valeurs fondamentales*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2005, p. 52.

<sup>2219</sup> La Cour de cassation a ainsi admis le licenciement d'un professeur d'école privée catholique qui était divorcé puis remarié : Cass. AP, 19.05.1978, Dame Roy, D. 1978, p.541, concl. R. Schmelck et note P. Ardant.

discriminatoire, ne le sera pas ici car la défense de la religion est justement l'objet de l'association culturelle<sup>2220</sup>. La religion « *constitue un élément fondamental de l'entreprise elle-même et peut être prise en considération dans les relations du travail* »<sup>2221</sup>. Dès lors, « *il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* »<sup>2222</sup>. Si une personne peut être licenciée dans ce cadre alors que cela atteint sa vie privée, il faut aussi admettre que l'embauche peut se faire selon les mêmes termes. Autrement dit, un employeur peut trier les candidatures à un poste en fonction de l'objet de son entreprise. Les caractéristiques qui relèvent normalement de critères de distinction interdits devraient pouvoir être pris en compte lors de l'embauche, comme ils le sont lors du licenciement. L'atteinte à la vie privée du candidat ne devrait pas être considérée, comme il en va pour celle du salarié licencié. Dans ce cas, les entreprises de tendances peuvent avoir recours aux discriminations positives lors de l'embauche. Si cela peut être qualifié de discrimination dans une entreprise classique, et encore nous avons démontré que cela était particulièrement critiquable, il n'y a en revanche aucune raison pour que cela soit de même dans les entreprises de tendance. La religion, le sexe ou encore le handicap peuvent constituer des motifs d'embauche car ces données sont en relation avec l'objet de l'entreprise. Une entreprise qui a pour objet l'intégration des personnes handicapées sur le marché de travail, et leur propose une aide dans leur vie quotidienne, doit pouvoir embaucher en priorité des personnes handicapées et rejeter des personnes ne souffrant d'aucun handicap sans que cela constitue une discrimination. Il s'agirait dans ce cas d'une politique d'embauche classique, sans discrimination positive, qui paraît choquante et injuste. D'ailleurs, le droit communautaire semble admettre cette possibilité, du moins pour les entreprises confessionnelles, dans la directive 2000/78/CE sur l'égalité<sup>2223</sup> puisque l'article 4-2 indique que « *Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en*

---

<sup>2220</sup> E. Dockès, *Op. cit.*, p. 52.

<sup>2221</sup> *La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France*, Rapport du Conseil constitutionnel, XIème conférence des cours constitutionnelles, 1998, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/internat/liberg.rtf/>.

<sup>2222</sup> Cass. Soc., 17.04.1991, Pensecq c/ Association fraternité St Pie X, Bull. I, n° 201. Sur cette jurisprudence : E. Dockès, *Op. cit.*, p. 52 ; O. de Tissot, *La protection de la vie privée du salarié*, DS, 1995, p. 222 ; *La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France*, Rapport du Conseil constitutionnel, XIème conférence des cours constitutionnelles, 1998, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/internat/liberg.rtf/>.

<sup>2223</sup> Directive, 27.11.2000, 2000/78/CE, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.



*vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif ».* La directive ne semble pas faire de distinction entre le licenciement et l'embauche. Les entreprises qui défendent les intérêts de personnes appartenant à certaines catégories devraient être les premières à pouvoir effectuer une politique de recrutement en fonction de cet objet. Comment comprendre qu'une entreprise de conseil pour la gestion des carrières professionnelles des femmes refuse d'embaucher ces mêmes femmes et emploie une majorité d'hommes, payé 20 à 25 % de plus que les quelques femmes de l'entreprise? Un programme de discrimination positive n'est pas seulement possible en fonction de l'objet de l'entreprise, mais il fait partie intégrante de sa réalisation. Cela ne devrait pas être seulement perçu comme une éventualité, mais devrait être encouragé, car ces entreprises de tendance peuvent servir de guide aux entreprises classiques et montrer combien l'emploi de personnes souvent rejetées par ailleurs peut s'effectuer en toute sérénité. Pour que cet élan vers les discriminations positives apaise les tensions, et pour qu'il puisse véritablement être efficace, le meilleur moyen est encore un encadrement de l'initiative des particuliers.

#### **b. L'encadrement légal des initiatives des particuliers**

**463** - L'encouragement étatique des actions privées est indispensable à une mise en œuvre efficace des discriminations positives. L'Etat doit participer pleinement à la prise de conscience de l'existence des inégalités et à la nécessité de les combattre, si besoin est, par des politiques de discriminations positives. Un premier pas dans cet encouragement est franchi par la directive de 2006 sur la refonte de la mise en œuvre du principe d'égalité entre

les hommes et les femmes<sup>2224</sup>. Ainsi, « *L'interdiction de toute discrimination devrait être sans préjudice du maintien ou de l'adoption de mesures visant à prévenir ou à compenser les désavantages subis par un groupe de personnes d'un même sexe. Ces mesures autorisent l'existence d'organisations de personnes d'un même sexe, lorsqu'elles ont pour objectif principal de défendre les besoins particuliers de ces personnes et de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes* <sup>2225</sup> ». Ce qui est conforté plus loin par un souci permanent de dialogue entre les différents acteurs que doit chapeauter l'Etat : « *L'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de travail et d'emploi ne peut pas se limiter à des mesures législatives. L'Union européenne et les États membres devraient au contraire continuer à encourager le processus de sensibilisation au problème de la discrimination salariale ainsi qu'un changement des mentalités dans l'opinion publique, et en associant dans toute la mesure du possible toutes les parties concernées, au niveau public et au niveau privé. Le dialogue entre les partenaires sociaux pourrait apporter une contribution importante à ce processus* <sup>2226</sup> ». Le dialogue des partenaires sociaux doit être privilégié afin de progresser plus rapidement vers l'égalité, mais le véritable encouragement de l'Etat proviendrait d'un encadrement des actions individuelles. Le dialogue devrait normalement faire apparaître des initiatives d'origine privée qui mettent en œuvre des discriminations positives et qui doivent être encadrées par les organes étatiques. D'ailleurs, en France, ce type d'initiatives existe. En 2004, l'institut Montaigne, suite à un rapport sur les oubliés de l'égalité des chances, a l'idée de mettre en place une charte de la diversité en entreprise par laquelle les entreprises s'engageraient à mettre en œuvre une politique de recrutement et de gestion du personnel qui prendrait pleinement en compte les différents aspect de la personnalité des salariés<sup>2227</sup>. En effet, le point 3 de cette charte demande aux entreprises de « *Chercher à refléter la diversité de la société française et notamment sa diversité culturelle et ethnique dans [leur] effectif, aux différents niveaux de qualification* ». Cette charte s'intègre dans le plan gouvernemental de cohésion sociale. Les entreprises répondent positivement à cette initiative et plus d'une quarantaine d'entre elles ont mis en place des programmes en rapport avec cette charte. Les politiques sont variées puisque cela va d'une analyse patronymique pour mieux connaître les origines ethniques proposée par le groupe Casino à la mise en place d'une commission

---

<sup>2224</sup> Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, 05.07.2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

<sup>2225</sup> § 21 du préambule de la directive.

<sup>2226</sup> § 38 du préambule de la directive.

<sup>2227</sup> Sur cette initiative : Charte de la diversité dans l'entreprise, Dossier de presses, 22.10.2004, [http://www.social.gouv.fr/htm/pointsur/discrimination/charte221004\\_1.htm](http://www.social.gouv.fr/htm/pointsur/discrimination/charte221004_1.htm).

d'éthique permanente au sein de la SAGEP, mais aussi, plus proche d'une politique de discrimination positive ouverte, un effort particulier au stade du recrutement auquel s'attache la SNCF<sup>2228</sup>. C'est un premier pas non négligeable vers l'égalité dans les faits grâce à un élan de fraternité. La réflexion des entreprises autour de ce thème n'est certainement pas purement altruiste. Le système de la HALDE est aussi un appel du pied lancé aux employeurs afin qu'ils innovent en la matière. «*La meilleure façon d'anticiper ce dispositif "anti-discrimination" passera certainement pour l'employeur, par la mise en œuvre de mesures positives au sein de son entreprise, permettant d'anticiper d'éventuels contentieux devant la HALDE*<sup>2229</sup>». Depuis quelques temps, les discriminations positives se sont installées dans le paysage politique et pour les employeurs, un tel programme peut être une source de communication et de publicité non négligeable. Cependant, l'aspect bénéfique sur l'égalité n'est pas minime. Les grandes entreprises signataires de la charte peuvent servir d'exemple et de guide afin de montrer les possibilités d'actions égalitaires. L'Etat pourrait se servir de cette fraternité pour relancer l'égalité de fait en encadrant plus strictement ce volontariat privé. Pourquoi ne pas créer une charte de l'égalité à laquelle pourraient se rallier les entreprises qui le souhaitent et qui donneraient les résultats en termes de lutte contre les discriminations de manière publique et officielle ? De la même manière qu'il existe des normes de qualité pour permettre aux entreprises de communiquer sur l'excellence de leur résultat et de leur fonctionnement, des normes d'égalité pourraient voir le jour afin que les employeurs puissent montrer leur bonne volonté en la matière. Communication et droits de l'homme devraient ainsi aller de concert malgré des intérêts *a priori* divergents. Le socle de l'action est l'initiative privée avec un élan de fraternité - même s'il n'est pas gratuit -, mais le cadre reste juridique et étatique. Cela permettrait aux élans fraternels de pouvoir s'épanouir, tout en canalisant l'énergie et en s'assurant de la proportionnalité de telles mesures au sein de l'entreprise. Cet effort consenti par les partenaires privés est la meilleure solution pour une progression rapide de l'égalité de fait et de la lutte contre les discriminations, les discriminations positives restant, de ce point de vue, un élément primordial. La fraternité librement acceptée par les acteurs privés, et encadrée juridiquement, reste donc le plus sûr moyen pour l'Etat de remplir son obligation de réaliser l'égalité. Parallèlement cela permet de recouvrer une forme de liberté pour l'employeur que le solidarisme *a priori* ébranlé. Elle ne correspond certainement pas à la liberté initiale de l'employeur d'avoir toute latitude dans le choix de ses salariés et de la gestion de son personnel, cependant il existe ici une marge de

---

<sup>2228</sup> Sur l'ensemble de ces initiatives : *Ibid.*

<sup>2229</sup> T. Guillemain, *La HALDE : halte aux discriminations ?*, D. Trib., 2006, p. 1625.

manceuvre importante dans l'orientation de sa politique de recrutement.

## *Conclusion du Chapitre I*

**464** - Les discriminations positives ont une véritable nature privée au sens où se sont les acteurs privés qui sont le vecteur le plus répandu des préjugés discriminatoires et que ce sont eux qui peuvent faire progresser le plus rapidement l'égalité réelle. Ce rapport privé n'ôte pourtant aucune obligation à l'Etat en matière d'égalité. L'aspect fraternel des discriminations positives demande à l'Etat une réaction différente, mais qui n'en est pas moins dynamique : celle d'encadrer et d'encourager les initiatives privées qui vont dans le sens de l'égalité et qui peuvent inclure des programmes de discrimination positive. De cette manière, la discrimination positive est envisagée et encadrée légalement. Le traitement différent de certaines catégories est juridiquement prévu, le but légitime est toujours présent puisqu'il s'agit de réaliser l'égalité dans les faits, et un contrôle de proportionnalité peut être facilement exercé. Toutes les caractéristiques des discriminations positives sont rassemblées, l'aspect fraternel étant ici primordial. Ce sont les individus qui réalisent l'égalité en fonction de l'identité des autres individus avec lesquels ils sont en contact. La notion de fraternité, alliée à celle de liberté montre que le solidarisme contractuel peut servir de base aux discriminations positives et que ces dernières sont privées autant dans leur esprit que dans leur mise en œuvre.



## Chapitre II

### Une fraternité apaisante

**465** - Elles sont souvent jugées « *problématiques* » car elles « *font produire à un attribut de la personne un effet de différenciation* <sup>2230</sup> ». Elles reviennent à la source même des discriminations, dans leur sens premier de différence et de distinction <sup>2231</sup>. La présence du terme discrimination dans l'expression tend souvent à provoquer une confusion entre le mal et le remède. Pour certains, l'idée de la différenciation est suffisante pour provoquer un rejet de ces mesures. Effectivement, la lecture du simple mécanisme de différenciation provoque irrémédiablement une rupture de l'universalité de la règle de droit, tout en exposant les personnes qui en bénéficient aux jugements de valeurs négatifs spécifiques à la protection explicite d'une catégorie. Néanmoins, le support de la fraternité permet de penser l'action des discriminations positives de manière différente avec un angle de vue inédit. La pleine mise en lumière du *jus fraternitatis* stimulant l'action des discriminations positives dans le sens d'une protection des individus en tant que frères issus d'une même humanité <sup>2232</sup> détruit certaines idées doctrinales émises quant aux risques encourus par la mise en place des discriminations positives. Ces risques sont tout autant relatifs au droit qu'à la société. Afin de décrire les changements opérés par la référence à la fraternité, l'évocation des notions juridiques et sociologiques qui intéressent la mise en œuvre des discriminations positives est nécessaire.

---

<sup>2230</sup> E. Dockès, *Op. cit.*, p. 57.

<sup>2231</sup> Sur ce point : A. Mazeaud, *Rapport français sur la discrimination dans la vie du travail*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 351.

<sup>2232</sup> *Fraternité*, Robert de la langue française.

Il faut dans un premier temps aborder l'aspect purement objectif de la différenciation et la réponse apportée par la fraternité à propos de l'universalisme (Section I.) ; puis, dans un second temps, analyser la fin du contresens également fait sur la mise en valeur de la différence que provoquent les discriminations positives (Section II).

## Section I. La fin d'un contresens sur l'universalisme

466 - L'universalisme<sup>2233</sup>, au même titre que l'individualisme dont il constitue une notion jumelle, est un des piliers du droit moderne et des droits de l'homme<sup>2234</sup>. En France, cette notion relève d'une « *axiologie* <sup>2235</sup> » de la construction du droit. Cela a directement conduit le droit français, quant au problème de l'intégration, à une politique globale d'assimilation<sup>2236</sup>. De même, la Convention européenne des droits de l'homme est fortement marquée par cette conception universaliste<sup>2237</sup>, constituant ainsi le relais européen d'une conception générale des droits de l'homme en tant que droits universels<sup>2238</sup>. Le socle des droits de l'homme reste la consécration de « *droits humains universels* », c'est-à-dire sans distinction au sein de leur définition et de leur mise en œuvre<sup>2239</sup>. Admettre une différenciation, même au nom du respect d'une égalité dans les faits, conduit à rompre cette logique de protection par l'abstraction et l'indétermination des sujets de droit. Les discriminations positives, en créant une différence de traitement juridique, contrediraient cet

---

<sup>2233</sup> Nous utiliserons indifféremment le terme d'universalisme et d'universalité malgré l'existence d'un débat doctrinal sur la singularité de ces deux termes. Voir notamment G. Perez-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Série Droit, n° 38, p. 271.

<sup>2234</sup> « *Il demeure au cœur du modèle républicain* » : B. Stirn, *Les libertés en question*, Montchrestien, Coll. Clefs politiques, 6<sup>ème</sup> édition, 2006, p. 24.

<sup>2235</sup> V. De Rudder, C. Poiret, F. Vourc'h, *L'inégalité raciste. L'université républicaine à l'épreuve*, PUF, 2000, p. 195 ; M-C. Laval-Reviglio, *Egalité et éducation : les discriminations justifiées, l'exemple de Sciences-Po*, in « *Actualité politique et juridique de l'égalité* », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 115.

<sup>2236</sup> *Racisme, ségrégation, discrimination*, <http://www.unice.fr/urmis-soliis/Axe3.html>.

<sup>2237</sup> F. Benoît-Rohmer, *La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ?*, RTDH, 2001, p. 999.

<sup>2238</sup> A. Bredimas, *Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « *Nouvelles formes de discriminations* », sous la direction de L-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284

<sup>2239</sup> N. Rouland, *Chronique d'anthropologie juridique : le temps des minorités*, Droit et cultures, n° 25, 1993, p. 91.



universalisme et devraient donc être toujours refusées<sup>2240</sup>. C'est ici qu'apparaît une ambiguïté dans la conception de l'universalisme retenue. Plusieurs conceptions de l'universalisme coexistent et se confrontent. Avant de savoir si ces mesures sont contraires à l'universalisme, encore faut-il pouvoir définir ce dernier. Les auteurs utilisent le plus souvent une conception qui ôte toute possibilité aux discriminations positives d'être mises en œuvre, mais qui ne correspond pas au travail qui leur est assigné (§1.). Une conception plus pratique permet de considérer les discriminations positives en adéquation avec la recherche de l'universalisme (§2.).

## **§1. Les arguments inefficaces d'une contradiction avec l'universalisme**

**467** - L'universalisme est une notion complexe, « *plurielle* <sup>2241</sup> », qui peut s'entendre de manière différente selon le contexte. Elle représente plusieurs dimensions qu'il faut prendre en considération avant de juger de façon péremptoire si les mesures différenciatrices, dans leur ensemble, sont contraires à cet universalisme. Elle peut s'attacher soit à la forme de la règle de droit (A.), soit à la prise en compte du droit lui-même (B.).

### **A. L'inefficience de l'universalisme de la règle de droit**

**468** - Plusieurs conceptions de l'universalisme ont pu être mises en avant afin de critiquer la mise en œuvre des discriminations positives. Toutes se rejoignent par un absolutisme qui rend difficile toute construction réaliste du droit. A titre d'exemple extrême, Danièle Lochak se réfère uniquement à « *l'universalité de la règle de droit* <sup>2242</sup> ». Utiliser cette

---

<sup>2240</sup> La référence à l'universalisme a constitué pendant longtemps la justification du rejet des discriminations positives en droit français : L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mlin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Tremeau, Dalloz Précis, Coll. Droit public science politique, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, § 425.

<sup>2241</sup> M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(I)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004, p. 26.

<sup>2242</sup> D. Lochak, *Egalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 39 ; D. Lochak, *Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité*, Droit et Cultures, 49, Egalité et

expression à la place de celle d'universalité ou d'universalisme d'un droit ou des droits<sup>2243</sup> est déjà donner un sens particulier à l'universel et concerne directement son contenu. Parler d'universalité de la règle de droit revient à concentrer son attention sur le contenu général et absolu de cette règle de droit. C'est déjà dégager une nécessité d'absence de distinction formelle au sein de la construction de la norme juridique. De ce point de vue, les discriminations positives, comme d'ailleurs toute mesure créant une différence de traitement, sont irrémédiablement contraires à cette notion fondamentale. Danièle Lochak explique effectivement que le droit reconnaissant des droits particuliers à certains groupes le fait renoncer « *non seulement à l'uniformité mais aussi à l'universalité de la règle*<sup>2244</sup> ». « *Il va considérer les individus non plus par rapport à ce qu'ils ont en commun, mais en fonction de ce qui les distingue les uns des autres*<sup>2245</sup> ». Cette idée est reprise par Karine Pavis-Maurice à propos du problème plus spécifique des femmes et de la parité, lorsqu'elle affirme qu' « *en reconnaissant la spécificité des droits des femmes, on heurte du même coup le principe de l'universalisme*<sup>2246</sup> ». L'universalisme serait alors une notion qui se concentre autour des statuts des sujets de droits, ce qui induirait une absence de distinction, et un même statut pour chaque sujet de droit. L'homme devrait être par principe un « *sujet universel et unitaire des droits*<sup>2247</sup> ». Le droit, et les droits de l'homme en particulier, « *s'adressent à tous les hommes sans distinction*<sup>2248</sup> ». La présence de différents statuts, engendrée par une distinction au sein de la règle de droit, serait opposée à l'universalisme. Pourtant, des exemples législatifs démontrent qu'universalité du droit et personnalisation de la situation du sujet de droit peuvent aller de pair. C'est ainsi que la loi sur le handicap de 2005<sup>2249</sup> prévoit un droit à la compensation pour toutes les personnes handicapées tout en prévoyant, pour ce faire, un plan personnalisé suivant les besoins de chacun. Cet exemple nous montre que l'universalité d'un droit n'est pas toujours synonyme d'uniformité. C'est justement grâce à une absence d'uniformité que la protection offerte par ce droit à la compensation peut être considérée

---

Discrimination. Etats-Unis, Europe, France, 2005/1, p. 15. Voir également G. Bach-Ignasse, « *Familles* » et *homosexualités*, in « *Homosexualités et droit* », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 122.

<sup>2243</sup> Pour l'emploi de cette expression : J. de Lucas, *Droits universels, égalité et pluralisme culturel (à propos des droits des minorités culturelles)*, RIEJ, 1994, n° 33, p. 1.

<sup>2244</sup> D. Lochak, *Loc. cit.*

<sup>2245</sup> *Ibid.* ; R. Martin, *L'homme des droits*, RTDCiv, 2000, p. 283.

<sup>2246</sup> K. Pavis-Maurice, *La consécration internationale des droits politiques des femmes et leur mise en place en droit interne : pour une approche critique de la garantie des droits politiques des femmes*, RRJ, n°4, 2001, p.1661.

<sup>2247</sup> R. Martin, *Loc. cit.*

<sup>2248</sup> P. Waschmann, *Les droits de l'homme*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1992, p. 45.

<sup>2249</sup> Loi, 11.02.2005, Loi pour égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, n° 2005-102.

comme universelle car elle permet à toutes les personnes handicapées de pouvoir en bénéficier<sup>2250</sup>.

**469** - Pour aller plus loin, les distinctions selon les sujets de droit n'est une forme de mise en œuvre inédite. Le droit connaît la catégorisation et la segmentation de la règle de droit dans d'autres circonstances que l'application des discriminations positives. La distinction entre les entreprises selon des seuils considérant le nombre d'employés<sup>2251</sup> est une illustration parmi d'autres du manque d'universalisme de la règle de droit qui ne pose pas de difficulté d'acceptation. La distinction faite entre les contractants suivant le droit commun ou l'appartenance du contrat au droit de la consommation, les distinctions faites entre les propriétaires et les locataires relèvent de catégorisation du droit<sup>2252</sup>. De ce fait, la critique qui est faite aux discriminations positives relativement à leur contradiction avec l'universalisme de la règle de droit doit être faite au regard de l'évolution du droit en général vers la catégorisation, et ne constitue pas une justification absolue du rejet des discriminations positives. Les autres conceptions de l'universalisme se heurtent à la même partialité lorsqu'elles sont appliquées à la critique des discriminations positives.

## **B. L'inefficience de l'universalisme du droit**

**470** - L'universalisme s'affirme sur trois plans distincts<sup>2253</sup>. Le premier plan est rationnel et désigne effectivement l'attribution des mêmes droits à tous. Le deuxième plan est temporel et détermine la validité des droits en dehors de toute référence au temps. Enfin, le plan spatial détermine l'extension géographique des droits, qui, pour être universels, doivent dépasser, voire transcender, les frontières des Etats<sup>2254</sup>. L'analyse et la critique des discriminations positives que nous avons rencontrées jusqu'à présent ne semblent porter que sur le plan rationnel de l'universalisme. Or, les deux autres plans montrent que les discriminations positives ne sont pas contraires à l'universalisme.

---

<sup>2250</sup> D. Everaert-Dumont, *Handicap : l'universalité du droit à compensation*, JCP, S, 2006, Doc., 1040.

<sup>2251</sup> Articles L. 433-1, L. 434-1, L. 439-6 du Code du travail.

<sup>2252</sup> D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 29.

<sup>2253</sup> Sur une analyse de ces trois plans de l'universalisme : G. Perez-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Série Droit, n° 38, p. 271.

<sup>2254</sup> Sur cet aspect : M. Delmas-Marty, *Op. cit. ; Id. , Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(II)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2006, p. 26.

## 1. L'universalisme temporel du questionnement relatif des discriminations positives

471 - Sur le plan temporel, il est nécessaire que le droit en cause dépasse l'idée de temporalité. Certains voient dans cette affirmation la seule possibilité d'atteindre l'universalisme et considèrent comme universels les droits « *les plus squelettiques et les moins intéressants*<sup>2255</sup> » car investis d'une « *régularité*<sup>2256</sup> » et d'une « *permanence*<sup>2257</sup> » totale. Cependant, considérer de manière isolée cette orientation intrinsèque de l'universalisme constitue, ici encore, une extrémité qui réduit nettement les droits intégrés à cette définition. L'oscillation entre l'abstrait et le concret d'un droit particulier lui ôte toute possibilité d'être qualifié d'universel car le questionnement et les changements subis par ce droit dans le temps créent une absence de permanence. De ce point de vue, le principe d'égalité ne résiste pas à l'analyse. Au-delà des seules discriminations positives, les mesures différenciatrices sont venues au fil du temps négliger le principe initial de l'égalité formelle et abstraite. Des pans entiers du droit, notamment du droit privé<sup>2258</sup>, créent des différences de traitement au profit d'une catégorie de personnes jugées faibles et dignes d'une protection face à d'autres. Le droit du travail dans son ensemble est consacré à ce déséquilibre entre salarié et employeur. Il n'est en cela que le reflet d'une orientation plus générale subie par le droit des contrats<sup>2259</sup>. De même, les droits des locataires face aux droits des propriétaires suivent cette philosophie. Le droit en général, et l'égalité en particulier, plus soucieux d'une conception concrète, traitent d'une catégorie et non plus de « *l'ensemble des citoyens* »<sup>2260</sup>. L'aspect concret d'un droit est aujourd'hui important, sans être encore, comme pour l'égalité, prépondérant. Pour autant, comment ne pas considérer le principe d'égalité en tant que droit universel ? Les discriminations positives ne représentent qu'une question contemporaine posée à un concept classique qui reste la base de la construction des sociétés modernes et

---

<sup>2255</sup> G. Deleuze et F. Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Editions de Minuit, 1991, p. 80.

<sup>2256</sup> M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(I)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004, p. 65.

<sup>2257</sup> *Ibid.*

<sup>2258</sup> Sur ce point : F. Luchaire, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, p. 1229.

<sup>2259</sup> R. Martin, *L'homme des droits*, RTDCiv, 2000, p. 283 : La loi « *coule le contrat dans des moules rigides et imposés, qui sont censés protéger le faible contre le fort* ». « *Le statut remplace le contrat* ».

<sup>2260</sup> D. de Béchillon, *Op. cit.*, p. 29.

démocratiques<sup>2261</sup>. Du point de vue temporel, il semble que les discriminations positives ne doivent pas être analysées en elles-mêmes. Elles font partie des mesures en charge de mettre en adéquation le droit et le fait au sein de l'égalité. C'est cette dernière qui doit être analysée face au respect de l'universalisme. En effet, les discriminations positives sont dépendantes du cadre du concept d'égalité, c'est d'ailleurs l'un de leur principal problème quant à leur justification théorique<sup>2262</sup>. Les discriminations positives ne sont pas détachables du principe dans lequel elles s'inscrivent, c'est alors ce dernier qui doit être analysé au regard de l'universalisme. Même si le contenu que l'on donne à l'égalité évolue, sa valeur originelle est constante. Plus qu'un droit inamovible, le droit universel serait plutôt une « *ligne de fuite* <sup>2263</sup> » vers laquelle il tend de manière continue. Le fait même de s'interroger de manière régulière sur le contenu et l'orientation à donner à un principe montre combien sa valeur est jugée fondamentale. De ce point de vue, l'égalité, qui ne cesse d'être au cœur de débats passionnés, constitue une « *idée force* <sup>2264</sup> » sans nul doute universelle. Les discriminations positives viennent renforcer ce débat et donc la puissance de cette idée de même que son caractère universel.

## 2. La marge nationale d'appréciation, facteur de l'universalisme spatial

472 - Enfin, quant au troisième plan, celui du domaine spatial, les discriminations positives ne sont pas contraires à l'universalisme. Si nous suivons la même argumentation que pour le plan temporel, elles ne doivent pas être analysées en tant que modalité particulière d'application du concept d'égalité. Le constat est le même que précédemment, l'égalité étant une recherche constante des sociétés démocratiques, les discriminations doivent être considérées à travers ce prisme plus général. De plus, elles constituent depuis quelques décennies un souci constant des textes internationaux. L'idée des discriminations positives est

---

<sup>2261</sup> O. Beaud, *Affirmative action aux Etats-Unis : une discrimination à rebours ?*, RIDC, n°3, 1984, p. 503 ; P. Bouretz, *Sur la philosophie politique de l'égalité*, in « Rapport public 1996 sur l'égalité », Conseil d'Etat, La documentation française, 1997, p. 477 ; A. Renaut, L. Sosoe, H. Harendt et l'idée moderne du droit, Coll. Philosophie du droit, PUF, 1991, p. 185 ; O. Jouanjan, *Egalité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 585.

<sup>2262</sup> Voir la première partie sur la place des discriminations positives au sein du principe d'égalité et les difficultés d'une conciliation entre les deux.

<sup>2263</sup> M. Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 65.

<sup>2264</sup> R. Pelloux, *Les nouveaux discours sur l'inégalité*, RDP, 1982, p. 909.

aussi relayée par les textes relatifs aux droits de l'homme et à l'égalité. L'ONU et l'OIT ont présenté, à plusieurs reprises, des mesures pouvant se comprendre comme des discriminations positives<sup>2265</sup>. Les textes européens sont aussi enclins à envisager la problématique des discriminations positives. Le droit communautaire, offrant ces dernières années nombre de directives en matière de protection contre les discriminations, rappelle constamment la possibilité pour les Etats membres de mettre en place des discriminations positives depuis les années 1970<sup>2266</sup>. Une recommandation a même été élaborée pour ces seules mesures<sup>2267</sup>. Quant à la Convention européenne des droits de l'homme, son texte datant de 1950, elle ne comporte aucune référence aux discriminations positives. Il faut préciser qu'un seul article est initialement consacré à l'égalité<sup>2268</sup>, ce qui n'a pas permis aux rédacteurs de se pencher plus avant sur les modalités particulières d'application. Le protocole n° 12<sup>2269</sup>, consacré intégralement à l'égalité, promet une implication plus intense, et ouvre la voie aux discriminations positives puisque son préambule mentionne le fait que « *le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable* »<sup>2270</sup>. La Cour n'a pas attendu ce nouveau protocole pour s'orienter vers une égalité plus concrète pouvant justifier de traitements différents, parfois analysés comme étant des discriminations positives<sup>2271</sup>. Si l'affirmation textuelle est moins forte, la présence des

---

<sup>2265</sup> Concernant l'ONU : Convention pour l'Elimination de toutes formes de Discriminations à l'Egard des Femmes, 18.12.1979 ; Convention sur l'Elimination de toute forme de Discrimination Raciale, 21.12.1965. Concernant l'OIT : Convention sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage, 21.06.1988. Entrée en vigueur le 17.11.1991.

<sup>2266</sup> Directive, 76/207/CEE du Conseil, 09.02.1976, Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; Directive 2000/43/CE, Conseil, 29.06.2000, Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive 2000/78/CE du Conseil, 27.11.2000, Directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi ; directive 2002/73/CE, Parlement européen et Conseil, 23.09.2002, Directive modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; Directive 2004/113/CE du Conseil, 13.12.2004, Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

<sup>2267</sup> Recommandation, 13.12.1984, 84/635/CEE, Conseil, Recommandation relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes.

<sup>2268</sup> Article 14, Convention européenne des droits de l'homme : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

<sup>2269</sup> Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, relatif à l'interdiction générale de la discrimination, 04.11.2000.

<sup>2270</sup> Alinéa 3 du préambule du protocole n° 12.

<sup>2271</sup> CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. 34369/97, rec. 2000-IV. Voir les commentaires qui qualifient cette obligation de discrimination positive : J-P. Marguénaud, *Requiem pour l'adage Ubi lex distinguit ? La*

discriminations positives s'est affirmée par l'intermédiaire d'une jurisprudence dynamique offerte par la Cour et qu'elle revendique d'ailleurs<sup>2272</sup>. Les discriminations positives bénéficient des mêmes conditions d'application que les autres droits garantis par la Convention et dont l'universalisme ne fait pas débat. Elles dépendent de l'existence d'une marge d'appréciation laissée aux Etats en matière de discrimination. Jean-François Flauss exprime parfaitement cette idée en indiquant que « *l'application de la conventionalité des mesures de discrimination positive sera avant tout fonction de la marge d'appréciation concédée aux Etats* <sup>2273</sup> ». En revanche, nous pouvons discuter la conclusion qu'en tire l'auteur en estimant que l'amplitude de cette marge d'appréciation bénéficie aux discriminations positives<sup>2274</sup>. De manière générique, elle peut être définie comme un « *concept à géométrie variable, dont les contours sont définis par la jurisprudence, qui permet aux organes de Strasbourg d'accorder un "brevet de conventionalité" à l'appréciation de la légalité "interne" par les autorités étatiques et aux mesures prises par les Etats pour concrétiser, restreindre les libertés garanties par la CEDH, ou y déroger* <sup>2275</sup> ». Cette invention prétorienne « *marque a priori le contrôle européen du sceau de la retenue judiciaire* <sup>2276</sup> ». Elle concrétise une double nécessité dans le droit européen des droits de l'homme : celle de la subsidiarité du contrôle de la Cour qui intervient toujours en dernier lieu<sup>2277</sup>, et celle d'une idéologie propre à la Cour qui est de respecter le pluralisme entre les Etats parties<sup>2278</sup> sous la forme d'une sorte de « *droit à la différence* » entre ces Etats<sup>2279</sup>. Cette latitude laissée aux Etats dans l'organisation des droits protégés par la Convention prend une expression particulière relativement à la « *nouvelle contrée* » qu'est l'article 14 et à la protection de la

---

*Cour européenne des Droits de l'Homme pourfend les lois trop générales qui n'établissent pas de discrimination positive*, CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, Chr., RTDCiv., 2000, p. 434 ; F. Sudre, JCP, 2001, I, 291, 10 ; F. Benoît-Rohmer, *La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ?*, RTDH, 2001, p. 999. Voir également CEDH, Gde Ch., 12.04.2006, Stec et autres c/ Royaume-Uni, req. 65731/01, 65900/01.

<sup>2272</sup> Voir notamment : CEDH, 13.06.1979, Marckx c/ Belgique, req. 6833/74, A-31.

<sup>2273</sup> J-F. Flauss, *Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme*, in Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon, Bruylant, 1998, p. 415.

<sup>2274</sup> *Ibid.* : « *Les brevets de conventionalité décernés devraient être plus fréquents, et même très fréquents (voire systématiques) dans les domaines pour lesquels la marge d'appréciation reconnue aux Etats est ample. En revanche, ils devraient l'être moins lorsque ladite marge est réputée n'être que relative, et a fortiori, lorsqu'elle est qualifiée de "stricte" ».*

<sup>2275</sup> E. Kastanas, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans le jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 16.

<sup>2276</sup> F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 73.

<sup>2277</sup> Sur ce point : *Ibid.*, p. 73 et s..

<sup>2278</sup> CEDH, 07.12.1976, Handyside c/ Royaume-Uni, req. 5493/72, A-24.

<sup>2279</sup> M. Delmas-Marty, *Loc. Cit.*, p. 65. Sur cette idée de pluralisme entre les Etats comme fondement politique de la marge nationale d'appréciation : M-L. Mathieu-Izorche, *La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ?*, RSC, 2006, janvier-mars, p. 25.

non-discrimination<sup>2280</sup>. En effet, les juges de Strasbourg n'ont eu cesse de rappeler que « *les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement* »<sup>2281</sup>. Cela signifie que ce sont avant tout les juridictions internes qui sont maîtresses en matière de constat de l'existence de situations différentes et, par conséquent, pour admettre la nécessité d'un traitement différent. La Cour se met volontairement en recul sur cette question, et cela même après l'avancée représentée par l'arrêt Thlimmenos<sup>2282</sup>. En effet, les arrêts postérieurs, se servant directement de la jurisprudence Thlimmenos, n'hésitent pas à reprendre la formule usuelle en la matière<sup>2283</sup>.

**473** - Si cette marge d'appréciation existe toujours, elle varie suivant « *les circonstances, les domaines, le contexte* »<sup>2284</sup>. Or, ces éléments se retrouvent certainement en matière de discriminations positives, qui s'inscrivent souvent dans un climat national particulier, face à des difficultés propres à une histoire et une situation sociale et économique elles aussi particulières. Généralement, la Cour estime que plus le problème en cause est complexe, plus l'Etat membre est à même de le résoudre, et procède en conséquence à un élargissement de la marge d'appréciation<sup>2285</sup>. De ce point de vue, les discriminations positives sont enclines à provoquer cette plus ample latitude laissée aux autorités internes. Le domaine abordé est souvent complexe et propre au pays concerné. De plus, cette marge d'appréciation peut encore être élargie lorsque les agissements internes affectent les domaines économique et social. Dans l'arrêt Stec<sup>2286</sup>, la Cour explique qu' « *une ample latitude est d'ordinaire laissée à l'Etat pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique et sociale* »<sup>2287</sup>.

---

<sup>2280</sup> F. Tulkens et L. Donnay, *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?*, RSC, 2006, janvier-mars, p. 3.

<sup>2281</sup> CEDH, 21.02.1997, Van Raalte c/ Pays-Bas, req. 20060/92, rec. 1997-I ; CEDH, 18.07.1994, Karlheinz Schmidt c/ Allemagne, req. 13580/88, A 291-B ; CEDH, 26.02.2002, Fretté c/ France, req. 36515/97 ; CEDH, 16.11.2004, Ünal Tekeli c/ Turquie, req. 29865/96.

<sup>2282</sup> CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. 34369/97, rec. 2000-IV.

<sup>2283</sup> CEDH, 24.09.2002, Posti et Rahko c/ Finlande, req. 27824/95, rec. 2002 VII ; CEDH, 26.02.2002, Fretté c/ France, req. 36515/97 ; CEDH, gde Ch., 12.04.2006, Stec et autres c/ Royaume-Uni, req. 65731/01, 65900/01.

<sup>2284</sup> CEDH, Gde Ch., 12.04.2006, Stec et autres c/ Royaume-Uni, req. 65731/01, 65900/01 ; CEDH, 27.03.1998, Petrovic c/ Autriche, req. 20458/92, rec. 1998-I ; CEDH, 28.11.1984, Rasmussen c/ Danemark, req. 8777/79, A-87.

<sup>2285</sup> Cette position se retrouve souvent en matière d'urbanisme par exemple : CEDH, 23.09.1982, Sporrang et Lönnroth c/ Suède, req. 7151/75 et 7152/75, A52.

<sup>2286</sup> CEDH, Gde Ch., 12.04.2006, Stec et autres c/ Royaume-Uni, req. 65731/01, 65900/01, RJS, 2006, p. 668, Chr. J-P. Hernoult ; JCP G. 2006, I, 164, Chr. F. Sudre.

<sup>2287</sup> § 52 de l'arrêt. Cela peut s'expliquer par le fait que la Convention européenne des droits de l'homme est avant tout un instrument au service des droits civils et politiques. Si elle touche les domaines économique et social, elle ne le fait que par exception, expliquée par l'absence d'étanchéité parfaite entre tous ces droits. Sur ce point, voir notamment J. Fierens, *La violation des droits civils et politiques comme conséquence de la violation des droits économiques, sociaux et culturels*, Revue belge de droit international, 1999/1, p. 46.



Or, les discriminations positives, surtout en France, ne peuvent souvent relever que de ces domaines particuliers. En effet, les restrictions constitutionnelles relatives à la race, la religion ou l'origine<sup>2288</sup> empêchent souvent les pouvoirs publics d'agir sur ces éléments dans le domaine public<sup>2289</sup>. Cela signifie concrètement que les autorités françaises vont bénéficier, aux yeux de la Cour, d'une large marge de manœuvre afin de mettre en place ou non des traitements différents touchant au domaine économique et social. Cette marge d'appréciation est un mécanisme général de la Convention et, en ce sens, les discriminations positives sont soumises aux mêmes aléas que les autres droits soumis au contrôle de la Cour de Strasbourg. Si la marge d'appréciation peut effectivement être perçue comme un « *universel "relativisé"* »<sup>2290</sup>, les discriminations positives sont une partie de cette orientation et l'on ne peut nier leur nature pour partie universelle. Cela est d'autant plus fort que la Cour de justice des Communautés européennes fait également appel à la notion de marge d'appréciation dans des espèces où l'égalité est en jeu. L'égalité est parfois modulée en fonction la marge d'appréciation connexe qui existe en matière de sécurité publique lorsque certains postes dans l'armée sont refusés aux femmes<sup>2291</sup>. La marge d'appréciation peut également provenir directement de la matière abordée par l'égalité. En effet, la politique sociale est un domaine où la marge d'appréciation est facilement mise en avant, notamment en matière d'égalité entre les hommes et les femmes. La Cour estime qu' « *il y a lieu de relever que, en l'état actuel du droit communautaire, la politique sociale relève des États membres, lesquels disposent d'une marge d'appréciation raisonnable en ce qui concerne la nature des mesures de protection sociale et les modalités concrètes de leur réalisation. De telles mesures, si elles répondent à un objectif légitime de politique sociale, si elles sont aptes à atteindre cet objectif et nécessaires à cet effet et si elles sont donc justifiées par des raisons étrangères à une discrimination fondée sur le sexe, ne peuvent être considérées comme une violation du principe de l'égalité de traitement* »<sup>2292</sup>. Les discriminations positives sont normalement

---

<sup>2288</sup> Article 1 de la Constitution : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ».

<sup>2289</sup> La politique des ZEP en est une illustration parfaite. Même si elle s'adresse *de facto* à des personnes suivant leur origine, elle le fait sous couvert de caractéristiques économiques et sociales. Voir notamment F. Abikhzer, *La discrimination positive en France : un concept mort-né ? L'avenir juridique d'une conception identitaire*, RRJ, 2005-4, vol. 1, p. 2081. Même si discriminations positives de droit public agissent indirectement sur des éléments *a priori* proscrits, cela illustre la difficulté de mettre en place des discriminations de droit public en la matière, spécialement en France.

<sup>2290</sup> M. Delmas-Marty, *Loc. Cit.*, p. 406 et s..

<sup>2291</sup> CJCE, 26.10.1999, Sirdar, C-273/97, rec. p. I-7403 ; CJCE, 11.01.2000, Kreil, C-285/98, rec. p. I-69 ; CJCE, 11.03.2003, Alexander Dory, C-186/01.

<sup>2292</sup> CJCE, 26.09.2000, Kachelmann, C-322/98, rec. p. I-7505, point 30. Voir également : CJCE, 06.04.2000, Jorgensen, C-226/98, rec. p. I-2447, point 41 ; CJCE, 22.11.2005, Mangold, C-144/04, point 63.

soumises au même mécanisme que l'ensemble du principe de non-discrimination et subissent cette même marge d'appréciation. Cela signifie qu'il existe en la matière une véritable cohérence de régime entre le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme qui fait de la mise en œuvre des discriminations positives un régime qui correspond à un universel relatif au sens du Professeur Delmas-Marty<sup>2293</sup>. Universel relatif qui est à nuancer, dans un sens plus strict de l'universalisme, puisqu'on peut voir une véritable cohésion régionale sur ce point. Les discriminations positives, au niveau régional du moins, subissent un régime harmonieux donné à l'ensemble de l'égalité. Mécaniquement, c'est un universalisme relatif puisque cela se fait par la marge nationale d'appréciation, mais un universalisme pur au sens où la solution est la même au sein de l'Europe marchande et de celle des droits de l'homme. De manière surprenante, c'est le mécanisme de la marge d'appréciation qui donne ici le meilleur argument en faveur d'un universalisme spatial des discriminations positives. Cependant, l'argument définitif provient du respect de l'espèce humaine.

## **§2. L'universalisme fraternel du respect de l'espèce humaine**

**474** - C'est le rapport de la mesure à l'individu qui permet véritablement d'expliquer la conformité des discriminations positives avec l'universalisme. C'est la dimension humaine de ces mesures qui explique profondément et définitivement leur universalisme. La réalisation de la démocratie sociale peut fort bien coexister avec les actes discriminatoires<sup>2294</sup>. L'absence de fraternité peut se traduire par le rejet de l'Autre<sup>2295</sup>. La place centrale de la fraternité au sein des discriminations positives exprime la pleine considération positive de la différence de l'Autre, mais c'est aussi ce qui permet d'expliquer l'universalisme de ces mesures. Elles sont en effet fondées sur la différence entre les êtres inhérente à l'espèce humaine. C'est la notion de dignité qui permet de relier égalité et espèce humaine et qui, en conséquence, place les discriminations positives au centre du respect de l'espèce humaine. Cette approche se fait selon deux voies complémentaires : les relations entretenues entre l'égalité et la dignité

---

<sup>2293</sup> M. Delmas-Marty, *Loc. Cit.*, p. 406 et s..

<sup>2294</sup> M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent, l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 170, 1993, p.595.

<sup>2295</sup> *Ibid.*

humaine (A.), ainsi que celles qui unissent la lutte contre la discrimination et le respect de l'espèce humaine (B.).

### A. L'égalité, élément de la dignité humaine

**475** - L'égalité dans son ensemble entretient un lien étroit avec l'universalisme et ce lien est matérialisé par la notion de dignité. Egalité et dignité sont deux notions qui s'imbriquent l'une dans l'autre. D'ailleurs, la discrimination apparaît dans le Code pénal dans le Chapitre V du Livre II relatif aux « atteintes à la dignité de la personne<sup>2296</sup>. La dignité représente le « *principe cardinal*<sup>2297</sup> », le « *concept central et le fondement de la théorie des droits de l'homme*<sup>2298</sup> ». Cette affirmation est sans cesse rappelée, soit par les textes internationaux<sup>2299</sup>, soit par les juridictions, notamment européennes. L'affaire Omega devant la Cour de justice des Communautés européennes a été l'occasion pour elle de faire mention du caractère prépondérant de la dignité<sup>2300</sup>. Dans ses conclusions relatives à cet arrêt, l'avocat général<sup>2301</sup> rappelle à cet effet que « *la dignité humaine est le substrat et le point de départ à partir duquel tous les droits de l'homme se sont développés et différenciés*<sup>2302</sup> ». La Cour de Strasbourg a une position similaire en affirmant dans l'arrêt Pretty relatif à l'aide à l'assistance au suicide<sup>2303</sup> que « *La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention*<sup>2304</sup> »<sup>2305</sup>. Plus restrictivement, cette notion de dignité est très proche de celle

---

<sup>2296</sup> Sur ce point : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 411, 2004, § 437.

<sup>2297</sup> N. Lenoir, B. Mathieu, *Les normes internationales de la bioéthique*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998, p. 6.

<sup>2298</sup> J-M. Verdier, *En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme*, in « Les orientations sociales du droit contemporain », Ecrits en l'honneur de Jean Savatier, PUF, 1992, p. 427.

<sup>2299</sup> Notamment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : A. Vitorino, *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, revue de droit de l'Union européenne, 01.2001, p. 27 ; M. Fabre-Magnan, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 17.02.2005, K.A. et A.D. c/ Belgique)*, D. 2005, Chr. p. 2973 ; G. Israël, *L'humanité des droits de l'homme*, in Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 993.

<sup>2300</sup> CJCE, 14.10.2004, Omega, C-36/02.

<sup>2301</sup> C. Stix-Hackl, 18.03.2004, conclusions sous CJCE, 14.10.2004, Omega, C-36/02.

<sup>2302</sup> Point 76 des conclusions.

<sup>2303</sup> CEDH, 29.04.2002, Pretty c/ Royaume-Uni, req. 2346/02, rec. 2002-III.

<sup>2304</sup> § 65 de l'arrêt.

<sup>2305</sup> Sur le caractère prépondérant de la dignité humaine au sein des droits de l'homme : J-P. Théron, *Dignité et libertés. Propos sur une jurisprudence contestable*, in « Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon », Bruylant, 1998, p. 195 ; B. Mathieu, *La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais) usage en droit positif d'un principe universel*, in « Le droit, la médecine et l'être humain », PUAM, 1996, p. 235 ; *Id.*, *La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?*, D. 1996, Chr., p. 282.

d'égalité. L'égalité se juge souvent en dignité<sup>2306</sup>. La présence d'une discrimination dans la règle de droit constitue également une atteinte à la dignité des personnes qui en sont victimes. Ce constat est souvent fait en matière de discrimination raciale<sup>2307</sup>. Les discriminations raciales « *se fondent sur un critère de distinction particulièrement choquant et contraire au respect de la dignité humaine* <sup>2308</sup> ». C'est ainsi que le « *fait d'imposer publiquement à un groupe de personnes un régime particulier fondé sur la race peut, dans certaines circonstances, constituer une forme spéciale d'atteinte à la dignité humaine* <sup>2309</sup> ». De même, la discrimination factuelle dans la jouissance d'un droit peut aussi contrevenir à la dignité<sup>2310</sup>. L'inégalité doit ainsi être justifiée aux yeux de la dignité de la personne humaine<sup>2311</sup>. L'égalité est donc « *une des valeurs constitutives de la dignité humaine* <sup>2312</sup> ». Cette dernière va très nettement dans une direction concrète et active qui tend à favoriser l'épanouissement et l'auto-détermination de chacun<sup>2313</sup>. L'homme visé par cette notion de dignité est un homme concret et situé<sup>2314</sup>. De ce point de vue, l'application particulière de l'égalité que sont les discriminations positives se rapproche un peu plus de la dignité<sup>2315</sup>. L'exigence de la reconnaissance des particularités est animée par la recherche de la dignité humaine<sup>2316</sup>.

---

<sup>2306</sup> P. Kayser, *Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité*, RRJ, 2001, p. 15 ; J-Y. Morin, *Liberté et droits fondamentaux dans les constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruylant, Coll. Universités francophones, 1999. Voir également Résolution du Conseil, 29.05.1990, résolution relative à la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail ; C. Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Flammarion, Coll. Champs, 1997, p. 57 ; J. Kis, *L'égale dignité : essai sur les fondements des droits de l'homme*, Seuil, 1989.

<sup>2307</sup> Voir notamment E. Decaux, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, RUDH, 1995, p. 9.

<sup>2308</sup> C. Picheral, *Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'Homme*, RTDH, n° 1, n° spécial : Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie, p. 517.

<sup>2309</sup> CEDH(DR), 01.03.2005, D.H. et autres c/ République tchèque, req. 57325/00 ; CEDH, 10.05.2001, Chypre c/ Turquie, req. 25781/94, rec. 2001-IV ; CommEDH, 06.03.1978, Asiatiques d'Afrique orientale c/ Royaume-Uni, req. 4715/70, 4783/71, 4827/71. Sur cette dernière jurisprudence : C. Picheral, *Loc. Cit.* ; G. Cohen-Jonathan, *Le droit de l'Homme à la non-discrimination raciale*, RTDH, 2001, numéro spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 665.

<sup>2310</sup> J. Costa-Lascoux, *Les échecs de l'intégration, un accroc au contrat social*, Pouvoirs, 09.2004, p. 19 ; M-T. Meulders-Klein, *Egalité et non-discrimination en droit européen de la famille*, RTDH, 2003, p. 1185.

<sup>2311</sup> *Egalité*, in « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », Sous la direction de A.J.Arnaud, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, p. 221.

<sup>2312</sup> F. Stasse, *Pour les discriminations positives*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 119.

<sup>2313</sup> E. Dreyer, *Les mutations du concept juridique de dignité*, RRJ, 2005-1, p. 19 ; A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité. Etude de droit comparé français-allemand*, PUAM, 2002, n° 233.

<sup>2314</sup> J-M. Verdier, *Loc. cit.*

<sup>2315</sup> Sur ce point : Résolution du Conseil, 29.05.1990, résolution relative à la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail. Il y est fait une relation directe entre les actions positives mises en œuvre et le respect de la dignité de chaque travailleur. Pour une position contraire : Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 479. L'auteure estime en effet que la dignité en tant que concept juridique est une limite à la catégorisation des droits. Or, les discriminations positives reposent sur la détermination de catégories.

<sup>2316</sup> A. Gutmann, *introduction*, in « Multiculturalisme. Différence et démocratie », C. Taylor, Flammarion, Coll. Champs, 1997, p. 13 ; A. Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, PUF, Coll. Les voies du droit, 2002, p. 65.

**476** - La dignité est elle-même très fortement liée à l'universalité. L'universalité se réalise dans la moralité des droits dont la dignité est partie intégrante.<sup>2317</sup> De plus, cette dernière désigne par excellence « *l'unité du genre humain* <sup>2318</sup> ». Il s'agit de la dignité « *de tout être humain* <sup>2319</sup> », de la « *personne humaine* <sup>2320</sup> », « *inhérente à tout être humain* <sup>2321</sup> » ou encore de « *dignité humaine* <sup>2322</sup> ». La dignité représente l'essence de l'humanité, son « *irréductibilité* <sup>2323</sup> ». Les discriminations positives se trouvent au cœur de cette problématique puisqu'il s'agit de défendre la valeur égale de tout être humain dans ses caractéristiques personnelles essentielles. De ce point de vue, elles respectent à la fois la dignité et l'universalité.

## **B. La lutte contre les discriminations, élément du respect de l'espèce humaine**

**477** - La répression du crime contre l'humanité nous permet de clore parfaitement les relations triangulaires qui peuvent exister entre l'universalité, la dignité et l'égalité. « *L'humanité porte en elle-même un universalisme ontologique* <sup>2324</sup> ». Le crime contre cette humanité a été défini pour la première fois dans l'accord de Londres du 8 août 1945 créant le Tribunal Militaire International de Nuremberg : « *Les crimes contre l'humanité : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte*

<sup>2317</sup> G. Perez-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Série Droit, n° 38, p. 281.

<sup>2318</sup> M. Fabre-Magnan, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 17.02.2005, K.A. et A.D. c/ Belgique)*, D. 2005, chr. p. 2973.

<sup>2319</sup> V. Larribau-Terneyre, *La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste*, in « Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle », Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 83.

<sup>2320</sup> *Egalité*, in « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », Sous la direction de A.J. Arnaud, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, p. 221 ; *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, sous la direction de S. Hennette-Vauchez et C. Girard, PUF, Coll. Droit et justice, 2005 ; *La dignité de la personne humaine*, sous la direction de M-L. Pavia et T. Revet, Economica, 1999.

<sup>2321</sup> W. Doise, *Droits de l'homme et force des idées*, PUF, 2001, p. 147.

<sup>2322</sup> A. Vitorino, *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, revue de droit de l'Union européenne, 01.2001, p. 27 ; E. Decaux, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, RUDH, 1995, p. 9 ; C. Picheral, *Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'Homme*, RTDH, n° 1, n° spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 517 ; E. Bloch, *Droit naturel et dignité humaine*, Editions Payot et Rivages, 2002 ; B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La documentation française, 1999.

<sup>2323</sup> G. Israël, *L'humanité des droits de l'homme*, in Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 993.

<sup>2324</sup> M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(I)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004, p. 74.

*inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes de persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal, ou en liaison avec ce crime*<sup>2325</sup>». La protection offerte par cette incrimination dépasse celle de l'appartenance à un groupe pour protéger chacun dans son « *statut d'être humain en ce monde*<sup>2326</sup> ». L'acte réprimé est celui qui nie toute appartenance à l'humanité de certaines personnes à cause d'un trait caractéristique<sup>2327</sup>. Nombre de ces actes sont constitués par des législations discriminatoires ou par des comportements discriminatoires<sup>2328</sup>. Un débat existe même quant à l'exigence d'un élément discriminatoire afin de qualifier un crime contre l'humanité<sup>2329</sup>. Quelle que soit la réponse à cette question, la discrimination se définit ici « *comme l'intolérance qui conduit le criminel à viser des victimes en raison de leur seule existence et traduit sa volonté de remodeler l'humanité*<sup>2330</sup> ». Cet acte discriminatoire porte atteinte à « *l'irréductible humain*<sup>2331</sup> » en ce sens qu'il est porté atteinte à l'homme dans « *sa singularité d'être unique*<sup>2332</sup> ». C'est l'affirmation de l'individualité de chacun qui se trouve rejetée<sup>2333</sup>. C'est ici la différence de chacun qui est défendue et qui transcende l'éventuelle appartenance au groupe. Même si les discriminations visées par les discriminations positives ne sont pas entièrement assimilables à celles qui font l'objet de la qualification de crime contre l'humanité, il existe clairement une filiation entre elles. Toute discrimination, légale ou comportementale, relève d'un même mouvement qui est celui du rejet de la singularité et de l'individualité de chacun. La présence d'une caractéristique différente visible est d'autant plus porteuse d'une possibilité évidente de rejet. La protection de cette singularité par l'incrimination de crime contre l'humanité montre combien la caractéristique universellement partagée par l'espèce humaine est sa diversité<sup>2334</sup>. En ce sens, les discriminations positives s'inscrivent dans cette protection car elles ont pour objectif de faire en sorte que la diversité

---

<sup>2325</sup> Article 6 c du statut.

<sup>2326</sup> J-F. Roulot, *Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2002, p. 96.

<sup>2327</sup> Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit international et communautaire, Tome 116, 2002, p. 15 ; voir également Cass. Crim., 20.12.1985, affaire Barbie, GP, 08.05.1986, p. 26.

<sup>2328</sup> L'exemple le plus explicite de législation discriminatoire restant l'apartheid. Voir J-F. Roulot, *Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2002, p. 214.

<sup>2329</sup> Sur ce point : Y. Jurovics, *Op. cit.*, p. 125 et s..

<sup>2330</sup> Sur ce point : *Ibid.*, p. 125.

<sup>2331</sup> J-F. Roulot, *Op. cit.*, p. 158.

<sup>2332</sup> M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, Coll. La librairie du XXème siècle, 1994, p. 280.

<sup>2333</sup> M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(I)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004, p. 84 ; G. Cohen-Jonathan, *Universalité et singularité des droits de l'homme*, RTDH, 2003, p. 3.

<sup>2334</sup> J-M. Verdier, *Loc. cit.*

de l'espèce humaine, concrétisée sous la forme d'une caractéristique différente, ne puisse plus être le point de départ de l'annihilation de certaines personnes. L'objectif fondamental est celui de la préservation de l'identité de chacun, c'est-à-dire sa singularité et sa particularité au sein de la société. En ce sens, même s'il est toujours possible de contester l'universalité de l'égalité sous la forme d'un traitement différencié, les discriminations positives s'inscrivent dans la préservation de l'universalité de l'espèce humaine, donc sa diversité universelle. L'universalisme n'inclue pas automatiquement l'uniformité<sup>2335</sup>, certaines distinctions peuvent être faites en fonction de cette diversité humaine<sup>2336</sup>. « *L'universalité ne doit pas conduire à la deshumanisation*<sup>2337</sup> ». Les politiques de discriminations positives accordent une « *reconnaissance à quelque chose qui n'est pas universellement présent (...) et ce par la reconnaissance de ce qui est particulier à chacun. L'exigence universelle promeut la reconnaissance de la spécificité*<sup>2338</sup> ». Les discriminations positives se concentrent sur la personne, celle qui peut « *se définir par la qualité de ses échanges avec d'autres sujets, leur originalité, leur différence*<sup>2339</sup> ». Or, c'est la fraternité entre les individus qui permet le mieux cette considération positive de la différence. Le solidarisme volontaire encadré représente le plus sûr moyen de considérer la différence de manière universelle et de prendre pleinement conscience de l'appartenance égale de chacun à l'espèce humaine. Les notions de dignité et d'espèce humaine injectent du sentiment dans l'objectivité de l'universalisme. La relation fraternelle est celle qui peut le mieux faire ressentir à chacun la nécessité d'une égalité dans les faits dans la mise en valeur de la différence. Fraternité et universalisme se nourrissent l'un l'autre et permettent une vision des discriminations positives qui n'ont d'autres but que la protection de la diversité infinie des personnes. Cependant, c'est précisément la préservation de cette diversité qui est l'objet de vives critiques. En effet, la différenciation créée par les discriminations positives est porteuse de sens et entraînerait une décomposition de la société. Là encore, la notion protection de la différence est débattue, mais la fraternité permet une réponse qui peut apaiser cette controverse.

---

<sup>2335</sup> G. Cohen-Jonathan, *Loc. cit.* ; H. Pauliat, *La discrimination dans la vie publique. Rapport français*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 835.

<sup>2336</sup> E. Laclau, *La guerre des identités. Grammaire de l'émancipation*, La Découverte, 2000, p. 17 : « *Défendre par exemple le droit de tout groupe ethnique à l'autonomie culturelle, c'est avancer une revendication qui ne peut se justifier qu'en invoquant des raisons universelles* ».

<sup>2337</sup> H. Pauliat, *Loc. cit.*

<sup>2338</sup> C. Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Flammarion, Coll. Champs, 1997, p. 57.

<sup>2339</sup> M. Mercat-Bruns, *Introduction*, in « Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées », sous la direction de M. Mercat-Bruns, Dalloz, Coll. Actes, 2006, p.1.

## Section II. La fin d'un contresens sur la mise en valeur de la différence

**478** - Les discriminations positives sont avant tout un mécanisme de correction d'inégalités<sup>2340</sup>, mais ces inégalités trouvent leur source dans des différences préexistantes. Celles-ci représentent l'essence de chacun, les caractéristiques essentielles de chaque personne. Or, ces différences sont difficiles à manier car ce sont justement celles qui ont conduit aux pires régimes despotiques et discriminatoires du monde : la religion, la couleur, la race. Mettre en avant ces caractéristiques représente un risque d'effets pervers<sup>2341</sup>. Ce danger est double. Il concerne tout d'abord la société dans son ensemble. Créer des règles juridiques différentes fondées sur de telles caractéristiques peut conduire à resserrer les liens entre les personnes présentant cet élément singulier, autrement dit le risque encouru est celui du communautarisme. Le second risque concerne directement les personnes qui sont censées être protégées par ces mesures puisqu'elles conduisent à les mettre en avant au sein de la société, ce qui n'est pas le but recherché par elles. Le risque est symbolisé par la stigmatisation. L'individu est ainsi pris en compte, mais une fois de plus, ce sont les apparences qui arrêtent les auteurs. Si les dangers qui sont mis en avant sont réels, ils ne restent que des dangers potentiels et peuvent donc être évités dans une certaine mesure. En revanche, les dangers de ne pas mettre en place des discriminations positives sont, eux, biens réels. Les discriminations positives peuvent avoir des effets bénéfiques sur la connaissance des individus et de la société qui les entoure. Il faut donc discuter des dangers potentiels des discriminations positives (§1), avant d'exposer leur effet bénéfique, celui de lever le voile d'ignorance qui entoure les circonstances nécessitant des discriminations positives (§2).

---

<sup>2340</sup> M-F. Christophe Tchakalof, *Egalité et action positive en droit européen*, Pouvoirs, n° 82, 1997, p. 91

<sup>2341</sup> D. Schnapper, *Intégration des immigrés et intégration nationale*, Migrants-formation, n° 25, décembre 1993, p. 14.



## §1. Des critiques portant sur des risques éventuels

**479** - La crise actuelle de la loi est due à la discussion autour de l'universalité et de la particularité<sup>2342</sup>. Plus particulièrement, en matière d'égalité, l'égalité concrète dans son ensemble ouvre « *la voie du droit à la différence*<sup>2343</sup> ». Cette évolution provoque une certaine méfiance car il s'agit ici d'ouvrir la porte à l'expression des minorités, entraînant le risque d'un sentiment d'appartenance à ce groupe particulier d'individus plus qu'à la société dans son ensemble. « *L'erreur à ne pas commettre serait de croire qu'en défendant le respect de la différence on renonce du même coup à l'universalisme qui consacre les hommes comme étant égaux en droits*<sup>2344</sup> ». Pourtant, cette différence est bien stigmatisée, et elle l'est surtout par la peur de ces conséquences éventuelles qui sont de deux types : le communautarisme est un risque à courir pour la société (A.), tandis que la stigmatisation des bénéficiaires peut constituer une justification à l'absence de discrimination positive (B.).

### A. Des risques maîtrisables

**480** - La discussion qui entoure l'égalité « *se joue désormais sur le terrain de la reconnaissance – reconnaissance des différences, de la diversité des identités et du pluralisme*<sup>2345</sup> ». C'est bien le point qui pose des difficultés pour l'acceptation des discriminations positives. Le modèle français de l'assimilation serait détruit ou fortement endommagé par leur mise en œuvre. Cette peur d'un conflit social né de ces mesures correspond surtout à un problème de discrimination selon la race, l'origine ou l'ethnie. Les autres critères se trouvent moins atteints par cette critique. Cela devrait suffire en soi pour ne pas rayer les discriminations positives des recours possibles pour atteindre l'égalité réelle. Plus spécifiquement, pour les discriminations positives qui peuvent faire l'objet de ces attaques, il existe un mécanisme que le droit français et européen connaît parfaitement, celui

---

<sup>2342</sup> L. Jaume, *Loi*, Cités, 08.2001, « Le travail sans fin ? Réalités du travail et transformations sociales », p. 231.

<sup>2343</sup> M. Miné, *Droit et discrimination sexuelle au travail*, entretien avec C. Coste, Cités, 2002, n°9, p. 91.

<sup>2344</sup> M. Meyer, *Petite métaphysique de la différence*, LGF, Coll. Bibliothèque essai, 2000, p. 8.

<sup>2345</sup> Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, p. 57.

de l'intérêt général. La différence peut être dans certains cas un facteur de conflit, mais cela peut être combattu par le recours à l'intérêt général.

## **1. La différenciation comme facteur de conflits**

**481** - Depuis quelques années, le thème du droit à la différence prend une nouvelle ampleur. Cependant, il ne faut pas s'y tromper, il s'agit d'un débat sur le pluralisme et le multiculturalisme. Au pays de la Révolution de 1789 et de l'égalité formelle, ce débat n'est pas sans soulever des interrogations fondamentales sur l'orientation générale du droit. Il s'agit d'ouvrir la société française à un multiculturalisme évité jusqu'à présent. Le refus du multiculturalisme est un problème spécifiquement français, mais il ouvre la voie à une réelle difficulté, celle du communautarisme.

### **a. La justification du refus du pluralisme et du multiculturalisme**

**482** - Admettre un droit à la différence, ou mettre en place une politique de reconnaissance, n'est pas neutre du point de vue des principes. Reconnaître l'Autre dans sa différence, c'est aussi reconnaître par là même que la règle de droit n'est pas toujours adaptée à ces différences et qu'il faut admettre un traitement différencié ayant pour critère un élément de la personnalité distinctif. Plus simplement, il s'agit d'ouvrir le droit à la pluralité des identités.

**483** - Le pluralisme est entendu ici de manière précise. Il n'est pas question d'un pluralisme normatif<sup>2346</sup> extrême qui mettrait en exergue les insuffisances de la théorie moniste en faisant référence à une « *étatisation incomplète du droit*<sup>2347</sup> ». Il ne s'agit pas non plus du

---

<sup>2346</sup> J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 1994, p. 315 et s..

<sup>2347</sup> H. Moutouh, *Pluralisme juridique*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 1158.

pluralisme qui concerne les relations interétatiques<sup>2348</sup>. Le pluralisme dont il est question en matière de discriminations positives s'apparente plus à celui défendu notamment par la Cour européenne des droits de l'homme concernant la protection de diversité des idées ou des comportements<sup>2349</sup>, mais aussi les positions éthiques et politiques<sup>2350</sup>. Cette diversité est amenée à être prise en compte directement lors de l'élaboration de la règle juridique en faisant une distinction entre les diverses identités qui veulent exercer un même droit ou une même liberté. Il est fait référence ici à la « *multiplicité des droits en présence à l'intérieur d'un même champ social* »<sup>2351</sup>, idée notamment défendue par Norbert Rouland<sup>2352</sup> et Jacques Vanderlinden<sup>2353</sup>. Les discriminations positives se situent dans ce cadre modéré du pluralisme qui englobe l'idée de multiculturalisme<sup>2354</sup>.

**484** - Le multiculturalisme fait penser inmanquablement au système juridique américain<sup>2355</sup>. La recherche de l'égalité de fait a relancé cette notion de « *pluralisme culturel* »<sup>2356</sup>, qui elle-même a bénéficié de l'attention de quelques uns des théoriciens américains les plus influents. Le père du multiculturalisme, Horace Kallen, dans son ouvrage de référence<sup>2357</sup>, part du constat que les Etats-Unis d'Amérique sont avant tout une terre d'immigration constituée par un agrégat de cultures différentes. Le cadre juridique devrait prendre en compte ces diverses communautés culturelles afin de préserver cette richesse. Plus récemment, David Hollinger, mettra en évidence la relation qui existe entre le

---

<sup>2348</sup> Pour des développements nourris sur cette perception du pluralisme : M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(I)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004 ; M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(II)*, Seuil, Coll. La couleur des idées. Voir également la définition donnée par Norbert Rouland : N. Rouland, *A la recherche du pluralisme juridique : le cas français*, Droit et cultures, 1998/2, n° 36, p. 217.

<sup>2349</sup> F. Sudre, J-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 61. Sur ce point, voir notamment l'arrêt Handyside : CEDH, 07.12.1976, Handyside c/ Royaume-Uni, req. 5493/72, A-24.

<sup>2350</sup> V. Petev, « *Temps et transmutation des valeurs en droit* », in « Temps et droit. Le droit a-t-il vocation de durer ? », sous la direction de F. Ost et M. Van Hoecke, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 171 ; G. Cohen-Jonathan, *Universalité et singularité des droits de l'homme*, RTDH, 2003, p. 3.

<sup>2351</sup> H. Moutouh, *Loc. cit.*

<sup>2352</sup> N. Rouland, *A la recherche du pluralisme juridique : le cas français*, Droit et cultures, 1998/2, n° 36, p. 217 ; N. Rouland, *Anthropologie juridique*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1988 ; N. Rouland, *L'Etat français et le pluralisme*, Odile Jacob, 1995.

<sup>2353</sup> J. Vanderlinden, *Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique*, RRJ, 1993, n° 18, p. 573.

<sup>2354</sup> Pour un point de vue complet sur cette notion : C. Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Flammarion, Coll. Champs, 1997 ; M. Walzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 1997 ; M. Boucher, *Les théories de l'intégration. Entre universalisme et différentialisme*, L' Harmattan, 2000 ; D. Lacorne, *La crise de l'identité américaine, du melting-pot au multiculturalisme*, Fayard, 1997.

<sup>2355</sup> D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Economica, Coll. Etudes politiques, 2003, p. 382.

<sup>2356</sup> *Ibid.*, p. 385.

<sup>2357</sup> H. Kallen, *Culture and Democracy in the United States : Studies in the Group Psychology of the American Peoples*, New York, Boni and Liveright, 1924.

multiculturalisme et la recherche de l'égalité de fait, et notamment la mise en œuvre de mesures d'*Affirmative actions*<sup>2358</sup>. Parallèlement, le contentieux relatif aux mesures de ce type concernant l'entrée dans les universités américaines a permis à la Cour Suprême de continuer à préciser sa position et à faire entrer la notion de diversité culturelle dans le débat. Dans l'arrêt *Bakke*<sup>2359</sup>, le juge Powell s'est fondé sur cette dernière notion afin d'exprimer la nécessité de quotas raciaux à l'entrée en université<sup>2360</sup>. Cette idée sera d'ailleurs renforcée dans l'arrêt *Wygant*<sup>2361</sup> et *Metro Broadcasting*<sup>2362</sup> qui développeront cette idée au-delà de la question universitaire<sup>2363</sup>. La question de l'égalité de fait, consacrée en grande partie à la question raciale, s'est peu à peu imprégnée de l'idée de différence culturelle au point que le multiculturalisme est apparu comme « *un produit dérivé de la gestion des effets pervers de la discrimination positive*<sup>2364</sup> ». En Europe, si le débat porte moins sur la question raciale - du moins directement et officiellement - la question du pluralisme et du multiculturalisme a aussi envahi le débat autour des discriminations positives. En France, le développement des ZEP ou encore la politique de recrutement de Sciences-Po ont posé de manière « *subreptice* » la question du multiculturalisme<sup>2365</sup>. Cette idée est aussi mise en avant plus généralement à propos de la lutte contre le racisme<sup>2366</sup>. La défense de la diversité, notamment culturelle est un combat en plein essor pour le droit international des droits de l'homme<sup>2367</sup>. « *Un consensus se fait jour au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie, en vue non seulement de défendre les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi de préserver la diversité culturelle, bénéfique à la société dans son ensemble*<sup>2368</sup> ». La légitimation des discriminations positives, aux Etats-Unis depuis les années 1980<sup>2369</sup>, mais

<sup>2358</sup> D. Hollinger, *Postethnic America : Beyond Multiculturalism*, New York, Basic Books, 1995.

<sup>2359</sup> *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

<sup>2360</sup> *Ibid.*, pp. 312-318.

<sup>2361</sup> *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 US 267(1986).

<sup>2362</sup> *Metro Broadcasting Inc v. Federal Communications Commission* 497 US 547(1990).

<sup>2363</sup> Sur l'ensemble de cette jurisprudence : D. Sabbagh, *Op. cit.*, pp. 226-302. Voir également : G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 54.

<sup>2364</sup> D. Sabbagh, *Op. cit.*, p. 387.

<sup>2365</sup> M-C. Laval-Reviglio, *Egalité et éducation : les discriminations justifiées, l'exemple de Sciences-Po*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 115.

<sup>2366</sup> R. Leveau, C. Withol de Wenden, *Les beurs. Nouveaux citoyens*, in « Le citoyen », Mélanges offerts à Alain Lancelot, sous la direction de B. Badie et P. Perrineau, Presses de Sciences po, 2000, p. 267.

<sup>2367</sup> G. Cohen-Jonathan, *Universalité et singularité des droits de l'homme*, RTDH, 2003, p. 3.

<sup>2368</sup> Opinion dissidente des juges Pastor Ridruejo, Bonello, Tülkens, Straznicka, Lorenzen, Fischbach, Casadevall sous CEDH, 18.01.2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, req. 27238/95, rec. 2001-I. Voir également : Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Rapport sur la protection des droits des minorités*, 05.06.1996, Doc. 7572.

<sup>2369</sup> G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 54.

aussi en Europe<sup>2370</sup>, est aujourd'hui fortement empreinte de cette idée de défense de la diversité culturelle. En France, cette stratégie de légitimation des discriminations positives ne peut avoir le même impact. En effet, l'héritage de la Révolution nous a laissé une idée particulièrement formelle et abstraite de l'égalité et plus généralement une imperméabilité de la sphère publique aux particularismes<sup>2371</sup>. De fait, il y a bien une défense de la culture, mais il ne s'agit que de la protection de la culture dominante<sup>2372</sup>, ce qui est en soi un aspect critiquable d'un principe qui se voudrait abstrait et donc objectif. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme met en valeur le pluralisme et le multiculturalisme. Dans l'arrêt Natchova<sup>2373</sup>, elle observe que « *La violence raciale constitue une atteinte particulière à la dignité humaine et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi celles-ci doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme et la violence raciste, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse* <sup>2374</sup> ». La diversité des individus est une richesse et doit être protégée en ce sens par l'Etat. Si la solution de l'arrêt Natchova ne s'applique qu'au problème du racisme<sup>2375</sup>, elle peut facilement s'entendre de toutes les différences qui tissent la société : l'orientation sexuelle, le handicap, la religion, sont autant de différences qui apportent une richesse incontestable à la nation. Finalement, quand on se réfère à l'humanité, on voit que le problème du pluralisme et du multiculturalisme n'est pas un problème technique, mais politique. Cependant, il faut reconnaître que la mise en avant de cette soi-disant difficulté est préventive. C'est la peur du développement du communautarisme qui fonde le refus du multiculturalisme.

---

<sup>2370</sup> Par exemple : Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 01.11.1995.

<sup>2371</sup> N. Rouland, *A la recherche du pluralisme juridique : le cas français*, Droit et cultures, 1998/2, n° 36, p. 217.

<sup>2372</sup> T. Todorou, *La coexistence des cultures*, in « L'Autre », Etudes réunies pour A. Grosser, Sous la direction de B. Badie et M. Sadoun, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, Paris, 1996, p. 300.

<sup>2373</sup> CEDH, Gde Ch., 06.07.2005, Natchova et autres c/ Bulgarie, req. 43577/98.

<sup>2374</sup> § 145 de l'arrêt.

<sup>2375</sup> Pour une confirmation en matière de racisme : CEDH, 13.12.2005, Bekos et Koutropoulos c/ Grèce, req. 15250/02, § 63.

## b. L'absence de prise en compte d'un communautarisme déjà installé

485 - Mettre en avant les différences culturelles entre les personnes et les groupes apporte le risque de renforcer la prégnance de ces différences dans le débat, mais aussi l'attachement que chacun y porte. La logique de séparation inhérente à la politique de discrimination positive<sup>2376</sup> ne conduirait pas alors à la protection de la diversité de manière saine, mais amènerait à une séparation inéluctable des groupes en consacrant leur conscience minoritaire sous la forme d'un « *corporatisme social* <sup>2377</sup> ». Les différences seraient alors exacerbées<sup>2378</sup> et les discriminations positives ne seraient qu'une source supplémentaire de tension sociale<sup>2379</sup> au travers d'un sentiment d'appartenance à un groupe minorisé réveillé. Laisser une place absolue aux particularismes provoquerait un conflit entre les différents groupes<sup>2380</sup>, empreint d'un fort « *parfum communautariste* <sup>2381</sup> ». C'est une peur rencontrée souvent chez les détracteurs des discriminations positives<sup>2382</sup>. Cependant, l'essence même d'une société pluraliste, au sens où les opinions politiques, syndicales, et religieuses sont respectées, est de mettre en évidence chacune d'elle et d'entraîner un risque de conflit entre les personnes appartenant à différents groupes<sup>2383</sup>. De plus, ce risque de communautarisme analysé comme tel ne prend pas en compte la dimension principale des discriminations positives, c'est-à-dire le rétablissement de l'égalité dans les faits. Le but est d'arriver à un nivellement économique et social entre les représentants de chaque catégorie traitée différemment. L'égalité ainsi réalisée ou proche d'être réalisée pourrait provoquer, au contraire, un réflexe de défense vers le communautarisme. La lutte contre la discrimination peut ainsi contribuer « à l'affaiblissement, voire à la disparition de la conscience

---

<sup>2376</sup> J. Costa-Lascoux, *L'ethnicisation du lien social, processus de discrimination*, in « *République et particularismes* », Dossier réalisé par J. Costa-Lascoux, Problèmes politiques et sociaux, n°909, 02.2005, p. 68.

<sup>2377</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 111.

<sup>2378</sup> T. Kirszbaum, *La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 101.

<sup>2379</sup> J. Chevallier, *Réflexions sur la notion de discrimination positive*, in « *Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan* », Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 415.

<sup>2380</sup> G. Cohen-Jonathan, *Universalité et singularité des droits de l'homme*, RTDH, 2003, p. 3.

<sup>2381</sup> C. Courvoisier, *Préface*, in « *Actualité politique et juridique de l'égalité* », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 7.

<sup>2382</sup> Sur ce point : M. Wieviorka, *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, La Découverte, 1996, p. 6.

<sup>2383</sup> V. Petev, « *Temps et transmutation des valeurs en droit* », in « *Temps et droit. Le droit a-t-il vocation de durer ?* », sous la direction de F. Ost et M. Van Hoecke, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 171.

*minoritaire*<sup>2384</sup>». Il est intéressant de constater que les auteurs estiment qu'un traitement différent légal puisse être la source du développement d'une conscience minoritaire, mais qu'un traitement inégalitaire, que le fait de supporter tous les jours « *un jugement global dépréciatif*<sup>2385</sup> », ne puisse pas être la source initiale de ce communautarisme. Pourtant, vivre jour après jour, dans chaque acte quotidien, un jugement négatif, être empêché de faire les choix de vie nécessaires à son épanouissement personnel, est, à n'en pas douter, une source de repli sur soi, mais aussi sur sa communauté. Le communautarisme ne naît pas de la communauté, mais des individus qui ont un besoin de resserrer des liens avec des personnes qui présentent les mêmes caractéristiques afin de se sentir en confiance. On voit bien dès lors que le refus systématique d'accès à certaines situations sociales provoque ce repli vers ce qui nous ressemble et ne nous juge pas. Ce n'est pas la discrimination positive qui crée le communautarisme, mais la discrimination négative. La discrimination positive vient se greffer sur une situation qui est déjà dangereuse pour l'équilibre de la société. De plus, la fraternité universaliste que demande le recours aux discriminations positives ôte tout caractère dangereux de la fraternité. Le rapport à l'espèce humaine que nous avons décrit précédemment permet de débarrasser la fraternité des inconvénients d'une quelconque limite qui produirait des conflits communautaristes<sup>2386</sup>. Cependant, pour les détracteurs de cette régulation égalitaire, ce risque se complète par celui encouru par les bénéficiaires.

## **2. L'intérêt général comme dérogation possible aux discriminations positives**

**486** - L'intérêt général est une dérogation classique à l'égalité formelle. Il permet de ne pas réaliser l'égalité formelle par un motif qui intéresse la société. Ainsi, le législateur qui veut lutter contre le chômage et l'exclusion peut, en vertu de l'intérêt général poursuivi, déroger au principe d'égalité en créant un contrat de travail qui permettra à son bénéficiaire d'obtenir un travail rémunéré tout en continuant à percevoir l'allocation de revenu

---

<sup>2384</sup> A. Bredimas, *Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « Nouvelles formes de discriminations », sous la direction de L-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284.

<sup>2385</sup> J Costa-Lascoux, *Loc. cit.*. L'auteur utilise cette expression à propos des actes racistes, mais elle peut être appliquée aux autres actes discriminatoires.

<sup>2386</sup> Sur les dangers d'une fraternité limitée : M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent, l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 170, 1993, p.596 notamment.

minimum<sup>2387</sup>. L'égalité formelle est rompue par rapport aux autres travailleurs et bénéficiaires de l'allocation de revenu minimum, mais cela est justifié par la recherche de l'intérêt général, autrement dit ici, la lutte contre le chômage. C'est l'utilisation classique de la notion d'intérêt général qui est en cause puisqu'il s'agit de hiérarchiser les intérêts des acteurs en présence et de faire prévaloir celui de la société par rapport à celui d'une catégorie de personnes<sup>2388</sup>. Nous avons d'ailleurs démontré que cette spécificité crée un schisme irrémédiable entre l'intérêt général et la dérogation pour l'existence de situations différentes<sup>2389</sup>. Au vu des risques exposés par la doctrine, relatifs aux conflits qui peuvent être amenés par la mise en place de discriminations positives, l'intérêt général pourrait trouver une place naturelle comme dérogation à ces mesures lorsque le risque de conflit est si important que la préservation des intérêts de la société doit prévaloir sur la réalisation de l'égalité. Cela se traduit par l'absence d'action face à la discrimination existante, du moins par le jeu d'une différenciation juridique. La règle de droit ne subit aucune différenciation. Ce cas de figure fait ressortir l'élément central de l'intérêt général qui est de hiérarchiser les intérêts en présence. En revanche, les conséquences de son application ne sont pas les mêmes puisqu'ici, l'égalité formelle serait retrouvée et non contournée. L'intérêt général, dérogation première à l'égalité formelle, permettrait, au sein de l'égalité concrète, de faire appliquer de nouveau l'égalité formelle. Certains pourraient discuter le fait que ce mécanisme viendrait introduire définitivement les discriminations positives au sein de l'égalité en leur donnant un statut qui dépasserait celui d'une simple dérogation. Néanmoins, à y regarder de plus près, le ressort de l'intérêt général dans l'application des discriminations positives peut servir l'égalité formelle. De manière évidente, le résultat de la dérogation est l'application de cette forme classique d'égalité et cela permet à l'intérêt général d'être préféré aux discriminations positives. L'intérêt général gagne en force et l'égalité formelle trouve une place mécanique naturelle au sein des discriminations positives.

---

<sup>2387</sup> CC, 18.12.2003, 2003-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité.

<sup>2388</sup> Sur cette hiérarchisation des intérêts : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 411, 2004.

<sup>2389</sup>



## B. La stigmatisation négligeable des bénéficiaires

**487** - La mise en œuvre d'une discrimination positive demande de catégoriser la société. Par conséquent, les individus vont être bénéficiaires de la mesure en tant que membres d'une catégorie qui est elle-même déterminée par l'existence d'une différence causant une inégalité. Le bénéficiaire est donc celui qui a une caractéristique particulière. De ce fait, beaucoup d'auteurs ont conclu à la stigmatisation des personnes protégées par une discrimination positive. Le phénomène qui est décrit est, de la part des bénéficiaires<sup>2390</sup>, tantôt volontaire, tantôt involontaire.

### 1. La stigmatisation involontaire des bénéficiaires

**488** - La critique la plus répandue face aux discriminations positives lorsque l'on fait état des bénéficiaires reste sans doute la stigmatisation que provoque la mesure<sup>2391</sup>. Le fait que la règle de droit prenne directement appui sur la caractéristique qui provoque actuellement la discrimination mettrait cette caractéristique sur le devant de la scène, avant même la personne. Cela aurait un effet stigmatisant pour cette dernière qui serait prise en compte uniquement pour cette caractéristique<sup>2392</sup>. C'est oublier ici que ces personnes sont déjà actuellement stigmatisées dans les faits lors de leur embauche ou de tout autre acte quotidien<sup>2393</sup>. Les

---

<sup>2390</sup> Sur cette double orientation de la victimisation : Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 69.

<sup>2391</sup> Sur l'intensité de cette critique : P. Noblet, « *Affirmative action* » aux Etats-Unis et discrimination positive en France, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 462 ; F. Ouassak, *Egalité hommes-femmes. Origine et aspects de la discrimination sur le marché du travail*, <http://solidarite.developpe.free.fr/français/EDC/egalhommeffemme.htm> ; F. Stasse, *Pour les discriminations positives*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 119.

<sup>2392</sup> D. Sabbagh, *L'affirmative action : effets symboliques et stratégie de présentation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 157.

<sup>2393</sup> A propos de l'origine ethnique : M. Boucher, *Les théories de l'intégration. Entre universalisme et différentialisme*, L'Harmattan, 2000, p. 309 : « *Le problème de la difficile intégration de minorités ethniques au sein de la société n'est pas, à lui seul, un problème ; il faut le considérer dans un ensemble plus vaste, celui de la non-intégration de personnes ou de groupes stigmatisés par la société intégrée. En fait, le processus d'intégration masque le processus d'exclusion. Il est néanmoins vrai qu'une origine ethnique minoritaire est un facteur supplémentaire conduisant vers la marginalisation* ». Voir également : D. Béhar, *Entre intégration des*

inégalités, lorsqu'elles « s'établissent et se perpétuent par les moyens du privilège et de la force induite » sont « moralement dégradantes »<sup>2394</sup> parce qu'elles mettent en avant la différence de chacun et en font un élément négatif stigmatisant. Le fait de ne pas recruter un candidat sous la seule justification qu'il possède une caractéristique que l'on ne veut pas intégrer dans son entreprise ou que l'on ne veut pas faire d'effort particulier pour accueillir une personne de ce type, relève d'une stigmatisation évidente. Il serait naïf de penser qu'une personne ayant un nom à consonance étrangère qui n'obtient aucun entretien d'embauche ne se doute pas du sens de ce rejet généralisé. De même, il paraît difficile de croire qu'une personne handicapée ne se doute pas que son handicap physique soit aussi un handicap pour obtenir un emploi<sup>2395</sup>. La critique jumelle, qui consiste à dire que cette politique enfermerait les personnes dans des catégories immuables<sup>2396</sup>, dans des « *patterns* »<sup>2397</sup>, ne résiste pas plus à l'analyse car il serait difficile de croire que les personnes qui sont victimes de préjugés, de manière quotidienne, n'aient aucune conscience de leur situation de discriminé<sup>2398</sup>.

**489** - Cette « *segmentation du corps social* »<sup>2399</sup> appelle une autre critique inhérente à la première : l'humiliation que provoqueraient ces mesures<sup>2400</sup>. Ces dernières donneraient corps aux préjugés et montreraient que les personnes visées peuvent être effectivement méprisées et ont besoin de telles mesures afin d'obtenir un poste<sup>2401</sup>. « *La discrimination positive accrédite l'idée selon laquelle les catégories considérées seraient par elles-mêmes inaptes à accéder aux fonctions postulées, ce qui n'est pas de nature à promouvoir l'égalité* »<sup>2402</sup>. Les anti-paritaires ont ainsi invoqué le fait que les femmes seraient élues pour leur seule appartenance au sexe féminin et non en fonction de leurs qualités propres<sup>2403</sup>. Elles seraient de ce fait

---

*populations d'origine étrangère et politique de la ville : existe-t-il une discrimination positive à la française ?*, Hommes et migrations, n° 1213, mai-juin 1998, p. 79.

<sup>2394</sup> J-F. Spitz, *Autour de l'amour de l'égalité. Le rôle de l'égalitarisme néo-classique dans l'apologie précoce des sociétés libérales*, Droits. Revue française de théologie, de philosophie et de cultures juridiques, n° 33, 2001, p. 107.

<sup>2395</sup> Sur ce point, voir la critique de Ronald Dworkin : R. Dworkin, *Une question de principe*, PUF, 1996, p. 372 et s..

<sup>2396</sup> Sur ce point : G. Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 18.

<sup>2397</sup> C'est-à-dire des patrons, des modèles : J. Costa-Lascoux, *Loc. cit.*

<sup>2398</sup> R. Dworkin, *Op. cit.*, p. 368.

<sup>2399</sup> S. Pierré-Caps, *Minorités*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 1031.

<sup>2400</sup> F. Ouassak, *Op. cit.* ; J. Costa-Lascoux, *L'ethnicisation du lien social, processus de discrimination*, in « *République et particularismes* », Dossier réalisé par J. Costa-Lascoux, Problèmes politiques et sociaux, n°909, 02.2005, p. 68.

<sup>2401</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 69.

<sup>2402</sup> F. Dekeuwer-Défossez, *L'égalité des sexes*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998, p. 14.

<sup>2403</sup> J. Mossuz-Lavau, *Citoyenneté et parité*, in « Le citoyen », Mélanges offerts à Alain Lancelot, sous la direction de B. Badie et P. Perrineau, Presses de Sciences po, 2000, p. 253.

« *élues au rabais* <sup>2404</sup> ». Il s'agit ici d'un problème qui intéresse l'estime de soi <sup>2405</sup>, mais aussi l'image renvoyée par la nouvelle mesure. Ce problème ne se pose pas véritablement en ces termes en Europe. En effet, la discrimination positive, en matière d'emploi, ne peut être validée que si les personnes qui en bénéficient possèdent des compétences égales ou supérieures à celles des candidats avec lesquels elles sont en concurrence <sup>2406</sup>. La compétence de la personne qui bénéficie de la mesure ne peut donc être remise en cause <sup>2407</sup>. La mesure existe justement parce que la personne, malgré des compétences certaines, ne peut actuellement trouver un poste à cause de préjugés persistants. Le stigmate actuel disqualifie déjà les individus qui sont victimes de discrimination <sup>2408</sup>. En matière de politique, la problématique est différente car les mesures de parité ne concernent que la formation des listes des partis, et non l'élection en elle-même <sup>2409</sup>. La critique d'une élection au rabais n'est donc pas recevable <sup>2410</sup>. Le but n'est pas l'élection, mais le fait de pouvoir accéder à une place éligible. L'humiliation peut aussi être combattue en expliquant clairement l'objectif et le mécanisme de la mesure. La discrimination positive n'a pas pour but d'aider des personnes moins compétentes au détriment de personnes, elles-mêmes compétentes, appartenant à la majorité. Il s'agit seulement de faire en sorte que des personnes également compétentes, quelle que soit la catégorie à laquelle elles appartiennent, puissent avoir des chances égales sur le marché de l'emploi, pour ne prendre que cet exemple. Encore une fois, tout repose sur le contrôle qui sera exercé lors de la mise en place de la mesure, contrôle qui passe notamment par la notion de proportionnalité, c'est-à-dire sur la portée de la mesure sur les non bénéficiaires par rapport au but égalitaire poursuivi <sup>2411</sup>. Une critique plus profonde demeure, celle du détournement de la mesure initiale par les bénéficiaires.

---

<sup>2404</sup> *Ibid.*

<sup>2405</sup> Ces mesures renforceraient l'image négative que les bénéficiaires ont d'eux-mêmes : D. Sabbagh, *L'affirmative action : effets symboliques et stratégie de présentation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 157.

<sup>2406</sup> Pour un exemple : CJCE, 11.11.1997, Marschall, C-409/95, rec. p. I-6363.

<sup>2407</sup> Il ne s'agit pas comme l'affirment certains, de remplacer la compétence par la couleur : S. Steele, *Les effets pervers de l'affirmative action*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 37.

<sup>2408</sup> M. Wiewiorka, *La différence. Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, L'aube, Coll. Poche essai, 2005, p. 130.

<sup>2409</sup> CC, 14.01.1999, 98-407 DC, Mode d'élection des conseillers régionaux.

<sup>2410</sup> F. Ouassak, *Op. cit.*

<sup>2411</sup> Sur ce point, voir le chapitre suivant.

## 2. La stigmatisation volontaire des bénéficiaires

490 - Beaucoup d'auteurs considèrent que les discriminations positives provoqueraient « un système auto-entretenu d'injustices nouvelles<sup>2412</sup> »<sup>2413</sup>. Elles développeraient une « rhétorique de la victimisation chez [leurs] bénéficiaires<sup>2414</sup> ». Si les effets de stigmatisation et d'humiliation ne sont pas voulus par les bénéficiaires, ces derniers peuvent tourner la situation à leur avantage en se confinant dans une position de victime, et en réclamant l'application de ces mesures de façon inappropriée. Plusieurs stratégies de victimisation ont été percées à jours par les auteurs. Tout d'abord, pour certains, ces actions législatives encourageraient un certain immobilisme<sup>2415</sup> dans le sens où les bénéficiaires développeraient une forme d'accoutumance à l'aide<sup>2416</sup>. Cela donnerait lieu au développement d'une mentalité d'assisté et d'un effet d'aubaine<sup>2417</sup>. C'est à ce point qu'apparaît une véritable stratégie de victimisation. En se posant en victime, les bénéficiaires continueraient à réclamer l'application de ces mesures, alors même qu'elles ne seraient plus nécessaires au regard de l'objectif de rétablissement de l'égalité<sup>2418</sup>. Les personnes visées revendiqueraient alors fortement leur appartenance à une minorité, à bon ou à mauvais escient<sup>2419</sup>. Il y aurait alors un « effet de chantage<sup>2420</sup> », une forme de pression des victimes actuelles afin de pouvoir bénéficier au maximum de ces mesures. Toutes ces critiques dénoncent effectivement des risques certains. Ces derniers sont les mêmes que pour toutes les mesures redistributrices. La création des allocations familiales, l'instauration du RMI ou de toute autre aide financière<sup>2421</sup> comportent le même type de risque. Pour autant, les dérives constatées relatives à ces

---

<sup>2412</sup> S. Wuhl, *L'égalité. Nouveaux débats*, PUF, 2002, p. 124.

<sup>2413</sup> Au nombre de ces auteurs nous pouvons notamment citer les critiques acerbes d'Anne-Marie le Pourhiet : A-M. Le Pourhiet, *Discriminations positives ou injustice ?*, RFDA, 1998, n° 3, p. 519.

<sup>2414</sup> T. Kirszbaum, *La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 101.

<sup>2415</sup> Pour certains auteurs, ces programmes de discriminations positives provoqueraient « une désincitation au travail ». Sur cette idée : F. Stasse, *Pour les discriminations positives*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 119. Voir également : S. Wuhl, *L'égalité. Nouveaux débats*, PUF, 2002, p. 124.

<sup>2416</sup> A-M. Le Pourhiet, *Loc. cit.*

<sup>2417</sup> F. Stasse, *Loc. cit.*

<sup>2418</sup> A-M. Le Pourhiet, *Loc. cit.*

<sup>2419</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 69 ; G. Bach-Ignasse, « Familles » et homosexualités, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 122.

<sup>2420</sup> M. Mateo-Diaz, *Les quotas sont-ils justes ? L'efficacité imparfaite des mesures de discrimination positive dans les lois électorales belges*, RFSP, vol. 53, n° 5, 10.2003, p. 791.

<sup>2421</sup> S. Wuhl, *Op. cit.*, p. 115.

dernières mesures ne les ont pas remises en cause<sup>2422</sup>. Ces critiques sont donc recevables, mais dans les mêmes proportions que pour les autres mesures redistributrices. De plus, il ne faut pas perdre de vue que les discriminations positives agissent contre un déséquilibre économique et social créé spécifiquement par l'action répétée et généralisée d'actes discriminatoires. Il ne s'agit donc pas de n'importe quel déséquilibre. La notion de bénéficiaire est ici particulière. Comme les critiques l'ont montré, la catégorie visée peut se complaire dans sa situation de victime. Les bénéficiaires sont donc avant tout des victimes. Même si le fait de bâtir une stratégie de victimisation est contestable, cela ne peut justifier pleinement le rejet des discriminations positives. Jusqu'à présent, les effets d'aubaines n'ont pas été une justification du retrait d'une aide. En revanche, cela doit attirer l'attention du législateur sur les possibilités de contrôle tenant à l'application de la mesure, mais aussi sur les possibilités de contrôle quant au bénéfice individuel de cette mesure afin de s'assurer que la discrimination positive aide réellement les personnes initialement visées par le texte. Un fois de plus, ces critiques ne sont pas suffisantes pour justifier du rejet systématique d'une politique de discrimination positive. En revanche, l'analyse approfondie de ses effets pervers est sans nul doute nécessaire afin que le texte la prévoyant soit en adéquation avec le but poursuivi, et que l'égalité réelle soit susceptible d'être atteinte. Un fois de plus, cela est du ressort du législateur et de la juridiction amenée à exercer son contrôle sur l'existence et les modalités d'une telle mesure. Certains effets dangereux des discriminations positives ne sont donc pas vérifiés ou du moins peuvent être canalisés. En revanche, leur mise en place peut avoir des effets bénéfiques qui ne sont pas souvent relatés. Elles permettent une remise en cause de la société et de déchirer le voile d'ignorance qui recouvre aujourd'hui les relations sociales.

## **§2. Le déchirement du “voile d'ignorance” par les discriminations positives**

**491** - C'est à ce stade qu'apparaît le véritable contresens sur les discriminations positives. La doctrine a tendance à placer les discriminations positives au sein de l'évolution

---

<sup>2422</sup> P. Noblet, « *Affirmative action* » aux Etats-Unis et discrimination positive en France, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 462.

du droit qui tendrait vers l'admission d'un véritable droit à la différence. Le premier effet est de provoquer une nuée de critiques sur la dangerosité d'une telle démarche qui confinerait, comme nous l'avons vu, au multiculturalisme. Le second effet, est de ne voir dans les discriminations positives que la seule mise en avant de la différence. Or, ce n'est aucunement la démarche première qui est de retrouver une égalité réelle en évitant les conséquences négatives d'une différence sur laquelle s'appuie un préjugé. S'il y a une quelconque volonté de stigmatiser, elle n'est pas dans la différence individuelle, mais dans la société telle qu'elle se présente aujourd'hui. Les discriminations positives permettent de mettre en valeur l'individu qui se cache derrière la différence (A.) et de révéler la société qui est derrière la discrimination négative actuelle (B.).

#### **A. L'individu derrière la différence**

**492** - On ne peut le nier, les discriminations positives n'ont pas pour vocation de gommer la différence, tout comme l'égalité dans son ensemble d'ailleurs<sup>2423</sup>. Les discriminations positives s'attaquent aux conséquences des préjugés portés sur la différence. Le but est donc de faire persister la différence sans qu'elle se transforme en inégalité. Elles concrétisent le refus de « *l'égalité par la fusion, par l'effacement de toute différence et de toute spécificité*<sup>2424</sup> ». En effet, le traitement différencié qu'elles impliquent est constitué en fonction d'une caractéristique propre à un ensemble donné de la population. Cette différence ne se trouve plus noyée dans la masse indéfinie de la règle de droit uniforme, mais est au contraire mise en avant par la construction de cette nouvelle règle de droit différenciée. L'égalité par la différenciation<sup>2425</sup> suppose la mise en avant des différences. C'est ainsi qu'apparaît le concept de droit à la différence qui est rattaché à la mise en place des discriminations positives. En France, cette expression a été utilisée pour la première fois en 1977 dans un projet de la commission de l'Assemblée nationale chargée d'examiner plusieurs

---

<sup>2423</sup> C. Schroeder, *L'esprit d'égalité. Contribution à la pensée politique de Luce Irigaray*, Editions Thot, 2002, p. 73 : « *L'égalité n'a pas vocation à effacer les différences* ».

<sup>2424</sup> L. Charpentier, *L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité*, RTDE, n°2, 1996, p. 281.

<sup>2425</sup> M-T. Lanquetin, *De l'égalité des chances. A propos de l'arrêt Kalanke*. CJCE, 17-10-1995, DS, n° 5, 1996, p. 494.

propositions sur les libertés<sup>2426</sup>. La simple évocation de cette expression de “droit à la différence” suscite parfois des réactions violentes. Anne-Marie le Pourhiet, faisant montre, une fois de plus<sup>2427</sup>, d’un style sincère mais quelque peu partial et déplacé, nous explique que l’invocation du droit à la différence « *tourne (...) à l’incantation et à la logorrhée* <sup>2428</sup> ». Ce discours moderne transformerait ainsi « *a priori en “droit” n’importe quelle revendication, aspiration, envie ou pulsion, de telle sorte que son éventuelle contestation soit par avance interdite ou condamnée par le politiquement correct mué en juridiquement correct* <sup>2429</sup> ». C’est ici une affirmation péremptoire mais néanmoins en contradiction avec la philosophie des discriminations positives et leur application actuelle. D’une part, elles ne s’attachent qu’aux éléments identitaires<sup>2430</sup> d’une personne en tant que représentante de la diversité universelle de l’être humain. Toutes les aspirations ne sont pas concernées par une différenciation juridique. D’autre part, l’auteur souligne l’absence de discussion possible<sup>2431</sup>, alors que, justement, les discriminations positives, en tant que modalité d’application exceptionnelle de l’égalité, bénéficient d’un régime de contrôle adapté à ce statut<sup>2432</sup>. Si le droit à la différence est un droit, voire un « *droit-créance* <sup>2433</sup> », il se met en place grâce à un processus démocratique tout à fait normal et classique. De plus, il dépasse le simple cadre de l’égalité pour s’installer dans le droit au respect de la vie privée de chacun<sup>2434</sup>, afin que chacun puisse soutenir le regard de l’autre<sup>2435</sup>. Il est, de ce point de vue, beaucoup moins critiquable car il constitue « *un regard d’ouverture* <sup>2436</sup> » de la société envers le mode de vie de chacun. L’absence de discussion n’existe donc pas forcément à l’endroit où le situe cet auteur. Le droit à la différence, concrètement, ne peut être un droit absolu. D’ailleurs, aucun auteur

---

<sup>2426</sup> Doc. A.N., n° 3455, 1<sup>ère</sup> sess. Ord. De 1977-1978, art. 12, p. 93 : « *La République française, une et indivisible, reconnaît et protège la diversité des cultures, des mœurs et des genres de vie. Chacun a le droit d’être différent et de se manifester comme tel.* » Sur ce projet : E. Forey, *L’égalité des cultes : un principe en évolution ?*, in « *Actualité politique et juridique de l’égalité* », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 41.

<sup>2427</sup> Pour un autre exemple de réaction extrême de cet auteur : A-M. le Pourhiet, Entretien réalisé par courrier électronique, 10.10.2005, Observatoire du communautarisme, <http://www.communautarisme.net> : elle qualifie ici la mise en place des discriminations positives de « *retour au droit des oranges-outans* ».

<sup>2428</sup> A-M. le Pourhiet, *Droit à la différence et revendication égalitaire : les paradoxes du postmodernisme*, in « *Le droit à la différence* », Sous la direction de N. Rouland, PUAM, 2002, p. 251.

<sup>2429</sup> *Ibid.*

<sup>2430</sup> Article 5 § 1, Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 01.11.1995.

<sup>2431</sup> A-M. le Pourhiet, *Loc. cit.* : « *présentée comme un “droit”, la différence est considérée comme acquise et donc insusceptible de discussion* ».

<sup>2432</sup> Cf supra, § 348 et s...

<sup>2433</sup> B. Beignier, *Rapport français sur les discriminations dans la vie privée*, in « *La discrimination* », Travaux de l’association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 603.

<sup>2434</sup> *Ibid.*

<sup>2435</sup> O. de Schutter, *La vie privée entre droit de la personnalité et liberté*, RTDH, 1999, p. 827.

<sup>2436</sup> G. Cohen-Jonathan, *Universalité et singularité des droits de l’homme*, RTDH, 2003, p. 3.

n'emprunte cette voie<sup>2437</sup>. Il s'agit de prendre en compte certaines différences qui sont essentielles sans pour autant perdre de vue l'horizon des grands principes individualiste et universaliste des droits de l'homme. C'est sa mesure qui fait sa nécessité, non son extrémisme. Tout le travail des discriminations positives, et de leur contrôle, est de trouver un juste milieu<sup>2438</sup>.

**493** - Plus nuancés, certains auteurs utilisent une autre expression qui montre toute la limite du raisonnement : celle de « *reconnaissance égalitaire* <sup>2439</sup> ». Sans doute plus vague et donc moins polémique que le droit à la différence, ces termes sont aussi plus ambigus. La reconnaissance implique l'idée de différence<sup>2440</sup> et de nécessité de parvenir à une égalité dans les faits. Il s'agit de la validation sociale de la recherche d'une égalité face à une situation sociale différente. L'accent n'est plus mis sur la caractéristique initiale qui sert de fondement à la discrimination actuelle, mais sur la différence de situation due à une discrimination latente et sur ses conséquences. Il y a moins de parti pris dans cette expression qui permet, en outre, d'être plus en adéquation avec la philosophie des discriminations positives. Le fait de reconnaître la différence de situation permet également de prendre en compte la différence dans la construction identitaire de chacun. Les discriminations positives s'apparentent plus à une « *politique de la reconnaissance* <sup>2441</sup> », à la concrétisation d'un « *besoin de reconnaissance* <sup>2442</sup> ». Or, cela ne s'attache pas véritablement à la différence elle-même, celle-ci étant déjà reconnue par le traitement inégalitaire que subissent certaines personnes. Il s'agit surtout de la reconnaissance du mérite et de la compétence qui se cache derrière la différence. A l'heure actuelle, les personnes discriminées ne sont prises en considération que par leur différence, cette dernière occultant toutes les autres caractéristiques qui constituent l'individualité de la personne. Nous retrouvons ici, en quelque sorte, le "voile d'ignorance" bien connu des économistes, mais aussi des lecteurs de John Rawls. Ce dernier utilise le voile d'ignorance comme un des fondements<sup>2443</sup> de sa théorie de la justice. Le voile d'ignorance lui

---

<sup>2437</sup> La plupart des auteurs reconnaissent la nécessité du droit à la différence, sans pour autant en faire la panacée des solutions en matière de lutte contre les discriminations : K. Pavis-Maurice, *La consécration internationale des droits politiques des femmes et leur mise en place en droit interne : pour une approche critique de la garantie des droits politiques des femmes*, RRJ, n°4, 2001, p.1661.

<sup>2438</sup> E. Laclau, *La guerre des identités. Grammaire de l'émancipation*, La Découverte, 2000, p. 17.

<sup>2439</sup> S. Wuhl, *L'égalité. Nouveaux débats*, PUF, 2002, p. 186.

<sup>2440</sup> C. Haroche, *Les paradoxes de l'égalité : le cas du droit à la reconnaissance*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 25.

<sup>2441</sup> L. Jaume, *Loi, Cités*, 08.2001, « Le travail sans fin ? Réalités du travail et transformations sociales », p. 231.

<sup>2442</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997, introduction, p. 19.

<sup>2443</sup> Rawls le qualifie lui-même de « *trait important* » : J. Rawls, *Justice et démocratie*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 1993, p. 225. Pour une étude approfondie : S. Dumitru, *Le concept de "voile d'ignorance" dans la*



permet de représenter les gens « *uniquement comme des personnes morales et non comme des personnes avantagées ou désavantagées par les contingences de leur position sociale, par la répartition des aptitudes naturelles ou par la chance et les accidents de l'histoire durant le déroulement de leur vie* <sup>2444</sup> ». Cela conduit les partenaires à « *juger les principes sur la seule base de considérations générales* <sup>2445</sup> ». Au sein des discriminations positives, ce voile d'ignorance ne peut être considéré comme fonctionnant de la même manière. Le préjugé constitue un voile d'ignorance vis-à-vis des personnes stigmatisées puisque leurs autres éléments d'individualité, leurs choix, leurs compétences particulières, sont ignorés car cachés par la vision péjorative d'un élément singulier. Le voile d'ignorance ne désigne pas l'état de la personne discriminée, mais celui des personnes qui font partie de la population avantagée. La mesure correctrice a alors pour mécanisme de déchirer ce voile d'ignorance en permettant à la victime d'une discrimination de pouvoir développer, de manière équivalente à toute autre personne, son identité dans toute sa complexité. En ce sens, mettre en place une discrimination positive ne constitue que la levée de ce voile d'ignorance, permettant ainsi aux personnes discriminées de pouvoir être identifiées dans toute leur complétude, et non seulement par rapport au seul élément servant de base à la discrimination actuelle. Cela explique la prépondérance de la notion de fraternité dans les discriminations positives. C'est cette dernière qui représente la volonté de déchirer ce voile d'ignorance afin d'aller au-delà des apparences. Plus le volontariat des acteurs privés sera important, plus le voile qui entoure les personnes discriminées se délitera facilement et de manière durable. Ce sont les rapports individuels - donc le cadre du droit privé - qui permettent le mieux une avancée de la reconnaissance d'une valeur égale des citoyens malgré leur différence. La levée de l'ignorance dans laquelle se confine jusqu'à présent concrétise la fraternité mise en œuvre. En offrant une égalité des chances à chacun, l'acteur privé reconnaît par ce biais de la différence, mais aussi les autres éléments identitaires de tous. Déchirer le voile d'ignorance concrétise l'acte fraternel.

**494** - L'affirmation selon laquelle « *Avec la politique de la différence, ce que l'on nous demande de reconnaître, c'est l'identité unique de cet individu ou de ce groupe, ce qui le distingue des autres. L'idée est que c'est précisément cette distinction qui a été ignorée,*

---

*philosophie de John Rawls*, Thèse, Ecole des hautes études en sciences sociales, Paris, 2004. Voir également D. Cohen, *Le voile de l'ignorance*, Le Monde, 16.02.2004.

<sup>2444</sup> J. Rawls, *Op. cit.*, p. 92.

<sup>2445</sup> J. Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, 1997, p. 168.

*passée sous silence, assimilée à une identité dominante ou majoritaire*<sup>2446</sup> », est incomplète lorsque sont en cause des discriminations positives. D'une part, parce que l'identité de l'individu dont il est question dépasse la différence pour inclure tous les autres éléments de la personnalité, d'autre part, parce que l'assimilation à l'identité dominante passe aussi par une stigmatisation discriminatoire de la différence. Il y a cependant un point qui se vérifie, celui de la responsabilité de la société mise en avant par les discriminations positives.

## B. La société derrière la discrimination

**495** - Effectivement, la différence est au cœur des discriminations positives, mais il s'agit moins de la différence de l'individu que de la différence de traitement qu'il subit : « *La politique de la différence dénonce toutes les discriminations* <sup>2447</sup> ». Cette politique oblige à repenser la non-discrimination en termes de traitements différents<sup>2448</sup>. Or, ces traitements sont l'affaire de la société car ils sont tout autant structurels qu'individuels. La peur des discriminations positives, notamment avec le communautarisme est de donner un sens à la relation sociale, c'est-à-dire de racialiser et plus généralement de faire entrer la différence dans le débat et dans la loi. Pour certains, cette politique relève de l'utopie car il est impossible de penser les communautés de manière pacifique dès lors que la race ou tout autre critère entre en jeu dans l'élaboration de la règle de droit<sup>2449</sup>. Ronald Dworkin<sup>2450</sup> a travaillé

---

<sup>2446</sup> C. Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Flammarion, Coll. Champs, 1997, p. 57. Voir également sur cette idée : B. Perreau, *L'intervention républicaine. Élément d'une herméneutique minoritaire*, Pouvoirs, 09.2004, p. 41.

<sup>2447</sup> C. Taylor, *Op. cit.*, p. 57 ; N. Belloubet-Frier, *Le principe d'égalité*, AJDA, n° spécial juillet-août 1998 « Les droits fondamentaux », p. 152.

<sup>2448</sup> C. Taylor, *Op. cit.*, p. 58.

<sup>2449</sup> D. Schnapper, *Contre la fin du travail*, Textuel, 1997, p. 38. L'auteur estime par ailleurs que le système français d'intégration ne souffre aucune critique. « *La France de l'intégration, par sa référence universelle, par son enseignement à vocation universelle, a permis aux individus de ne plus être définis par leur naissance et de connaître la mobilité sociale* » : D. Schnapper, *Intégration des immigrés et intégration nationale*, Migrants-formation, n° 25, décembre 1993, p. 14. Pourtant nous avons vu que le constat des effets de l'égalité universelle et abstraite n'est pas aussi brillant que le point de vue de Dominique Schnapper ne le laisse transparaître. Il paraît alors facile de refuser toute discrimination positive au vu de ses éventuels effets pervers, alors que le constat de l'égalité telle que nous la connaissons est idéalisé.

<sup>2450</sup> R. Dworkin, *Une question de principe*, PUF, 1996 ; R. Dworkin, *L'empire du droit*, PUF, Coll. Recherches politiques, 1994 ; R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Coll. Léviathan, 1995.

longuement cette question et a réfuté cette thèse<sup>2451</sup>. Pour ce théoricien, on ne peut nier que l'élément racial soit pris en compte lors de l'évaluation de chaque candidat, ce qui fait fortement penser à la ségrégation. Néanmoins, cette fois, les personnes qui sont soumises de manière négative à cette prise en compte, c'est-à-dire les Blancs, ne le sont pas dans un but de rejet<sup>2452</sup>. C'est la race qui est le point de départ de la construction de la mesure, non le racisme<sup>2453</sup>. A terme, le but recherché est justement « *la déracialisation de la conscience sociale* <sup>2454</sup> ». Pour l'auteur, le fait de développer les postes importants occupés par des Noirs (but immédiat), réaliserait dans l'avenir une baisse conséquente de la conscience de la race face à ces postes (but lointain de la mesure)<sup>2455</sup>. C'est mettre en évidence la forte prégnance de la race lors de l'octroi d'un poste, ce qui relève d'une forme de communautarisme. La conscience de l'identité différente d'une personne, est aussi reconnaître la différence de sa propre identité et se figurer comme étant un représentant de la race, pour reprendre le contexte américain, et plus largement de la culture ou du sexe dominant, et se confiner dans la situation favorisée de sa communauté. C'est aussi une forme de communautarisme. A l'inverse, le fait d'être systématiquement rejeté à cause de sa race par exemple, renforce aussi le poids de cette partie de son individualité et le communautarisme. En ce sens, dès lors que des comportements discriminatoires généralisés posent la question de la mise en place des discriminations positives, cela implique l'existence d'un certain communautarisme. Les discriminations positives ne sont pas une racialisation des relations, puisqu'elles sont déjà racialisées, mais une prise en compte juridique de la race, sans racisme, afin de parvenir à terme à une déracialisation de ces relations. Même si ce but peut être atteint à très long terme, ou qu'il n'est atteint qu'imparfaitement, la critique axée sur le développement du communautarisme n'est pas susceptible, à elle seule, de rejeter les discriminations positives. En effet, le communautarisme existe dès lors que certaines personnes possédant une caractéristique en commun sont victimes de préjugés<sup>2456</sup>. Les relations prennent déjà en

---

<sup>2451</sup> Ronald Dworkin étant un théoricien américain, il n'a considéré l'Affirmative Action que dans une perspective américaine, c'est-à-dire centrée sur la race. Cela n'est pas le cas en France, mais sa démarche peut être transposée aux autres types de discriminations positives, notamment celles intéressant les femmes.

<sup>2452</sup> Sur ce point, voir les explications de Daniel Sabbagh : D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Economica, Coll. Etudes politiques, 2003, p. 265.

<sup>2453</sup> Ces mesures obligent les Blancs à se définir eux-mêmes en tant que privilégiés : B. Perreau, *L'intervention républicaine. Elément d'une herméneutique minoritaire*, Pouvoirs, 09.2004, p. 41.

<sup>2454</sup> Cette expression est utilisée par Daniel Sabbagh en tant que lecture de la théorie de Dworkin : D. Sabbagh, *Op. cit.*, p. 269.

<sup>2455</sup> Cet argument est surtout développé dans l'ouvrage intitulé « Une question de principe ».

<sup>2456</sup> De nombreuses études psycho-sociales faites aux Etats-Unis montrent d'ailleurs que la racialisation des relations est très forte en dehors des dispositions qui prévoient des mesures d'*Affirmative action*. La théorie selon laquelle ces mesures amèneraient à penser spécifiquement la race ne supporte donc pas un tel constat. Sur ces études : D. Sabbagh, *L'affirmative action : effets symboliques et stratégie de présentation*, in « L'égalité des

compte la différence puisque cela conduit à des inégalités. Les discriminations positives ne sont pas autre chose que la prise en compte juridique de la racialisation ou de la subjectivité des relations sociales. Les discriminations positives ne font pas naître la différence, elles juridicisent simplement cette différence. Elles montrent que l'Etat a pris conscience de la discrimination et qu'il a la volonté de lutter contre elle. En ce sens, elles sont une stigmatisation de la société car leur mise en place est la preuve d'une discrimination constante et importante vis-à-vis de diverses catégories. On ne fait que reprocher aux discriminations positives ce que la société a créé. Elles ne sont que la preuve d'un dysfonctionnement, mais il est plus facile de leur reprocher leur manque de comptabilité avec l'égalité formelle et leurs conséquences négatives. Elles ont seulement le tort de mettre la société face à ses responsabilités.

---

chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 157.

## *Conclusion du Chapitre II*

496 - Toutes les critiques qui sont adressées aux discriminations positives sont recevables. Pourtant, la plupart d'entre elles peuvent être à leur tour critiquées car elles se concentrent sur les risques engendrés par la mise en œuvre de ces mesures : le développement du communautarisme, le sentiment d'humiliation ou la stigmatisation des personnes qui seraient amenées à bénéficier de ces mesures. Ces risques sont réels, mais ils ne sont pas mis en balance avec la situation actuelle. Il s'agit d'effectuer un « *solde* » de l'opération en vertu de la situation initiale et des effets pervers éventuellement provoqués par la discrimination positive<sup>2457</sup>. La mise à l'écart est alors possible si les risques encourus s'avèrent trop importants, mais ne peut servir de rejet généralisé des discriminations positives. De plus, un ces critiques contiennent un certain paradoxe. Qu'elles se réfèrent à la croissance du sentiment minoritaire<sup>2458</sup> ou encore à l'influence négative sur l'estime de soi<sup>2459</sup>, elles sont de l'ordre du sentiment ou du factuel. Or, ces éléments sont mis face à un principe d'égalité formelle qui s'oppose à ce genre de considérations<sup>2460</sup>. Les discriminations positives seraient précisément l'illustration typique de la prise en compte par le droit de ces éléments : elles représenteraient l'élaboration d'un cadre juridique afin de répondre aux préjugés et actes de rejets de personnes appartenant à des groupes jugés de manière négative et stéréotypée. On ne peut reprocher ce fait à ces mesures alors que la critique que l'on y apporte est située dans le même registre.

---

<sup>2457</sup> A. Hirschman, *La rhétorique progressiste et le réformateur*, in « Pluralisme et équité », sous la direction de J. Affichard et J-B. Foucauld, Esprit, 1996, p. 246.

<sup>2458</sup> Sur cette question vue de manière complète : A. Bredimas, *Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « Nouvelles formes de discriminations », sous la direction de L-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284.

<sup>2459</sup> Pour un analyse des différentes conséquences : D. Sabbagh, *L'affirmative action : effets symboliques et stratégie de présentation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 157.

<sup>2460</sup> Voir notamment : A-M. Le Pourhiet, *Discriminations positives ou injustice ?*, RFDA, 1998, n° 3, p. 519 ; A-G. Slama, *Contre la discrimination positive. La liberté insupportable*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 133.

## *Conclusion du Titre Second*

**497** - Le manque de référence à la fraternité dans le débat autour des discriminations positives est surprenant. C'est sans conteste la notion qui permet aux discriminations positives d'exprimer le mieux leur nature privée et profondément humaine. Les préjugés naissent dans les relations interindividuelles - et sont parfois relayés par la norme -, leurs conséquences en termes d'inégalités doivent donc se fonder en priorité sur le même type de relations. C'est le moyen le plus sûr de retrouver une égalité réelle, et c'est la fraternité qui occupe la place prépondérante pour y aboutir. Les discriminations positives apportent la preuve de l'humanité des relations sociales dans ce qu'il y a de plus négatif, mais aussi de plus positif. Elles remplissent parfaitement la fonction de l'égalité qui est « *l'égle valorisation des personnes humaines*<sup>2461</sup> ». La relation privilégiée qu'entretiennent les discriminations positives avec la fraternité, mais aussi avec la liberté, les place au cœur de la démocratie en mettant au premier plan l'individualité et l'épanouissement personnel. Les discriminations positives demandent d'aller au-delà des apparences. La personnalité d'un individu ne s'arrête pas à une simple différence mal aimée et la société ne s'arrête pas à la culture dominante. C'est un lever de rideau sur la coulisse d'une pièce de théâtre où l'égalité n'est pas ce qu'elle dit être ni ce qu'elle voudrait être.

---

<sup>2461</sup> E. Dockès, *Valeurs de la démocratie. Huit valeurs fondamentales*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2005, p. 47.

## *Conclusion de la Partie II*

**498** - Les discriminations positives relativisent le principe absolu de l'égalité formelle en tant que prise de conscience de la difficulté de s'en tenir à une égalité strictement générale. La mise en œuvre des discriminations positives fait aussi appel à la relativité. En effet, l'analyse qui porte sur ces mesures correctrices ne peut supporter l'isolement de la notion sans considération de l'environnement dans lequel elles s'inscrivent. Les circonstances qu'il importe de joindre à l'analyse sont aussi bien juridiques que sociologiques ou économiques. Les discriminations positives ne peuvent s'analyser que relativement. Tout d'abord, leur éventuelle mise en œuvre doit être mise en relation avec les notions juridiques qui s'attachent au registre sur lequel elles viennent se greffer. La liberté, la fraternité, les obligations positives portées à la charge de l'Etat se retrouvent toutes dans les discriminations positives. Ces mesures consacrent avant tout une volonté d'action de l'Etat, action qui se traduit par une correction de la situation discriminatoire constatée, et surtout qui va dans le sens de la jouissance et de l'effectivité du principe d'égalité<sup>2462</sup>.

**499** - Le contrôle exercé sur ces mesures relève aussi de la même nature et met en avant l'idée de relativité. Il se doit de placer la discrimination positive au sein de la société et d'analyser ces chances de réaliser une égalité substantielle. Les discriminations positives représentent l'"absolu relativisme" du droit qui s'inscrit dans une société. Ce sont les rouages de la société, dans son ensemble, qui créent le besoin de mesures correctrices, ces dernières doivent donc s'inscrire dans cette société en même temps que dans le droit positif. Ce contexte juridique et sociétal semble d'ailleurs plus accueillant pour ces mesures que le principe d'égalité lui-même. La mise en œuvre des discriminations positives pose doublement la question du relativisme : le principe d'égalité peut-il se satisfaire d'un absolu, et peut-on le

---

<sup>2462</sup> Ce point a des relations très fortes avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme allant toujours vers plus d'effectivité et évitant le caractère théorique et illusoire des droits garantis par la Convention. Pour les arrêts les plus récents : CEDH, 17.01.2006, Aoulmi c/ France, req. 50278/99 ; CEDH, Gde Ch., 01.03.2006, Sejdovic c/ Italie, req. 56581/00 ; CEDH, 02.03.2006, Pilla c/ Italie, req. 64088/00 ; CEDH, 09.03.2006, Svipsta c/ Lettonie, req. 66820/01 ; CEDH, 21.03.2006, Sale c/ France, req. 39765/04 ; CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Scordino c/ Italie (n°1), req. 36813/97 ; CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Cocchiarella c/ Italie, req. 64886/01 ; CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Riccardi Pizzati c/ Italie, req. 62361/00 ; CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Musci c/ Italie, req. 64699/01 ; CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Mostacciolo Guisepe c/ Italie (n°1), req. 64705/01 ; CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Mostacciolo Guisepe c/ Italie (n°2), req. 65102/01 ; CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Procaccini Giuseppina et Orestina, req. 65075/01 ; CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Zullo Ernestina c/ Italie, req. 64897/01 ; CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Apiccela c/ Italie, req. 64890/01 ; CEDH, 18.04.2006, Chadimova c. République tchèque, req. 50073/99 ; CEDH, 25.04.2006, Puig Panella c/ Espagne, req. 1483/02 ; CEDH, 27.04.2006, Sannino c/ Italie, req. 30961/03.

considérer isolément, sans rapport avec le droit en général et la société ? Ces deux questions sont intimement liées et la réponse à la seconde offre une nouvelle ouverture sur la première. En effet, les discriminations positives s'expriment à travers d'autres notions et réalisent même, dans une certaine mesure, la liaison entre les trois termes de la devise républicaine. En tant que réalisation particulière du principe d'égalité, elles réinscrivent ce principe primordial au sein du droit positif. De ce point de vue, les discriminations positives s'inscrivent parfaitement dans la théorie de la relativité puisqu'elles affectent les outils de mesure de l'égalité « *dont la substance même varie en fonction du contexte*<sup>2463</sup> ». Ce sont les conditions de mise en œuvre des discriminations positives qui montrent combien le principe d'égalité dans son ensemble doit évoluer vers la matérialité car il n'est pas le seul concerné. Il constitue un des pivots des sociétés démocratiques et ne peut être analysé que relativement aux autres. Un seul pilier ne peut soutenir un édifice. Pour cette raison, les discriminations positives demandent à ce que plusieurs forces participent au rétablissement de l'égalité et leur mise en place ne peut s'apprécier que dans ces circonstances. Or, c'est surtout le droit privé qui permet de révéler la véritable nature des discriminations positives ainsi que les relations entretenues avec d'autres notions juridiques. Les discriminations positives créent des liens forts entre l'égalité et d'autres notions, et permettent un nouvel élan du Droit. Leur recours n'est pas seulement possible au regard de l'orientation actuelle de l'égalité et du Droit en général mais il est pertinent. Elles apportent un nouveau souffle à l'action de l'Etat et redonnent une vigueur positive aux relations interindividuelles.

---

<sup>2463</sup> P. Amselek, *Le droit dans les esprits*, in « Controverses autour de l'ontologie du droit », sous la direction de P. Amselek et C. Grzegorzcyk, PUF, Coll. Questions, 1989, p. 27. L'auteur continue en ajoutant que « *la fixité de nos points de repère n'est qu'une illusion, une illusion apaisante, mais une illusion* ».



## CONCLUSION GENERALE

**500** - « *Le jugement de valeur porté sur les règles du droit positif est une préoccupation traditionnelle dans les discours et travaux sur le juridique*<sup>2464</sup> ». En ce sens, cette étude revêt un caractère profondément académique puisqu'il s'agit d'évaluer les règles instituant des discriminations positives. Cependant, ce travail dépasse largement cette simple problématique. En effet, les discriminations positives ne peuvent se penser qu'au sein du principe d'égalité dont elles sont une application, même exceptionnelle. Ces mesures correctrices font partie de la constellation des actions égalitaires qui leur sont plus ou moins liées. Tout l'intérêt est alors de connaître exactement le cadre des discriminations positives. Ce ne sont certainement pas des règles comme les autres, les discussions animées qui les entourent en attestent. Elles sont contestées, voire conspuées, car elles ne réagissent pas face à n'importe quelle situation : leur faire appel constitue avant tout un constat d'échec de la part de l'égalité classique<sup>2465</sup> et de la société. Il ne s'agit pas d'une simple inadaptation du principe tel que conçu depuis la Révolution<sup>2466</sup>, il s'agit d'un échec, d'une incapacité de la règle générale à provoquer l'égalité dans les faits. C'est ce que l'étude de la première partie met en exergue en distinguant les discriminations positives de toutes les autres situations égalitaires ou inégalitaires. Les discriminations positives reflètent l'affrontement entre la règle de droit et les sentiments provoqués lors de son application. Cette dialectique autour de l'égalité « *n'est sans doute qu'un révélateur parmi d'autres d'un monde dominé par l'égoïsme, le narcissisme, le matérialisme et le mercantilisme*<sup>2467</sup> ». Ce constat s'applique au besoin en discrimination positive, non à la demande concernant ces mesures. C'est l'état actuel de la

---

<sup>2464</sup> A. Jeammaud, *Evaluer le droit*, D., 1992, Doct., p. 38.

<sup>2465</sup> J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Coll. Droit et société. Série politique, vol. 35, 2003, p. 63 : Les discriminations positives représentent « *une prise de conscience des limites des politiques "universalistes"* ».

<sup>2466</sup> C. Starck, *La Constitution. Cadre et mesure du droit*, Economica, Puam, Coll. Droit public positif, 1994, p. 109 à 122.

<sup>2467</sup> A-M. le Pourhiet, *Droit à la différence et revendication égalitaire : les paradoxes du postmodernisme*, in « *Le droit à la différence* », Sous la direction de N. Rouland, PUAM, 2002, p. 251.

société qui ouvre la discussion sur les discriminations positives. Elles sont nécessaires, au-delà du problème de leur compatibilité avec le principe d'égalité, de par la généralisation de comportements dictés par les préjugés. Or, ce sont surtout les relations interindividuelles qui servent de moteur au préjugé qui fonde l'inégalité. L'approche privatiste a montré combien ce sont ces mêmes relations sociales qui doivent être privilégiées dans la mise en œuvre des discriminations positives. Ce sont elles qui représentent le meilleur espoir d'une lutte contre l'inégalité et par conséquent un retour palpable à l'égalité réelle. L'échec de la règle égalitaire formelle remet l'égalité à la place qui est la sienne : primordiale et centrale dans une société démocratique. Les discriminations positives recentrent l'égalité sur sa véritable nature, celle de mettre face à face deux individus qui, par leur interaction, constituent le plus petit noyau de la société, celui qui est porteur du sens même de l'humanité.

**501** - Cependant, l'étude de la concrétisation de l'égalité par les discriminations positives est impossible isolément. En tant que symbole du droit moderne, elle ne peut être examinée qu'en tenant compte des autres éléments du droit positif et de la société dans laquelle l'égalité s'inscrit, comme la seconde partie le démontre. C'est ici qu'apparaît la véritable question de cette étude : celle de la production du droit dans son ensemble et de la dialectique entre le droit et la société. Mettre en œuvre des discriminations positives révèle une certaine porosité du droit à des éléments qui lui sont extérieurs. La question des discriminations positives se retrouve dans la question plus générale des droits de l'homme tiraillés entre « *la coexistence très forte d'absolu et une conscience aussi forte que la réalité sociale n'y correspond jamais complètement*<sup>2468</sup> ». Cette réalité suppose l'ouverture du droit à d'autres sciences et aux données factuelles. Accepter les discriminations positives, et dans une certaine mesure se poser la question de la nécessité des discriminations positives, fait perdre l'autonomie du droit en tant que sous-système capable de produire des règles par lui-même<sup>2469</sup>. Le questionnement détruit la théorie du droit qui fait de ce dernier un système autopoïétique<sup>2470</sup>, qui a « *la capacité d'effacer, d'annuler ou annihiler les effets des événements ou des interventions externes*<sup>2471</sup> ». Les discriminations positives requièrent

---

<sup>2468</sup> W. Doise, *Droits de l'homme et force des idées*, PUF, 2001, p. 1.

<sup>2469</sup> Sur cette notion de sous-système : E. Morin, *Peut-on concevoir une science de l'autonomie ?*, in « L'auto-organisation. De la physique au politique », sous la direction de P. Dumouche et J-P. Dupuy, Seuil, 1984, p. 320.

<sup>2470</sup> Sur ces théories : C. Grzegorzcyk, *Système juridique et réalité : discussion de la théorie autopoïétique du droit*, in « Controverses autour de l'ontologie du droit », sous la direction de P. Amselek et C. Grzegorzcyk, PUF, Coll. Questions, 1989, p. 179.

<sup>2471</sup> H. Wilke, *La théorie autopoïétique du droit : autonomie du droit et transférences contextuelles*, in « Controverses autour de l'ontologie du droit », sous la direction de P. Amselek et C. Grzegorzcyk, PUF, Coll. Questions, 1989, p. 161.

l'introduction d'éléments statistiques, sociologiques et d'études factuelles. Elles altèrent les velléités révolutionnaires d'une égalité absolue, d'une « *hyperrègle*<sup>2472</sup> » ou d'une « *supervérité*<sup>2473</sup> » égalitaire. Elles traduisent la prégnance des données scientifiques, des faits, face au droit. Elles posent finalement un problème de légistique : elles concrétisent une question récurrente qui est celle de l'art de faire des lois et « *le but que l'on recherche dans la confection des lois* »<sup>2474</sup>. Elles donnent corps à la théorie qui veut que « *le droit comme norme n'a de sens que comme description du fait* », « *c'est un mouvement d'enchaînement qui façonne du lien social* »<sup>2475</sup>. Les discriminations positives ne sont que la mise en exergue du « *“langage de la vie réelle” de l'individu social* », fonction même du droit dans son ensemble<sup>2476</sup>. Cependant, elles peuvent se réaliser dans un cadre juridique classique. Si le préjugé, jugement de valeur, les amènent à renforcer le tiraillement entre le droit et le fait, leurs fondements juridiques montrent combien le droit offre une certaine viabilité pour canaliser ces comportements subjectifs. L'irrationalité qui conduit au besoin en discriminations positives, doit se traduire en droit uniquement par une rationalité accrue, ainsi que par des fondements sur lesquels elles s'expriment strictement définis à partir de notions juridiques classiques.

**502** - En ce sens, la relativité de la règle qu'elles peuvent introduire ne dément pas l'absolu du désir et de la recherche de l'égalité. Elles concrétisent l'idée selon laquelle la règle de droit n'est porteuse que d'un idéal, traduit par un objectif, qui peut être absolu. Elles renforcent même l'effectivité de l'idéal égalitaire par une efficacité de la règle proposée<sup>2477</sup>, laquelle dépend en premier lieu des relations interindividuelles et donc du droit privé. Peu importe alors la forme de la règle de droit tant que l'idéal qu'elle transcende reste absolu. Les discriminations positives s'inscrivent en ce sens parfaitement dans l'affirmation de Benjamin Constant selon laquelle « *La perfectibilité de l'espèce humaine n'est autre que la tendance vers l'égalité*<sup>2478</sup> ».

---

<sup>2472</sup> *Ibid.*

<sup>2473</sup> *Ibid.*

<sup>2474</sup> P-Y. Gautier, *Rapport de synthèse*, in « La loi. Bilan et perspective », sous la direction de C. Puigelier, Economica, Coll. Etudes juridiques, Tomme 22, 2005, p. 387.

<sup>2475</sup> J. Robelin, *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, 1994, p. 8.

<sup>2476</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>2477</sup> Pour une étude de la différence entre les notions d'effectivité et d'efficacité : A. Jeammaud, *Loc. cit.*

<sup>2478</sup> B. Constant, *De la liberté chez les modernes*, Ecrits politiques recueillis par M. Gauchet, Hachette, Coll. Pluriel, 1980, p. 591.



# **BIBLIOGRAPHIE**

## **I. Traité, ouvrages généraux, manuels**

- ALLAND (D.), RIALS (S.)** (Dir.)  
*Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/ PUF, 2003
- ARNAUD (A.J.)** (Dir.)  
*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 1993
- AUBERT (J-L.)**  
*Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2004
- AUDIT (B.)**  
*Droit international privé*, Economica, Coll. Corpus droit privé, 4<sup>ème</sup> édition, 2006
- PEREZ-BARBA MARTINEZ (G.)**  
*Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Série Droit, n° 38
- BEIGNIER (B.)**  
*Manuel d'introduction au droit*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2004
- BENABENT (A.)**  
*Les obligations*, Coll. Domat droit privé, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> édition, 2005
- BONNARD (R.)**  
*Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1926
- BOULOUIS (J.), CHEVALLIER (R-M.), FASQUELLE (D.), BLANQUET (M.)**  
*Grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Tome 2, Droit communautaire des affaires, marché intérieur, politiques communautaires, Dalloz, 5<sup>ème</sup> édition, 2002
- CABRILLAC (R.)**  
*Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. Dalloz Cours, Série droit privé, 6<sup>ème</sup> édition, 2005
- CARBONNIER (J.)**  
*Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République*, Flammarion, 1996  
*Droit Civil*, Tome I, Les personnes, PUF, Coll. Thémis Droit privé, 2000
- CHARRIER (J-L.)**  
*Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Litec, 2005
- COEURET (A.), FORTIS (E.)**  
*Droit pénal du travail*, Litec – Jurisclasseur, 3<sup>ème</sup> édition, 2004
- CONSTANTINESCO (L-J.)**  
*Traité de droit comparé. Tome II. La méthode comparative*, LGDJ, Paris, 1974
- CORNU (G.)**  
*Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 7<sup>ème</sup> édition revue et corrigée, 2005

**COURBE (P.)**

*Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. Mémento Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2005

**DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.)**

*Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> édition, 1992

**DESPORTES (F.), GUNEHEC (F. LE)**

*Droit pénal général*, Economica, 2005

**DUBOIS (L.), BLUMANN (C.)**

*Droit communautaire matériel*, Domat-Montchrestien, Coll. Droit public, 1999

**ENCINAS DE MUNAGORRI (R.)**

*Introduction au droit*, Flammarion, Coll. Champs Université, 2002

**FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.),  
PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFINI (G.), TREMEAU (J.)**

*Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Coll. Précis, 3<sup>ème</sup> édition, 2005

**GAUTRON (J-C.)**

*Droit européen*, Dalloz, Coll. Mémento, 2004

**GRIMALDI (M.)**

*Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, Coll. Dalloz action, 1998

*Droit civil. Successions*, Litec, Coll. Manuels, 6<sup>ème</sup> édition, 2001

**GUYON (Y.)**

*Droit des affaires, tome 1. Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 11<sup>ème</sup> édition, 2001

**HAURIOU (M.)**

Précis de droit administratif et de droit public, 6<sup>ème</sup> édition, 1907

**HERON (J.)**

*Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996

**JUGLARD (M. DE), IPPOLITO (B.)**

*Les sociétés commerciales. Cours de droit commercial*, 2<sup>ème</sup> vol., 2<sup>ème</sup> édition entièrement refondue par J. Dupichot, Montchrestien, 1999

**KOLB (P.), LETURMY (L.)**

*Droit pénal général*, Gualino éditeur, Coll. Manuels, 2005

**LABBEE (X.)**

*Introduction générale au droit : pour une approche éthique*, Presses Universitaires du Septentrion, 2002

**LAMBERT-FAIVRE (Y.)**

*Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Droit privé, Coll. Précis, 5<sup>ème</sup> édition, 2004

**LEBRETON (G.)**

*Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, Coll. U, Série Droit, 2<sup>ème</sup> édition, 1996

**LEGER (P.)**

*Commentaire article par article des Traités U.E. et C.E.*, Dalloz, 2000

**LEGRAND (P.)**

*Le droit comparé*, PUF, 1999

**LENOIR (N.), MATHIEU (B.)**

*Les normes internationales de la bioéthique*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998

**MADIOT (Y.)**

*Droits de l'homme*, 2<sup>ème</sup> édition, Masson, 1991

**MAINGUY (D.)**

*Introduction générale au droit*, Litec, Coll. Objectif droit, 4<sup>ème</sup> édition, 2005

- MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.)**  
*Les obligations*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2005
- MALINVAUD (P.)**  
*Droit des obligations*, 8<sup>ème</sup> édition, Litec, 2003
- MASSIP (J.)**  
*Les incapacités*, Defrénois, 2002
- MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.)**  
*Leçons de droit civil*, T. 1, vol. 1<sup>er</sup>, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> édition
- MINE (M.), ROSE (H.), STRUILLOU (Y.)**  
*Droit du licenciement des salariés protégés*, 2<sup>ème</sup> édition, Economica, 2002
- MONEGER (F.)**  
*Droit international privé*, Litec, 2005
- MORIN (J.-Y.)**  
*Liberté et droits fondamentaux dans les constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruylant, Coll. Universités francophones, 1999
- MOULY (J.)**  
*Droit du travail*, Bréal, Coll. Lexifac Droit, 2<sup>ème</sup> édition, 2004
- PARQUET (M.)**  
*Introduction générale au droit*, Bréal, Coll. Lexifac, 3<sup>ème</sup> édition, 2005
- PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.)**  
*Droit du travail*, Dalloz, Droit privé, Coll. Précis, 2<sup>ème</sup> édition
- PETIT (B.)**  
*Introduction générale au droit*, Presses Universitaires de Grenoble, Coll. Le droit en plus, 4<sup>ème</sup> édition, 1998
- POILLOT-PERUZZETTO (S.), LUBY (M.)**  
*Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, 1998
- PORCHY-SIMON (S.)**  
*Les obligations*, 3<sup>ème</sup> édition, Hypercours, Dalloz, 2004
- RIVERO (J.), MOUTOUH (H.)**  
*Les libertés publiques*, Tome 1, « Les droits de l'homme », PUF, Coll. Thémis Droit public, 7<sup>ème</sup> édition mise à jour, 2003
- RODIERE (P.)**  
*Droit social de l'Union Européenne*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2002
- ROY (M. LE)**  
*L'évaluation du préjudice corporel*, Litec Coll. Pratique professionnelle, 13<sup>ème</sup> éd., 2002
- ROUJOU DE BOUBEE (G.), FRANCILLON (J.), BOULOC (B.), MAYAUD (Y.)**  
*Code pénal commenté*, Dalloz, 1996
- STARCK (B.)**  
*Introduction générale au droit*, Litec, 2000
- SUDRE (F.)**  
*Droit international et européen des droits de l'homme*, 7<sup>ème</sup> édition refondue, PUF, Coll. Droit fondamental, 2005
- SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.)**  
*Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, PUF, 2005
- SZRAMKIEWICZ (R.)**  
*Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1995
- TERRE (F.)**  
*Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 1998

**VENISTE (E. BEN)**

*Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, vol. 2, Editions de Minuit, 1969

**VINEY (G.)**

*Les obligations – Les effets – La responsabilité*, LGDJ, 1988

**WASCHMANN (P.)**

*Les droits de l'homme*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1992

## **II. Ouvrages spéciaux, thèses, colloques, ouvrages collectifs, rapports**

**ADJIMAH-SATHOUD (V.)**

*L'égalité des cocontractants en droit civil des obligations*, Thèse, Bordeaux, 1987

**AKANDJI (J-F.)**

*Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006

**AMADIEU (J-F.)**

*Rapport sur les discriminations à l'embauche (De l'envoi du CV à l'entretien)*, Observatoire des discriminations, avril 2005, <http://cergors.univ-paris1.fr/docsatelecharger/Discriminationsenvoientretien..pdf>.

**ANTOINE (G.)**

*Liberté égalité fraternité ou les fluctuations d'une devise*, Unesco, 1981

**ATTAL-GALY (Y.)**

*Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003

**AUBIN (E.)**

*L'essentiel du droit des politiques sociales*, Gualino éditeur, Coll. Les carrés, 2005

**AUDARD (C.)**

*Individu et justice sociale : autour de John Rawls*, Seuil, Coll. Points. Politique, 1988

**BACHARAN (N.)**

*Histoire des Noirs américains au XX<sup>ème</sup> siècle*, Editions Complexe, 1994

**BALAUDE (J-F.)**

*Les théories de la justice dans l'Antiquité*, Nathan Université, Coll. Philosophie, 1996

**BAUER (M.), FOSSIER (T.)**

*Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, 2<sup>ème</sup> édition revue et augmentée, ESF éditeur, 1996

**BECHILLON (D. DE)**

*Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997

**BERTHIAU (D.)**

*Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Bibliothèque de droit privé, Tome 320, LGDJ, 1999

**BLOCH (E.)**

*Droit naturel et dignité humaine*, Editions Payot et Rivages, 2002

**BOBBIO (N.)**

*Droite et gauche (Essai sur une distinction politique)*, Seuil, 1996



**BORGETTO (M.)**

*La notion de fraternité en droit public français. La passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 170, 1993

*La devise liberté égalité fraternité*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 1997

**BOUCHER (M.) (Dir.)**

*De l'égalité formelle à l'égalité réelle. La question de l'ethnicité des dans les sociétés européennes*, L'Harmattan, 2001

**BOUCHER (M.)**

*Les théories de l'intégration. Entre universalisme et différentialisme*, L' Harmattan, 2000

**BOURGEOIS (L.)**

*Solidarité*, Armand Colin, 1896

**BUI-XUAN (O.)**

*Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Economica, Coll. Corpus essais, 2005

**BURDEAU (G.)**

*Traité de science politique*, Tome VI, Vol. II, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 1971

**CADOUX (C.)**

*La Cour Suprême et le problème noir aux Etats-Unis*, Thèse, Lyon, Bosc Frères, 1957

**CALVES (G.)**

*L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, LGDJ, 1998

*La discrimination positive*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004

**CARBONNIER (J.)**

*Sociologie juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 1994

**CASTEL (R.)**

*L'ordre psychiatrique, l'âge d'or de l'aliénisme*, Edition de Minuit, Paris, 1976

**CHAPPUIS (R.)**

*La solidarité. L'éthique des relations humaines*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1999

**CHEVALLIER (J.)**

*L'Etat post-moderne*, LGDJ, Coll. Droit et société. Série politique, vol. 35, 2003, p. 63

**COLLI (J-C.)**

*Libérez l'égalité*, Coll. Les idées de la liberté, La Table Ronde, 1982

**COLMOU (A-L.)**

*Rapport du ministre de la fonction publique sur l'encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes*, La Documentation française, 1999

**COMMISSION DE VENISE**

*Rapport sur le traitement préférentiel des minorités nationales par leur Etat-parent*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 48<sup>ème</sup> réunion plénière

**CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

*Rapport sur la jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France*, XI<sup>ème</sup> conférence des cours constitutionnelles, 1998, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/internat/liberg.rtf/>

**CONSEIL DE L'EUROPE**

*L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes*, <http://www.coe.int/t/f>

*Rapport sur la protection des droits des minorités*, 05.06.1996, Doc. 7572

*L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*. Rapport final d'activité du

- Groupe de spécialistes pour une approche intégrée*, EG-S-MS(1998)  
*Réadaptation et intégration des personnes handicapées : politique et législation*, Rapport élaboré par le Comité pour la réadaptation et l'intégration des personnes handicapées, 6<sup>ème</sup> édition, Editions du Conseil de l'Europe, 2001
- CONSEIL D'ETAT**  
*Rapport public 1996 sur l'égalité*, La documentation française, 1997  
*Rapport public 1999 sur l'intérêt général*, La documentation française, 2000  
*L'utilité publique aujourd'hui*, La documentation française, Coll. Les études du Conseil d'Etat, 1999
- CONSTANT (B.)**  
*De la liberté chez les modernes*, Ecrits politiques recueillis par M. Gauchet, Hachette, Coll. Pluriel, 1980
- CORNESSE (I.)**  
*La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2001
- COURVOISIER (C.), CHARLOT (P.) (Dir.)**  
*Actualité politique et juridique de l'égalité*, Presses Universitaires de Dijon, 2003
- CRUET (J.)**  
*La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908
- DANTI-JUAN (M.)**  
*Les principes directeurs du droit pénal et le Conseil constitutionnel*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 2000
- DAVID (F.)**  
 La notion de discrimination positive en droit public, Thèse, Poitiers, 2001
- DAVID (M.)**  
*La solidarité comme contrat et comme éthique*, Coll. Mondes en devenir, Berger-Levrault, Institut international d'études sociales, Genève, 1982
- DEBET (A.)**  
*L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**  
*Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1977  
*L'égalité des sexes*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998
- DELEUZE (G.), GUATTARI (F.)**  
*Qu'est-ce que la philosophie ?*, Editions de Minuit, 1991
- DELMAS-MARTY (M.)**  
*Pour un droit commun*, Seuil, Coll. La librairie du XXème siècle, 1994  
*Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(I)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2004  
*Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit(II)*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2006
- DEMONQUE (M.), EICHENBERGER (Y.)**  
*La participation*, Editions France empire, paru en S.D
- DOCKES (E.)**  
*Valeurs de la démocratie. Huit valeurs fondamentales*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2005
- DOISE (W.)**  
*Droits de l'homme et force des idées*, PUF, 2001

**DROOGHENBROECK (S. VAN)**

*La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2001

**DUBAR (C.)**

*La crise des identités. L'interprétation d'une mutation*, PUF, Coll. Lien social, 2001

**DUBET (F.)**

*Les inégalités multipliées*, Editions de l'Aube, 2000

**DUBOUT (E.)**

*L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Coll. Thèses, 2006

**DUBY (G.), PERROT (M.)**

*Histoire des femmes en Occident*, tome V. 'Le XXème siècle', sous la direction de F. Thébaut, Plon, Coll. Tempus, 2002

**DUMITRU (S.)**

*Le concept de "voile d'ignorance" dans la philosophie de John Rawls*, Thèse, Ecole des hautes études en sciences sociales, Paris, 2004

**DUTHEIL-WAROLIN (L.)**

*La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse, Limoges, 2004

**DWORKIN (R.)**

*L'empire du droit*, PUF, Coll. Recherches politiques, 1994

*Prendre les droits au sérieux*, PUF, Coll. Léviathan, 1995

*Une question de principe*, PUF, 1996

**EISENMANN (C.)**

*Centralisation et décentralisation*, LGDJ, 1948

**FAUROUX (R.)**

*La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Rapport public, juillet 2005

**FENET (A.)**

*L'Europe et les minorités*, in « Le droit et les minorités. Analyses et textes », Bruylant, Coll. Organisation internationale et relations internationales, Bruxelles, 1995

**FERRY (J-M.)**

*Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine*, Tome 2, Ed. du Cerf, 1991

**FITOUSSI (J-P.), ROSANVALLON (P.)**

*Le nouvel âge des inégalités*, Seuil, 1996

**GAC-PECH (S. LE)**

*La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 335, 2000

**GAUCHET (M.)**

*La démocratie contre elle-même*, Gallimard, Coll. Tel, 2002

**GAVIN-MILLAN (E.)**

*Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 383, 2003

**GELOT (B.)**

*Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques. Aspects théoriques et pratiques*, Bibliothèque de droit privé, Tome 403, LGDJ, 2003

**GHESTIN (J.), FONTAINE (M.)**

*La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, LGDJ, 1996

**GIL-ROBLES (A.)**

*Rapport sur le respect effectif des droits de l'homme en France*, 15.02.2006, Bureau du Commissaire aux droits de l'homme, [http://www.coe.int/t/f/commissaire\\_d.h/](http://www.coe.int/t/f/commissaire_d.h/)

**GOYARD-FABRE (S.), SEVE (R.)**

*M. Hauriou. La Science sociale traditionnelle. Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, 1986

**GRANEL (G.)**

*Le sens du temps et de la perception chez E. Husserl*, Gallimard, 1968

**GREVY (M.), LANQUETIN (M-T.)**

*Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001*, Recherche pour le ministère de l'Emploi et de la Cohésion sociale, AFEM, 2005

**GUILLARME (B.)**

*Rawls et l'égalité démocratique*, PUF, Coll. Questions, 1999

**GUTMANN (D.)**

*Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 327, 2000

**HAMONIAUX (T.)**

*L'intérêt général et le juge communautaire*, Coll. Systèmes, LGDJ, 2001

**HAUT COMMISSARIAT A L'INTEGRATION**

*Rapport relatif aux discriminations*, 1998

**HAYEK (F. VON)**

*Droit, législation et liberté. Le mirage de la justice sociale*, Tome 2, Traduit de l'allemand par R. Audouin, PUF, Coll. Quadrige, 1976

**HEBRAUD (P.)**

*Observations sur la notion de temps dans le droit civil*, in « Etudes offertes à Pierre Kayser », tome II, PUAM, 1979

**HEGEL**

*Leçons sur l'histoire de la philosophie*, trad., Gallimard, 1954

**HEIDEGGER (M.)**

*Sein und Zeit*, Niemeyer, Tübingen, 9<sup>ème</sup> éd., 1972

**HENNETTE-VAUCHEZ (S.), GIRARD (C.) (Dir.)**

*La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, Coll. Droit et justice, 2005

**HERITIER (F.)**

*Masculin/féminin. La pensée de la différence*, Odile Jacob, 1996

**HERNU (R.)**

*Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003

**HOLLINGER (D.)**

*Postethnic America : Beyond Multiculturalism*, New York, Basic Books, 1995

**JEANNOT (G.)**

*Les usagers du service public*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1993

**JOUBE (D.)**

*Modélisation sémantique de la réglementation*, thèse, Lyon, 2003

**JUROVICS (Y.)**

*Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit international et communautaire, Tome 116, 2002

**KALLEN (H.)**

*Culture and Democracy in the United States : Studies in the Group Psychology of the American Peoples*, New York, Boni and Liveright, 1924

**KARIMI (A.)**

*Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 306, 2001

**KASTANAS (E.)**

*Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans le jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996

**KELSEN (H.)**

*Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999

**KESLASSY (E.)**

*Démocratie et égalité*, Bréal, Coll. Thèmes et débats sociologie, 2003

*De la discrimination positive*, Bréal, 2004

**KIS (J.)**

*L'égalité dignité : essai sur les fondements des droits de l'homme*, Seuil, 1989

**KOUBI (G.), GUGLIELMI (G.J.) (Dir)**

*L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives*, La découverte, Coll. Recherches, 2000

**LACLAU (E.)**

*La guerre des identités. Grammaire de l'émancipation*, La Découverte, 2000

**LACORNE (D.)**

*La crise de l'identité américaine, du melting-pot au multiculturalisme*, Fayard, 1997

**LAJOIE (A.)**

*Quand les minorités font la loi*, PUF, Coll. Les voies du droit, 2002

**LALANDE (A.)**

*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Coll. Quadrige, 1997

**LAMBERT (T.) (Dir.)**

*Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité*, Economica, 1999

**LANQUETIN (M-T.), PETTITI (C.), SUTTER (C.)**

*L'égalité juridique entre les femmes et les hommes dans la Communauté européenne*, Bruylant, 1994

**LAPIERRE (J-W.)**

*Qu'est-ce qu'être citoyen ?*, PUF, Coll. La politique éclatée, 2001

**LAUFER (J.)**

*L'entreprise et l'égalité des chances*, Secrétariat chargé des droits des femmes, La Documentation française, 1992

**LECLERC (F.)**

*La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant, 1995

**LEROY-BEAULIEU (A.)**

*Les doctrines de la haine*, Calmann-Lévy, 1902

**LETURCQ (S.)**

*Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et devant la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 125, 2005

**LEVENEUR (L.)**

*Situations de fait et droit privé*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 212, 1990

**LIMBACH (F.)**

*Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 412, 2004

**LINOTTE (D.)**

*Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse, Bordeaux, 1975

**LITTY (O.)**

*Inégalité des parties et durée du contrat. Etude de 4 contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 322, 1999

**LUCAS-SCHLOETTER (A.)**

*Droit moral et droits de la personnalité. Etude de droit comparé français-allemand*, PUAM, 2002, n° 233

**MALEWSKA-PEYRE (H.)**

*Réflexion sur les valeurs, l'identité et le processus de socialisation*, Droit et société, n° 19, 1992, p. 215

**MANENT (P.)**

*La cité de l'homme*, Fayard, 1994

**MARCHADIER (F.)**

*Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Thèse, Limoges, 2005

**MARUANI (M.) (Dir.)**

*Les nouvelles frontières de l'inégalité. Hommes et femmes sur le marché de l'emploi*, Paris, La Découverte, 1998

**MATHIEU (B.)**

*La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais) usage en droit positif d'un principe universel*, in « Le droit, la médecine et l'être humain », PUAM, 1996, p. 235

**MAURER (B.)**

*Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La documentation française, 1999

**MEKKI (M.)**

*L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 411, 2004

**MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)**

*Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica/PUAM, Coll. Droit public positif, Paris/Aix-en-Provence, 1997

**MESURE (S.), RENAUT (A.)**

*Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Alto-Aubier, 1999

**MEYER (M.)**

*Petite métaphysique de la différence*, LGF, Coll. Bibliothèque essai, 2000

**MILL (J. S.)**

*De l'assujettissement des femmes*, Trad. française M-E. Cazelles, Avatar, Paris, 1992

**MINC (A.)**

*La France de l'an 2000*, Rapport officiel, Odile Jacob/ La Documentation française, 1994

**MINOIS (G.)**

*Histoire de la vieillesse de l'Antiquité à la Renaissance*, Fayard, Paris, 1987

**MOESCHLER (J.), REBOUL (A.)**

*Dictionnaire encyclopédique de pragmatique*, Seuil, 1998

**MONERA (F.)**

*L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 117, 2004

**MORENA (F. DE LA)**

*Recherche sur le principe de laïcité en droit français*, Thèse pour le doctorat en droit public, sous la direction de S. Regourd, Université des Sciences sociales de Toulouse, Dactylographiée, 1999

**MOUTOUH (H.)**

*Recherche sur un "droit des groupes" en droit public français*, Thèse, Bordeaux, 1996

**MUNOZ-DARDE (V.)**

*La justice sociale. Le libéralisme égalitaire de John Rawls*, Nathan Université, Coll. Philosophie, n° 128, 2000

**NAGEL (T.)**

*Egalité et partialité*, (trad.), PUF, Coll. Philosophie morale, 1997

**NATIONS UNIES**

*Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, 07.02.2000, HRI/GEN/1/Rev.4

*Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, 12.05.2004, HRI/GEN/1/Rev.7

**NOGUEROL (D.)**

*Discriminations sexuelles et droit européen*, Masson, Coll. Réalités CEE, 1993

**OFFERLE (M.)**

*Sociologie des groupes d'intérêt*, Montchrestien, Coll. Clés politiques, 1994

**OPPETIT (B.)**

*Droit et modernité*, PUF, 1998

**OIT**

*Regards sur l'avenir de la justice sociale. Mélanges à l'occasion du 75<sup>ème</sup> anniversaire de l'OIT*, Bureau international du travail, Genève, 1994

**PARLEMENT EUROPEEN**

*Incidences variables des systèmes électoraux sur la représentation politique des femmes*, Document de travail, Série Droit des femmes, Direction générale des études Luxembourg, 1997

**PAVIA (M-L.), REVET (T.) (Dir.)**

*La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999

**PELLISSIER (G.)**

*Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996

**PELOILE (B.)**

*Enquête sur une disparition. La notion d'identité nationale comme négation de la nation*, La pensée, 1996

**PERELMAN (C.)**

*Les notions à contenu variable*, Bruylant, 1984

**PERROT (M.) (Dir.)**

Problèmes politiques et sociaux, n° 835, 2000, « An 2000 : quel bilan pour les femmes »

**PHILIPPE (X.)**

*Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica/PUAM, Coll. Science et Droit administratifs, 1990

**PIKETTY (T.)**

*L'économie des inégalités*, La Découverte, Coll. Repères, 1997

**PRECHAL (S.)**

*Combating indirect discrimination*, Legal issues of European integration, 1993

**PROUDHON (P.-J.)**

*Du principe fédératif*, Ed. H Trinquier, 1997

**RANGEON (F.)**

*L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986

**RAWLS (J.)**

*Justice et démocratie*, Seuil, Coll. La couleur des idées, 1993

*Le droit des gens*, Esprit, Coll. Philosophie, 1996

*Théorie de la justice*, Seuil, 1997

**RENAUT (A.), SOSOE (L.)**

*H. Harendt et l'idée moderne du droit*, Coll. Philosophie du droit, PUF, 1991

**RIALS (S.)**

*Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, tome 135, 1980

**RICHARD (J.-L.) (Dir.)**

*Les immigrés dans la société française*, Problèmes politiques et sociaux, n° 916, 09.2005

**ROBELIN (J.)**

*La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, 1994

**ROSANVALLON (P.)**

*Le Sacre du citoyen*, Gallimard, 2001

**ROSANVALLON(P.), FITOUSSI (J.-P.)**

*Le nouvel âge des inégalités*, Seuil, 1996

**ROUBIER (P.)**

*Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1960

*Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005

**ROULAND (N.) (Dir.)**

*Le droit à la différence*, PUAM, 2002

**ROULAND (N.)**

*L'Etat français et le pluralisme*, Odile Jacob, 1995

**ROULOT (J.-F.)**

*Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2002

**RUDDER (V. DE), POIRET (C.), VOUREC'H (F.)**

*L'inégalité raciste. L'université républicaine à l'épreuve*, PUF, 2000

**SABBAGH (D.)**

*L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Economica, Coll. Etudes politiques, 2003

**SACCO (R.)**

*La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Coll. Etudes juridiques comparatives, Economica, 1991

**SALLET (F.)**

*La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, LGDJ, Travaux et recherche Panthéon-Assas Paris II, 1994

**SAVATIER (R.)**

*Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 1964

**SCHNAPPER (D.)**

*La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Gallimard, 2002

*Contre la fin du travail*, Textuel, 1997



**SCHNAPPER (D.), BACHELIER (C.)**

*Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Gallimard, Coll. Folio/actuel, 2000

**SCHOFFLIN (P.)**

*Dépendance et solidarités. Mieux aider les personnes âgées*, Rapport de la Commission, La documentation française, 1991

**SCHROEDER (C.)**

*L'esprit d'égalité. Contribution à la pensée politique de Luce Irigaray*, Editions Thot, 2002

**SCOTT (J. W.)**

*La Citoyenne paradoxale*, Albin Michel, 1998

**SEN (A.)**

*L'économie est une science morale*, La Découverte, 2003

**SFEZ (L.)**

*L'égalité*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1989

**SLAMA (A-G.)**

*Le siècle de monsieur Pétain. Essai sur la passion identitaire*, Perrin, 2005

**SPIELMAN (D.)**

*L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, 1995

**STARCK (C.)**

*La Constitution. Cadre et mesure du droit*, Economica, Puam, Coll. Droit public positif, 1994

**STASI (B.)**

*Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2004

**STASSE (F.)**

*Egalité et discriminations positives*, la Documentation française, Coll. Regards sur l'actualité, n° 232, 1997

**STIRN (B.)**

*Les libertés en question*, Montchrestien, Coll. Clefs - Politiques, 6<sup>ème</sup> édition, 2006

**TAGUIEFF (P-A.)**

*La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, La Découverte, 1988

**TAINE (H.)**

*Les origines de la France contemporaine. La Révolution*, Tome 1, « L'anarchie », Librairie Hachette et Cie, Paris, 1885

**TAVARES DA SILVA (R.)**

*Etude sur le bilan du fonctionnement effectif des mécanismes nationaux pour l'égalité entre les femmes et les hommes dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, Direction générale des droits de l'homme, CDEG(2004)19

**TAYLOR (C.)**

*Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Flammarion, Coll. Champs, 1997

**THOMAS (H.)**

*Vieillesse dépendante et désinsertion politique*, L'Harmattan, 1996

**TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT**

*Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, T. XIV, Dalloz, 1965

*La discrimination*, Journées franco-belges, Société de législation comparée, Tome LI/2001, 2004

**TRUCHET (D.)**

*Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977

**VERNANT (P.)**

*L'individu, la mort, l'amour, soi-même et l'autre en Grèce ancienne*, Gallimard, 1989

**VOGEL-POLSKY (E.) (Dir)**

*Etude des programmes d'action positive en tant que stratégies destinées à intégrer les travailleurs féminins et d'autres groupes minoritaires dans le marché du travail*, Centre de sociologie du droit social de Bruxelles, Commission des Communautés Européennes, Document n° 34, V/30/83/Fr – Orig. Fr, 1982

**VIRALLY (M.)**

*La pensée juridique*, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 1998, p. 188

**WALINE (M.)**

*L'individualisme et le droit*, Domat, Montchrestien, 1949

**WALZER (M.)**

*Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Coll. La couleur des idées, Seuil, 1997

**WEILL (P.)**

*La France et ses étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*, Gallimard, Coll. Folio, 2005

**WIEVIORKA (M.) (Dir.)**

*Racisme et xénophobie en Europe. Une comparaison internationale*, La Découverte, 1994

*Une société fragmentée. Le multiculturalisme en débat*, La découverte, 1996

**WIEVIORKA (M.)**

*Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, La Découverte, 1996

*La différence. Identités culturelles : enjeux, débats et politiques*, L'aube, Coll. Poche essai, 2005

**WUHL (S.)**

*L'égalité. Nouveaux débats*, PUF, 2002

**XYNOPOULOS (G.)**

*Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 179, 1995

**ZOLLER (E.)**

*Le droit des Etats-Unis*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2001

**III. Articles, contributions**

**ABIKHZER (F.)**

*La discrimination positive en France : un concept mort-né ? L'avenir juridique d'une conception identitaire*, RRJ, 2005-4, vol. 1, p. 2081

**ACHIN (C.)**

*Un "métier d'homme" ? Les représentations du métier de député à l'épreuve de sa féminisation*, RFSP, vol. 55, n° 3, 06.2005, p. 477

**AGOSTINI (C.)**

*Le fondement du droit, c'est le droit*, in « Sur les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit », sous la direction de G. Koubi et I. Muller-Quoy, Bruylant, Coll. Territoires et cultures, 2003, p. 63

**ALEXY (R.)**

*Droit, discours et temps*, in « Temps et droit. Le droit a-t-il vocation de durer ? », sous la direction de F. Ost et M. Van Hoecke, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 15

**ALLEN (W. B.)**

*Egalité et droit dans le monde actuel*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Université de Caen, n° 18, p. 182

**AMIEL-DONAT (J.)**

*Egalité des sexes*, Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 589

**AMSELEK (P.)**

*Le droit, technique de direction publique des conduites humaines*, Droits, 1989, n° 10, « Fonction de juger », p. 9

*Le droit dans les esprits*, in « Controverses autour de l'ontologie du droit », sous la direction de P. Amselek et C. Grzegorzczuk, PUF, Coll. Questions, 1989, p. 27

**ARDANT (P.)**

*L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle*, in « La personne humaine, sujet de droit », PUF, Publication de la Faculté de droit et de Sciences sociales de Poitiers, 1994, p. 135

**ARNAUD (N. ET A.-J.)**

*Une doctrine de l'Etat tranquillisante : le solidarisme juridique*, ADP, 1976, p. 150

**ASSO (B.)**

*Citoyen et citoyenneté*, in « L'hoplite et le nomade », Mélanges en l'honneur du doyen Paul Isoart, Pédone, 1996, p. 31

**AUBERT (J.-F.)**

*Rapport sur l'égalité et les discriminations en droit public suisse*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 361

**AUVRET (P.)**

*L'égalité des sexes*, RDP, 1983, p. 1571

**AUZERO (G.)**

*A propos de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006*, JCP, G., 2006, 154

*L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise*, DS, 2006, p. 822

**BACH-IGNASSE (G.)**

« Familles » et homosexualités, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 122

**BADINTER (R.)**

*Les discriminations positives dans l'Union Européenne*, in « Les droits de l'homme au seuil du 3<sup>ième</sup> millénaire », Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 37

**BARNARD (C.)**

*L'égalité des sexes dans l'Union Européenne*, in « L'Union Européenne et les Droits de l'Homme », sous la direction de P. Alston, Académie de droit européen, Institut universitaire européen, Bruylant, 2001, p. 219

**BARTHE-GAY (C.)**

*Les normes permissives en droit administratif français*, RRJ, 2004-1, p. 233

**BATIFFOL (H.)**

*La loi et la liberté*, in « La loi », Archives de philosophie du droit, Tome 25, 1980, p. 79

**BATTAGLIOLA (F.)**

*Le travail des femmes : une paradoxale émancipation*, Cités, n° 8, 2001, p. 75

**BEAUD (O.)**

*Affirmative action aux Etats-Unis : une discrimination à rebours ?*, RIDC, n°3, 1984, p. 503

**BECHILLON (M. DE)**

*La protection juridique des personnes âgées*, in « Vieillesse et dépendance », Dossier réalisé par A. Grand, H. Bocquet et S. Andrieu, Problèmes politiques et sociaux, n° 903, 08.2004, p. 53

**BEHAR (D.)**

*Entre intégration des populations d'origine étrangère et politique de la ville : existe-t-il une discrimination positive à la française ?*, Hommes et migrations, n° 1213, mai-juin 1998, p. 79

**BEHAR-TOUCHAIS (M.)**

*Existe-t-il un droit privé des minorités ?*, in « Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert », Economica, 2004, p. 205

**BEIGNIER (B.)**

*Rapport français sur les discriminations dans la vie privée*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 603

**BELLEAU (M-C.)**

*Les théories féministes : droit et différence sexuelle*, RTDCiv, 2001, p. 1

**BELLOUBET-FRIER (N.)**

*Le principe d'égalité*, AJDA, n° spécial juillet-août 1998 « Les droits fondamentaux », p. 152

**BENOIT (F-P.)**

*Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel*, in « Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser », Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 23

**BERENI (L.), LEPINARD (E.)**

« *Les femmes ne sont pas une catégorie* ». *Les stratégies de légitimation de la parité en France*, RFSP, 2004, n° 1, p. 71

*La parité ou le mythe d'une exception française*, Pouvoirs, n°111, 2004, p. 73

**BIDET (J.)**

*Egalité des chances et principe de différence. Une réinterprétation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 51

**BIOY (X.)**

*Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse)*, RIDC, 2000, n°1, p. 123

**BLATT (D.)**

*Une politique sans ethnicité ? Les immigrés en France, entre théorie et pratique*, in « Les identités en débat : intégration ou multiculturalisme ? », sous la direction de H. Greven-borde et J. Tournon, L'Harmattan, Coll. Logiques politiques, 2000, p. 137

**BONNECHERE (M.)**

*Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Réflexion sur les limites du droit*, Droit Ouvrier, 1984, p. 207

**BORGETTO (M.)**

*Solidarité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Dir. D. Alland, S. Rials, Lamy/PUF, 2003, p. 1427

*Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 115

**BORILLO (D.)**

*Introduction*, in « Homosexualités et droit », PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 5

*Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi : législation dans quinze Etats membres de l'UE*, Rapport du Groupe européen d'Experts dans le domaine de la Lutte contre la Discrimination fondée sur l'Orientation sexuelle concernant la mise en œuvre jusqu'en avril 2004 de la Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/aneval/sexorintrofr.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/sexorintrofr.pdf)

*La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en Europe et en France*, Droit et Cultures, 49, Egalité et Discrimination. Etats-Unis, Europe, France, 2005/1, p. 129

*Les instruments français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination*, RFAS, 2002/1, p. 115

**BORILLO (D.), PITOIS (T.)**

*Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 142

**BORISEWICZ (M.)**

*La qualité de la vie. Une finalité nouvelle de la règle de droit*, in « Etudes offertes à Alfred Jauffret », Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 127

**BOURETZ (P.)**

*Sur la philosophie politique de l'égalité*, Conseil d'Etat Rapport public 1996 sur l'égalité, La documentation française, 1997, p. 477

**BOURGEOIS (L.)**

Compte-rendu de la séance du Congrès de l'Education Scolaire du jeudi soir 27 septembre 1900, in « Solidarité », Librairie Armand Colin, Paris, 1904, p. 192

**BRAS-CHOPARD (A. LE)**

*Egalité, droits : la puissance du référent animal*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Dir. C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 13

**BREDIMAS (A.)**

*Les mesures spéciales en faveur des minorités*, in « Nouvelles formes de discriminations », sous la direction de L-A. Silicianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, Paris, 1995, p. 284

**BRILL-VENKATASAMY (T.)**

*Analyse jurisprudentielle des différentes notions de discrimination raciale en droit anglais*, RIDC, 2003, p. 615

**BUISSON (J.)**

*Les discriminations positives et le droit fiscal*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », sous la direction de G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 227

**BURDEAU (G.)**

*La conception du pouvoir dans la Constitution française du 4 octobre 1958*, RFSP, 1959, p. 87

**CALLEWAERT (J.)**

*La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité*, in « Mélanges en l'hommage de Pierre Lambert », Bruylant, 2002, p. 93

**CALVES (G.)**

*Avant propos*, in « Les politiques de discrimination positive », Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999

*Femmes en politique : une exclusion persistante*, in : « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 58

*Les politiques françaises de discrimination positive. Trois spécificités*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 29

*Qu'est-ce que la discrimination positive ?*, Alternatives Economique, n° 232, janvier 2005, p. 68

**CAMBON (S.)**

*Evaluation d'une politique publique sectorielle : le cas de la classe de 3<sup>ème</sup> d'insertion*, Séminaire interne IREDU, <http://www.u-bourgogne.fr/REDU/sem02041.rtf>

**CARBAJO (J.)**

*Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers dans le service public*, AJDA, 1981, p. 176

**CATALANO (N.)**

*Rapport général sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 433

**CHABAS (F.)**

*Rapport de synthèse*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, tome LI/2001, 2004, p. 1

**CHAVRIER (H.), HONORAT (E.), BERGUES (G. DE)**

*Actualité de droit communautaire*, RFDA, 1996, p. 284

**CHEVALLIER (J.)**

*Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in « Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général », Volume I, PUF, 1979

*Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, RDP, n° 3, 1998, p. 127

*Réflexions sur la notion de discrimination positive*, in Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 415

**CHRISTOPHE TCHAKALOFF (M-F.)**

*Le principe d'égalité*, AJDA, 1996, p. 168

**COHEN (D.)**

*La discrimination dans la vie des affaires. Rapport français*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 173

*Le voile de l'ignorance*, Le Monde, 16.02.2004

**COHEN-JONATHAN (G.)**

*Le droit de l'Homme à la non-discrimination raciale*, RTDH, 2001, numéro spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 665

*Universalité et singularité des droits de l'homme*, RTDH, 2003, p. 3

**COLIN (J-P.)**

*La femme dans tous ses droits. L'évolution de la protection internationale des droits de la femme.* Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 127

**COLLET-ASKRI (L.)**

*La chambre criminelle valide le testing comme mode de preuve, serait-il déloyal...*, D. 2003, Chr. p. 1309

**CONSTANT (F.)**

*Quelles citoyennetés ?*, Sciences humaines, hors-série n° 33, juin-août 2001, p. 46

**CONSTANTINESCO (V.)**

*La justice dans l'Union Européenne*, Philosophie politique, n° 9, « La justice », 1998

**CORNU (G.)**

*Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 87

**CORRIGNAN-CARSIN (D.)**

*Principe « à travail égal, salaire égal ». Différences de traitement entre établissements au sein d'une même entreprise*, JCP, S, 2006, II, 1239

**COSTA (J-P.)**

*Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, AJDA, 1988, p. 434

**COSTA-LASCOUX (J.)**

*Les échecs de l'intégration, un accroc au contrat social*, Pouvoirs, 09.2004, p. 19  
*L'ethnisation du lien social, processus de discrimination*, in « République et particularismes », Dossier réalisé par J. Costa-Lascoux, Problèmes politiques et sociaux, n°909, 02.2005, p. 68

**COURCENET (S.)**

*Les normes internationales et le travail des enfants*, AJ Famille, 4/2006, p. 150

**COURVOISIER (C.)**

*Préface*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Dir. C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 7

**DAILLIER (P.)**

*Egalité de traitement et égalité des chances en droit communautaire*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 173

**DARMON (M.), HUGLO (J-G.)**

*L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes : un univers en expansion*, RTDE, n°, 1992, p. 1

**DAVID (F.)**

*Les femmes, l'armée et le droit communautaire*, RTDH, 2004, p. 689

**DAVID (M.)**

*La solidarité comme contrat et comme éthique*, Coll. Mondes en devenir, Berger-Levrault, Institut international d'études sociales, Genève, 1982, p. 65

**DEBEYRE (G.)**

*Rapport général*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 325

**DECAUX (E.)**

*La lutte contre le racisme et la xénophobie*, RUDH, 1995, p. 9

**DELPEREE (F.)**

*Le principe de proportionnalité en droit public (Eléments d'analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'Etat)*, « Rapport belges au Xème congrès international de droit comparé », Budapest, 23 – 28 août 1978, Bruylant, 1978, p. 503

*L'égalité en droit public belge*, in « Rapport public 1996 sur l'égalité », Conseil d'Etat, La documentation française, 1997, p. 431

**DEMEUSE (M.)**

*La politique de discrimination positive en communauté française de Belgique : une méthode d'attribution des moyens supplémentaires basée sur des indicateurs objectifs*, Cahiers du service de Pédagogie expérimentale, Université de Liège, 01.2001, p. 115

**DEMOGUE (R.)**

*La notion de contrat*, in « Randuv Jubilejni Pamatnik redigoval Dr Jan Krcmar », Nakladem pravnicke fakulty university karlovy, 1934, p. 16

**DENIS (L.)**

*Les personnes handicapées diplômées. Quand la pratique ne suit pas !*, Revue juridique de l'ouest, 2005, p. 545

**DENOIX DE SAINT MARC (R.)**

*Editorial*, in « Rapport public du Conseil d'Etat sur l'intérêt général », 1999, La documentation française, 2000, p. 7

**DENQUIN (J-M.)**

*Georges Burdeau et le pouvoir d'Etat dans la Constitution de 1958*, Droits, n°14, 1991

**DERATHE (R.)**

*L'homme chez Rousseau*, in « Etudes sur le contrat social », Publications de l'Université de Dijon, 1964, p. 203

**DESTOUCHES (D.)**

*Le statut de l'Outre-Mer dans les premières constitutions françaises (1791-1848)*, RRJ, n° 2, 2005, p. 893

**DEUMIER (P.)**

*Les qualités de la loi*, RTDCiv, 2005, Chr., p. 93

**DEWARTE (M-P.)**

*L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RFDC, 1993, p. 23

**DHONTE-ISNARD (E.)**

*Essai d'une approche transversale de la distinction homme/femme*, RRJ, 2004, p. 1480

**DIDIER-COURBIN (P.), GILBERT (P.)**

*Eléments d'information sur la législation en faveur des personnes handicapées en France : de la loi de 1975 à celle de 2005*, RFAS, n°2, 2005, p. 209

**DONIER (V.)**

*Egalité et service public local*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Dir. C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 149

**DOUAY (S.)**

*La loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Loi n°2005-102 du 11 février 2005*, JCP, 2005, Act. 132

**DOUMBIA (I.)**

*Esquisse d'une théorie de la situation juridique*, RRJ, 2004, p. 1647

**DRAGO (R.)**

*Droit comparé*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 453

**DREYER (E.)**

*Les mutations du concept juridique de dignité*, RRJ, 2005-1, p. 19



- DUCHESNE (S.)**  
*La citoyenneté*, Cahier 18, CEVIPOF,  
<http://www.mshparis.fr/cevipof/publications/cahier-18.htm>, 1998
- DWORKIN (R.)**  
*The Court and the University*, The New York review of books, 15.03. 2003
- EBERSOLD (S.)**  
*De la réadaptation à la non-discrimination*, in « *Personnes handicapées et situation de handicap* », sous la direction de I. Ville, J-F. Ravaut, Problèmes politiques et sociaux, n° 892, 09.2003, p. 18
- EHRMANN (E.)**  
*Les archives du magistrat*, <http://www.place-publique.fr>, le 23.06.2004
- EISSEN (M-A.)**  
*Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in « *La Cour européenne des droits de l'homme : commentaire article par article* », sous la direction de L-E. Pettiti, E. Decaux, P-H. Imbert, Economica, 2<sup>ème</sup> édition, 1999, p. 62
- ELVINGER (A.)**  
*Rapport général*, in « *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international* », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 63
- EVERAERT-DUMONT (D.)**  
*Handicap : l'universalité du droit à compensation*, JCP, S, 2006, Doc., 1040
- EZAHRAHOUI (A.)**  
*Non-discrimination et sexualité(s) : apports et limites des jurisprudences européennes*, in « *Actualité politique et juridique de l'égalité* », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 67
- FAURE (S.)**  
*Les sommets toujours plus blancs de l'entreprise*, Libération, 25-01-2005,  
<http://www.liberation.fr>
- FAVOREU (L.)**  
*Principe d'égalité et représentation politique des femmes : la France et les exemples étrangers*, in « *Rapport public 1996 sur l'égalité* », Conseil d'Etat, La documentation française, 1997, p. 395
- FEVRIER (J-M.)**  
*Remarques sur la notion de norme permissive*, D., 1998, Doct., p. 271
- FIERENS (J.)**  
*La violation des droits civils et politiques comme conséquence de la violation des droits économiques, sociaux et culturels*, Revue belge de droit international, 1999/1, p. 46
- FITOUSSI (J-P.)**  
*Marché, emploi et citoyenneté*, in « *Le citoyen* », Mélanges offerts à Alain Lancelot, sous la direction de B. Badie et P. Perrineau, Presses de Sciences po, 2000, p. 283
- FERRETTI (R.)**  
*La fonction présidentielle : constantes et variantes*, PA, 01.09.2000, n° 175, p. 3
- FLAUSS (J-F.)**  
*Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme*, in « *Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon* », Bruylant, 1998, p. 415
- FONTAINE (M.)**  
*Rapport de synthèse*, in « *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges* », sous la direction de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, p. 615

**FONTBRESSIN (P. DE)**

*Les droits de l'homme, principes généraux de vie*, in Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 551

**FOREY (E.)**

*L'égalité des cultes : un principe en évolution ?*, in «Actualité politique et juridique de l'égalité», Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 41

**FORQUIN (J.-C.)**

*L'approche sociologique de la réussite et de l'échec scolaires : inégalités de réussite scolaire et appartenance sociale*, Revue française de pédagogie, n° 59, p. 55

**GARRONE (P.)**

*La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale*, RTDE, 1994, p. 425

**GAUTIER (P.-Y.)**

*Rapport de synthèse*, in « La loi. Bilan et perspective », sous la direction de C. Puigelier, Economica, Coll. Etudes juridiques, Tomme 22, 2005, p. 387

**GEARTY (C. A.)**

*« L'autre » intérieur et extérieur dans l'ordre juridique de l'Union : racisme, intolérance religieuse et xénophobie en Europe*, in « L'Union Européenne et les Droits de l'Homme », sous la direction de P. Alston, Académie de droit européen, Institut universitaire européen, Bruylant, 2001, p. 338

**GERKRATH (J.)**

*Le principe de l'égalité de traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées de la Bundeswehr*, Europe, 12.2000, p. 5

**GHESTIN (J.)**

*Contrat*, in Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 276

**GISCARD D'ESTAING (V.)**

*Vers plus de justice sociale*, Cahiers français, sept-oct. 1973, p. 34

**GODEFRIDI (D.)**

*L'égalité devant la loi dans les jurisprudences de la Cour d'arbitrage de Belgique et de la Cour suprême des Etats-Unis*, RIDC, 2003, n° 2, p. 331

**GOFF (J. LE)**

*Le « frère ennemi » ou le tragique de la fraternité*, in « Eloge de la fraternité. Pratique des solidarités », sous la direction de A. Delblond, L'Harmattan, Coll. Questions contemporaines, 2000, p. 61

**GOLSONG (H.)**

*Evolution de la conception des droits collectifs dans la politique internationale*, in « Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels », Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, p. 137

**GOUTTES (R. DE)**

*Le rôle du comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale*, RTDH, n° spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 567

**GRANET-LAMBRECHTS (F.), HAUSER (J.)**

*Le nouveau droit de la filiation*, D., 2006, Chr., p. 17

**GRIDEL (J.-P.)**

*L'âge et la capacité physique*, D., 1998, Chr. p. 90

**GRIFFIN-COLLARD (E.)**

*L'évolution de la notion d'égalité de l'utilitarisme classique à l'Etat providence*, in « L'égalité », Volume V, Bruylant, Bruxelles, 1977, p. 357

**GRYNBAUM (L.)**

*La notion de solidarisme contractuel*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, *Economica*, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004, p. 25

**GRYNBAUM (L.), NICOD (M.)**

*Avant propos*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, *Economica*, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004

**GRZEGORCZYK (C.)**

*Système juridique et réalité : discussion de la théorie atopoiétique du droit*, in « Controverses autour de l'ontologie du droit », sous la direction de P. Amselek et C. Grzegorzczk, PUF, Coll. Questions, 1989, p. 179

**GUGLIELMI (G-J.)**

« *Mérites, vertus, talents* » : *quelques constantes argumentatives au fondement du droit*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 37

**GUIDEL (R. LE)**

*La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Vue panoramique*, JCP, 2006, I, 161

**GUILLEMIN (T.)**

*La HALDE : halte aux discriminations ?*, D. Trib., 2006, p. 1625

**GUNEHEC (F. LE)**

*Institution d'une circonstance aggravante de racisme*, JCP, G., 2003, Act., 252

**GÜNTER (K.)**

*L'héritage de l'injustice et de la peur : une approche européenne des droits de l'homme et leurs effets sur la culture politiques*, in « L'Union Européenne et les Droits de l'Homme », sous la direction de P. Alston, Académie de droit européen, Institut universitaire européen, Bruylant, 2001, p. 117

**GUTMANN (D.)**

*Introduction*, in « Multiculturalisme. Différence et démocratie », C. Taylor, Flammarion, Coll. Champs, 1997, p. 13

*Temps*, in Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 1469

**HAARSCHER (G.)**

*Le temps du droit et l'expérience totalitaire*, in « Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », Sous la direction de F. Ost et Mark Van Hoecke, Bruylant, 1998, p. 159

**HALDE**

*Le plafond de verre*, <http://www.halde.fr/discriminations-101/documentc-6-13/fichespratiques-55/plafond-verre-8922.html>

**HAQUET (A.)**

*L'accès des femmes aux corps de l'armée*, RFDA, 2000, p. 342

*L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, n°2, 2001, p. 305

**HAROCHE (C.)**

*Les paradoxes de l'égalité : le cas du droit à la reconnaissance*, , in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 25

**HARTIG (H.)**

*Le Conseil de l'Europe et la protection des minorités nationales : actions normatives et mesures de confiance*, in « Nouvelles formes de discrimination », sous la direction de L-

- A. Sicilianos, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Paris, 1995, p. 257
- HATZOPOULOS (V.)**  
*Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ?*, RTDE, 1998, p. 194
- HAURIOU (M.)**  
*De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, RGDL, 1898, p. 20
- HAUT COMMISSARIAT A L'INTEGRATION**  
*Jeunes issus de l'immigration : des discriminations avérées*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 64
- HEBRAUD (P.)**  
*Observations sur la notion de temps dans le droit civil*, in « Etudes offertes à Pierre Kayser », tome II, PUAM, 1979, p. 1
- HERITIER (F.)**  
*La valence différentielle des sexes au profit des hommes*, in « L'identité masculine. Permanences et mutations », Problèmes politiques et sociaux, n° 11.2003, Dossier réalisé par F. Rault, p. 65
- HILT (P.)**  
*Les enfants artistes de moins de seize ans : un emploi sous haute surveillance*, AJ Famille, 4/2006, p. 136
- HIRSCHMAN (A.)**  
*La rhétorique progressiste et le réformateur*, in « Pluralisme et équité », sous la direction de J. Affichard et J-B. Foucauld, Esprit, 1996, p. 246
- HOUIN (R.)**  
*Les notions d'égalité et de discrimination en droit commercial. Rapport général*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 234
- INGBER (L.)**  
*De l'égalité à la dignité en droit : de la forme au contenu*, in « Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe », Bruylant, 2000, p. 905
- INTZESSILOGLOU (N.)**  
*Espace-temps et champs de relativité juridiques dans la galaxie du système ouvert*, in « Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », Sous la direction de F. Ost et M. van Hoecke, Bruylant, 1999, p. 271
- ISRAËL (G.)**  
*L'humanité des droits de l'homme*, in « Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan », Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 993
- JALUZOT (B.)**  
*Méthodologie du droit comparé. Bilan et perspective*, RIDC, 2005, n° 1, p. 29
- JAMIN (C.)**  
*Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in « Le contrat au début du XXIème siècle », Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441
- JAUME (L.)**  
*Loi*, Cités, 08.2001, « Le travail sans fin ? Réalités du travail et transformations sociales », p. 231
- JEAMMAUD (A.)**  
*Evaluer le droit*, D., 1992, Doct., p. 38  
*Les règles juridiques et l'action*, D., 1993, Chr., p. 207  
*Du principe de l'égalité de traitement des salariés*, DS, 2004, p. 694

**JESTAZ (P.)**

*L'égalité et l'avenir du droit de la famille*, in « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à François Terré, PUF, Dalloz, Ed. du juriste, 1999, p. 417

*Le principe d'égalité des personnes en droit privé*, in « Autour du droit civil : Ecrits dispersés, Idées convergentes », Sirey, 2005, p. 550

**JESUS (B.)**

*Article 141*, in « Commentaire article par article des traités UE et CE », sous la direction de P. Léger, Dalloz, 2000, p. 1184

**JORION (B.)**

*Egalité et non-discrimination en droit public français*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 141

**JOUANJAN (O.)**

*Egalité*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Dir. D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 585

*Réflexions sur l'égalité devant la loi*, Droits, n°16, 1992, L'Etat/2, p. 131

*Conclusions*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 245

**JOURDAN (D.)**

*Le travail de nuit*, Travail et protection sociale, Ed. du juriste, juin 2001, p. 7

**KAYSER (P.)**

*Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité*, RRJ, 2001, p. 15

**KELLER (M.)**

*La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, D. 2002, Chr. p. 1355

**KESLASSY (E.)**

*Réponse à A-M. Le Pourhiet*, 19.11.2005, Observatoire du communautarisme, <http://www.communautarisme.net>

**KESSELMAN (D.)**

*L'affirmative action et l'ancienneté : rencontre des deux "Amériques sociales"*, Droit et Cultures, 49, « Egalité et Discrimination. Etats-Unis, Europe, France », 2005/1, p. 81

**KIRSZBAUM (T.)**

*La discrimination positive territoriale : de l'égalité des chances à la mixité urbaine*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 101

**KLEIN (C.)**

*Rapport général introductif*, in « Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels », Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, p. 26

**KOUBI (G.)**

*Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France...*, RTDH, n°14, 1993, p. 243

*Le droit à la différence, un droit à l'indifférence*, RRJ, 1993, p. 451

*Réflexions sur les distinctions entre droits individuels, droits collectifs et « droits de groupe »*, in « Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme », Mélanges Raymond Goy, Presses de l'Université de Rouen, 1998, p. 105

*Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ?*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 71

- Le droit à l'indifférence, fondement du droit à la différence*, in « Le droit à la différence », Dir. Norbert Rouland, PUAM, 2002, p. 263
- KOURILSKY-AUGEVEN (C.)**  
*Images du droit et sentiment d'appartenance : les représentations adolescentes de la citoyenneté*, Droit et cultures, n° 35, 1998, p. 75
- KRIEGEL (B.)**  
*Parité et principe d'égalité*, in Conseil d'Etat, « Rapport public 1996 sur l'égalité », La documentation française, 1997, p. 375
- LABRUSSE-RIOU (C.)**  
*Droit des personnes et droit de la famille*, in « Libertés et droits fondamentaux », sous la direction de M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, Seuil, 2002, p.321
- LANGLOIS (P.)**  
*Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge ?*, DS, 2006, p. 155
- LANQUETIN (M-T.)**  
*De l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. A propos d'un projet de loi*, DS, 1983, p. 238  
*De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins*, in « Le droit collectif du travail », Etudes en l'hommage de Mme le Professeur Hélène Sinay, Ed. Peter Lang, 1994, p. 415  
*La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire*, DS, 1995, p. 435  
*L'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisée en 5 ans ?*, DS, 2006, p. 624
- LAPIDOTH (R.)**  
*L'égalité des sexes, ou : l'interdiction de la discrimination sur le sexe*, in « Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels », Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, p. 193
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**  
*La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste*, in « Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle », Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 83
- LAVAL (N.)**  
*Intérêt collectif, ordre collectif*, in « Le groupement et le droit : corporatisme et néo-corporatisme », sous la direction de M. Hecquard-Théron, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 155
- LAVAL-REVIGLIO (M-C.)**  
*Egalité et éducation : les discriminations justifiées, l'exemple de Sciences-Po*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 115
- LEBEN (C.)**  
*Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi*, RDP, 1983, p. 295
- LECA (J.)**  
*Questions sur la citoyenneté*, Projet, n° 171-172, 1983, p. 113
- LENAERTS (K.)**  
*Le principe d'égalité en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples*, CDE, 1991, p. 3
- LENAERTS (K.), ARTS (D.)**  
*La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in « La personne humaine, sujet de droit », Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Paris, PUF, 1994, p. 101

**LEPINARD (E.), BERENI (L.)**

*La parité ou le mythe d'une exception française*, Pouvoirs, n°111, 2004, p. 73  
« *Les femmes ne sont pas une catégorie* ». *Les stratégies de légitimation de la parité en France*, RFSP, 2004, n° 1, p. 71

**LEROY (Y.)**

*L'égalité professionnelle. Vers une approche générale et concrète*, RJS, 11.2002, p. 887

**LETTERON (R.)**

*Les droits des femmes entre l'égalité et l'apartheid juridique*, in « L'évolution du droit international », Mélanges offerts à Hubert Thierry, Ed. A. Pedone, 1998, p. 281  
*L'action positive en faveur des femmes*, in « Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité », Dir. T. Lambert, Economica, 1999, p. 65

**LEVADE (A.)**

*Discrimination positive et principe d'égalité en droit français*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 55

**LEVEAU (R.), WITHOL DE WENDEN (C.)**

*Les beurs. Nouveaux citoyens*, in « Le citoyen », Mélanges offerts à Alain Lancelot, sous la direction de B. Badie et P. Perrineau, Presses de Sciences po, 2000, p. 267

**LEVET (L.)**

*Une catégorisation hasardeuse*, in « De l'emploi des seniors à la gestion des âges », Problèmes politiques et sociaux, n° 924, mai 2006, p. 13

**LEVINET (M.)**

*Couple et vie familiale*, in « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 155  
*La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH, 2004, p. 895

**LEVI-STRAUSS (C.)**

*Conclusion*, in « L'identité », Séminaire du Collège de France, PUF, Coll. Quadrige, 1977, p. 330-332

**LEWIS (J.)**

*Quels moyens pour promouvoir quelle égalité des sexes ? Les inégalités hommes-femmes dans la division du travail rémunéré et non rémunéré*, RFAS, 2006, n° 1, « Réformes de la protection sociale en Europe. Défis et stratégies en Europe continentale et du Sud », p. 161

**LOCHAK (D.)**

*Observations sur un infra-droit*, DS, 1976, n° 5, p. 43  
*Mutation des droits de l'homme et mutation du droit*, RIEJ, n° 13, 1984, p. 49  
*Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences*, in « Les minorités et leurs droits depuis 1789, sous la direction de A. Fenet et G. Soulier, L'Harmattan, 1989, p. 111  
*For intérieur et liberté de conscience*, in « Le for intérieur », PUF, 1994, p. 203  
*L'Autre saisi par le droit*, in « L'Autre », Etudes réunies pour A. Grosser, Sous la direction de B. Badie et M. Sadoun, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, Paris, 1996, p. 179  
*Egalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 39  
*Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité*, Droit et Cultures, 49, Egalité et Discrimination. Etats-Unis, Europe, France, 2005/1, p. 15

**LONG (M.)**

*Le principe d'égalité et les étrangers*, in « Rapport public 1996 sur l'égalité », Conseil d'Etat, La documentation française, 1997, p. 355

**LUCAS (J. DE)**

*Droits universels, égalité et pluralisme culturel (à propos des droits des minorités culturelles)*, RIEJ, 1994, n° 33, p. 1

**LUCHAIRE (F.)**

*Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, p. 1229

**LYON-CAEN (A.)**

*L'égalité et la loi en droit du travail*, DS, 1990, p. 68

**MADIOT (Y.)**

*Vers une territorialisation du droit*, RFDA, 1995, p. 946

**MAGGI-GERMAIN (N.)**

*La construction juridique du handicap*, DS, 2002, p. 1092

**MAÏA (J.)**

*La contrainte européenne sur la loi*, Pouvoirs, n° 114, « La loi », 2005, p. 53

**MALAURIE (P.)**

*Capacité*, in Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 160

**MARGUENAUD (J-P.)**

*La Cour Européenne des Droits de l'Homme et les droits revendiqués au profit des minorités*, in « Le droit à la différence », Sous la direction de N. Rouland, PUAM, 2002, p. 205

J-P. Marguénaud, *L'égalité des droits patrimoniaux de la famille*, in « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », Sous la direction de F. Sudre, Actes du colloque des 22 et 23 mars 2002 organisé à la Faculté de droit de l'Université Montpellier I, Bruylant, 2001, p. 335

*La Convention européenne des droits de l'homme : approches par le droit privé*, in « Les dynamiques du droit européen en début de siècle », Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Ed. Pédone, 2004, p. 155

*Les minorités itinérantes et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in « Territoires et minorités : la situation des gens du voyage », sous la direction de B. Drobenko, Les cahiers du CRIDEAU, n° 12, PULIM, 2004, p. 17

**MARGUENAUD (J-P.), MOULY (J.)**

*Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'homme*, D. 2006, Chr., p. 477

**MARIENBURG-WACHSMANN (A.), WACHSMANN (P.)**

*La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, 2003, p. 1158

**MARIN PEREZ (P.)**

*Rapport sur la notion d'égalité en droit civil espagnol*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 153

**MARTIN (D.)**

*Préface*, sous J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 179, 1984

**MARTIN (P. M.)**

*La haine, origine de droit*, in Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon, Bruylant, 1998, p. 229



**MARTIN (R.)**

*L'homme des droits*, RTDCiv, 2000, p. 283

**MASSELOT (A.), BERTHOU (K.)**

*La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non-discrimination – vers une clarification ?*, CDE, 2000, n°5-6, p. 637

**MATEO-DIAZ (M.)**

*Les quotas sont-ils justes ? L'efficacité imparfaite des mesures de discrimination positive dans les lois électorales belges*, RFSP, vol. 53, n° 5, 10.2003, p. 791

**MATHIEU (B.)**

*La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?*, D, 1996, Chr., p. 282

**MATHIEU-IZORCHE (M-L.)**

*La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ?*, RSC, 2006, janvier-mars, p. 25

**MAZEAUD (A.)**

*Rapport français sur la discrimination dans la vie du travail*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, t. LI/2001, 2004, p. 351

**MAZEAUD (D.)**

*Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?*, in « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à François Terré, PUF, Dalloz, Ed. du jurisclasser, 1999, p. 603

*Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, *Economica*, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004, p. 57

**MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)**

*Les adaptations du principe d'égalité à la diversité du territoire*, RFDA, 1997, p. 911

*Les discriminations positives en France*, in « Les discriminations positives », *AJJC*, 1997, p. 87

*La parité n'est pas l'égalité... (brèves remarques sur les limites aux discriminations positives)*, D., Trib., 2006, p. 873

**MERCAT-BRUNS (M.)**

*Introduction*, in « Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées », sous la direction de M. Mercat-Bruns, Dalloz, Coll. Actes, 2006, p.1

**MEULDERS-KLEIN (M-T.)**

*Egalité et non-discrimination en droit de la famille. Le rôle des juges*, RTDH, 2003, p. 1185

**MEYER-BISCH (P.)**

*Le corps des droits de l'homme*, Editions Universitaire, Coll. Interdisciplinaire, Fribourg, Suisse, 1992, p. 253

**MICLO (F.)**

*Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois*, AJDA, 1982, p. 115

**MINE (M.)**

*Droit et discrimination sexuelle au travail*, entretien avec C. Coste, Cités, 2002, n°9, p. 91

**MINNI (C.), TOPIOL (A.)**

*Une discrimination par l'âge surtout à l'embauche*, in « De l'emploi des seniors à la gestion des âges », Problèmes politiques et sociaux, n° 924, mai 2006, p. 36

**MONCONDUIT (F.)**

*Liberté et égalité dans la pensée d'Alexis de Tocqueville*, in « Le pouvoir », Mélanges offerts à Georges Burdeau, LGDJ, Paris, 1977, p. 315

**MOOR (P.)**

*Systématique et illustration du principe de proportionnalité*, in « Les droits individuels et le juge en Europe », Mélanges en l'honneur de M. Fromont, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 319

**MORANGE (J.)**

*Liberté*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 945

**MOREAU (M-A.)**

*La justification des discriminations*, DS, 2002, p. 112

**MORIN (E.)**

*Peut-on concevoir une science de l'autonomie ?*, in « L'auto-organisation. De la physique au politique », sous la direction de P. Dumouche et J-P. Dupuy, Seuil, 1984, p. 320

**MORVAN (P.)**

*Principes*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 1201

**MOSSUZ-LAVAU (J.)**

*Citoyenneté et parité*, in « Le citoyen », Mélanges offerts à Alain Lancelot, sous la direction de B. Badie et P. Perrineau, Presses de Sciences po, 2000, p. 253

**MOUTOUH (H.)**

*Pluralisme juridique*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 1158

**MUNOZ-DARDE (V.)**

*La justice sociale. Le libéralisme chez John Rawls*, Nathan Université, Coll. Philosophie, n°128, 2000

**NADAL (S.)**

*Egalité en droit du travail : quelques réflexions*, in G. Koubi, G.J. Guglielmi, « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 211

**NEVEU (C.)**

*Pour une anthropologie de la citoyenneté. Une approche comparative France/Grande-Bretagne*, in « Jeunes en Europe : politique et citoyenneté », L'Harmattan, 1998

**NICOD (M.)**

*Solidarisme contractuel et couple*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004, p. 135

**NIORT (J-F.)**

*Personne et discrimination : approche historique et théorique*, in « Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées », sous la direction de M. Mercat-Bruns, Dalloz, Coll. Actes, 2006, p.15

**NOBLET (P.)**

*L’Affirmative action*, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 555

*“Affirmative action” aux Etats-Unis et discrimination positive en France*, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle », Dir. Manuel Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 463

**OUASSAK (F.)**

*Egalité hommes-femmes. Origine et aspects de la discrimination sur le marché du travail*, <http://solidarite.developpe.free.fr/français/EDC/egalhommeefemme.htm>

**OGIER-BERNAUD (V), SEVERINO (C.)**

*Droit constitutionnel jurisprudentiel : panorama 2005*, D. 2006, Pan., p. 826

**OLIVER (P.)**

*Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, CDE, 2005, n° 3-4, p. 351

**ORAISON (A.)**

*Réflexions sur la notion de "loi de pays" adoptée par l'organe délibérant d'une collectivité d'Outre-Mer, créée sur la base de l'article 74 de la Constitution de la Vème République. Un des aspects du renforcement du statut d'autonomie de la Polynésie française établi par la loi organique du 27 février 2004*, RRJ, n° 2, 2005, p. 877

**PARTSCH (K. J.)**

*Les principes de base des droits de l'homme : l'autodétermination, l'égalité et la non-discrimination*, in K. Vasak, « Les dimensions internationales des droits de l'homme », Unesco, 1978, p. 74

**PAULIAT (H.)**

*La discrimination dans la vie publique*, in « La discrimination », Travaux de l'association Henri Capitant, Journées franco-belges, Société de législation comparée, Tome LI/2001, 2004, p. 835

**PAVIS-MAURICE (K.)**

*La consécration internationale des droits politiques des femmes et leur mise en place en droit interne : pour une approche critique de la garantie des droits politiques des femmes*, RRJ, n°4, 2001, p.1661

**PELLOUX (R.)**

Les nouveaux discours sur l'inégalité, RDP, 1982, p. 909

**PERCHERON (A.)**

*La socialisation politique, défense et illustration*, in « Traité de sciences politiques », sous la direction de M. Grawitz et J. Leca, Vol. 3, PUF, 1995, p. 165

**PERELMAN (C.)**

*De la justice*, in « Justice et raison », Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1972, p. 15

*Cinq leçons sur la justice*, in « Droit, morale et philosophie », LGDJ, 1968, p. 15

**PEREZ-CANOVAS (N.)**

*Homosexualité et union homosexuelle dans le droit espagnol*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 231

**PERREAU (B.)**

*L'intervention républicaine. Elément d'une herméneutique minoritaire*, Pouvoirs, 09.2004, p. 41

**PERY (N.)**

Intervention, « L'égalité entre les femmes et les hommes, un droit fondamental et la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. De l'accès à la prise de décision à l'égalité substantielle dans tous les domaines », Actes de la conférence organisée les 21, 22 et 23 septembre 2000, Bruylant, 2001, p. 22

**PETEV (V.)**

*Temps et transmutation des valeurs en droit*, in « Temps et droit. Le droit a-t-il vocation de durer ? », sous la direction de F. Ost et M. Van Hoecke, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 171

**PFERSMANN (O.)**

*Antinomies*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Dir. D. Alland, S. Rials, Lamy/PUF, 2003, p. 67

**PICHERAL (C.)**

*Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'Homme*, RTDH, n° 1, n° spécial « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », p. 517

**PIERRE-CAPS (S.)**

*Minorités*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 1031

**PISIER (E.)**

*Des impasses de la parité*, in Conseil d'Etat, « Rapport public 1996 sur l'égalité », La documentation française, 1997, p. 385

**PIZZORUSSO (A.)**

*Le principe d'égalité dans la doctrine et dans la jurisprudence italienne*, in Conseil d'Etat, « Rapport public 1996 sur l'égalité », La documentation française, 1997, p. 451

**POIRMEUR (Y.)**

*Le double jeu de la notion d'égalité des chances*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 91

**POLICAR (A.)**

*Droit à la différence et droits de l'homme : antinomie ou complémentarité ?*, in « Le droit ? » Actions et recherches sociales, Revue interuniversitaire des Sciences et Pratiques sociales, Vol. 47, juin 1992, p. 35

**PONTHOREAU (M-C.)**

*Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique*, RIDC, 2005, n° 1, p. 7

**POTTEAU (A.)**

*L'« effet diagonal » limité à la Convention européenne des droits de l'homme en droit administratif français (A propos des arrêts Ville d'Annecy et Commune de Champagne-sur-Seine du 29 janvier 2003)*, RFDA, 2003, p. 961

**POURHIET (A-M. LE)**

*Discriminations positives ou injustice ?*, RFDA, 1998, p. 519

*Droit à la différence et revendication égalitaire : les paradoxes du postmodernisme*, in « Le droit à la différence », Sous la direction de N. Rouland, PUAM, 2002, p. 251

*La discrimination positive marque "le retour du droit des orangs-outans"*, 10.10.2005, Observatoire du communautarisme, <http://www.communautarisme.net>

**QUINN (G.)**

*Les droits des handicapés dans le droit de l'UE*, in « L'Union Européenne et les Droits de l'Homme, sous la direction de P. Alston, Académie de droit européen, Institut universitaire européen, Bruylant, 2001, p. 291

**RADE (C.)**

*Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ?*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004, p. 43

**RAMBAUD (P.)**

*La discrimination à rebours et le droit communautaire : un mythe juridique ?*, GP, 1992, Doct., p. 339

*L'égalité des sexes en droit communautaire*, D., 1998, Chr. 111

**RAYMOND (G.)**

*Solidarisme contractuel en droit de la consommation*, in « Le solidarisme contractuel », sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, Coll. Etudes juridique, n° 18, 2004, p. 107

**RENAULD (B.)**

*Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité*, RTDH, 1997, p. 425

**RENAULD (J-G.)**

*Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit belge*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 134

**RENUCCI (J.F.)**

*La loyauté des preuves et les procédés dits de « testing »* (Cass. Crim., 11.06.2002, SOS Racisme), RSC, 2002, p. 879

**RICOEUR (P.)**

*Une théorie purement procédurale de la justice est-elle possible ? A propos de la théorie de la justice de Rawls*, in « Le juste », Sous la direction de P. Ricoeur, Esprit, 1995, p. 73

**RIGAUX (F.)**

*Une machine à remonter le temps : la doctrine du précédent*, in « Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », Sous la direction de F. Ost et M. van Hoecke, Bruylant, 1999, p. 55

**RIVERO (J.)**

*Les notions d'égalité et de discriminations en droit public français*, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XIV, Dalloz, 1965, p. 343

*Rapport général introductif*, in « Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels », Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, LGDJ, 1980, p. 17

**ROBERT (J.)**

*La liberté religieuse*, RIDC, n° 2, 1994, p. 629

*Egalité et équité : le point de vue du Conseil constitutionnel*, in « “ Egalité et équité” Antagonisme ou complémentarité », Sous la direction de T. Lambert, Economica, 1999, p. 25

**RODIERE (P.)**

*Droit social : famille et égalité de traitement*, RTDE, 1989, p. 297

**ROSENFELD (M.)**

*Le principe d'égalité appliqué aux femmes dans la jurisprudence de la Cour Suprême américaine*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc5/rosenfeld.htm>

*Les discriminations positives en droit constitutionnel américain*, in « Mélanges Patrice Gélard », Montchrestien, 1999, p. 459

**ROULAND (N.)**

*Chronique d'anthropologie juridique : le temps des minorités*, Droit et cultures, n° 25, 1993, p. 91

*A la recherche du pluralisme juridique : Le cas français*, Droit et Cultures, 1998/2, n° 36, p. 217

**ROUSSEAU (D.)**

*Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire*, RFDA, 1995, p. 876

**ROUYERE (A.)**

*Réflexions sur la sanction juridictionnelle du principe d'égalité (De la règle de non-discrimination au droit à la différence en passant par l'exigence d'égalité réelle...)*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Sous la direction de C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 233

**RUELLAN (C.)**

*La perte de chance en droit privé*, RRJ, 1999/3, p. 729

**SABBAGH (D.)**

*Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls*, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n° 29, 1999, p. 177

*Un contresens sur l'affirmative action ?*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 55

*L'affirmative action : effets symboliques et stratégies de représentation*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 157

*La tentation de l'opacité : le juge américain et l'affirmative action dans l'enseignement supérieur*, Pouvoirs, 09.2004, p. 5

*Sur la discrimination positive, il y a convergence entre les Etats-Unis et la France*, Entretien, Le Monde, 27.02.2006, p. 15

**SACCO (R.)**

*L'idée de droit commun par circulation de modèles et stratifications*, in « Variations autour d'un droit commun », Premières rencontres de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, SLC, 2002, p. 195

**SAINT-BONNET (F.)**

*Loi*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 959

**SALAS (D.)**

*Le procès*, in « Les mots de la justice », PUF, Coll. Droits, n° 34, 2001, p. 29

**SAUVE (J.-M.)**

*Combien de temps faut-il pour faire une bonne loi ?*, in « Le Temps, la Justice et le Droit », Textes réunis par S. Gaboriau et H. Pauliat, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003, Pulim, 2004, p. 61

**SCHMIDT (J.)**

*La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique*, RIDC, 1987, p. 43

**SCHMITT (M.)**

*La protection de l'enfant au travail en droit français*, AJ Famille, 4/2006, p. 132

**SCHNAPPER (D.)**

*Intégration des immigrés et intégration nationale*, Migrants-formation, n° 25, décembre 1993, p. 14

**SCHUTTER (O. DE)**

*Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, RTDH, 1991, p. 347

*Le droit au mode de vie tzigane devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1997, p. 47

*Fonction de juger et nouveaux aspects de la vie privée : la notion de "pleine reconnaissance"*, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 64

*Les générations de droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux*, in « Juger les droits sociaux », Actes du colloque Organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ, n° 2, Pulim, 2004, p. 13

*La vie privée entre droit de la personnalité et liberté*, RTDH, 1999, p. 827

**SICILIANOS (L.-A.)**

*L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale. A propos du 40<sup>ème</sup> anniversaire de son adoption*, RTDH, 2005, p. 869

**SIMLER (P.), HILT (P.)**

*Le nouveau visage du pacs : un quasi-mariage*, JCP, 2006, I, 161

**SIMON (J.), SOLAUX (G.)**

*Ecole et égalité des chances*, in « L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives », sous la direction de G. Koubi, G.J. Guglielmi, La découverte, Coll. Recherches, 2000, p. 235

**SIMON (P.)**

*Faut-il ethniciser les statistiques ? Un risque politique à courir...*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 64

*L'évaluation des discriminations par la statistique en France*, in « De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001, p. 491

**SLAMA (A-G.)**

*Contre la discrimination positive. La liberté insupportable*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 133

*L'égalité de droit*, in « République et particularisme », Dossier réalisé par J. Costa-Lascoux, Problèmes politiques et sociaux, n° 909, 02.2005, p. 28

**SOURIOUX (J-L.)**

*Préface*, in *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, D. Berthiau, Bibliothèque de droit privé, Tome 320, LGDJ, 1999

**SOUSSE (M.)**

*Le principe de non-discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français*, AJDA, 1999, p. 985

**SPIELMAN (D.)**

« *Obligations positives* » et « *effet horizontal* » des dispositions de la Convention, in « L'interprétation de la CEDH », sous la direction de F. Sudre, Bruylant, 1998, p. 133

**SPITZ (J-F.)**

*Autour de l'amour de l'égalité. Le rôle de l'égalitarisme néo-classique dans l'apologie précoce des sociétés libérales*, Droits. Revue française de théologie, de philosophie et de cultures juridiques, n° 33, 2001, p. 107

**STALH (J-H.), CHAUVAUX (D.)**

*Chronique de jurisprudence administrative française*, AJDA, 1995, p. 501

**STASSE (P.)**

*Le Conseil d'Etat*, in « "Egalité et équité" Antagonisme ou complémentarité », Sous la direction de T. Lambert, Economica, 1999, p. 30

*Pour les discriminations positives*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 119

**STEELE (S.)**

*Les effets pervers de l'affirmative action*, in « Les politiques de discrimination positive », Sous la direction de G. Calvès, Problèmes politiques et sociaux, Dossiers d'actualité mondiale, n°822, 06.1999, p. 37

**STIRN (B.)**

*Intérêt*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 837

**SUDRE (F.)**

*Les « obligations positives » dans la jurisprudence des droits de l'Homme*, RTDH, 1995, p. 363

**SUPIOT (A.)**

*La fraternité et la loi*, DS, n° 1, 1990, p. 118

**SURREL (H.)**

*Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe*, RTDH, n°57, 01.01.2004, p. 141

**SUTTER (C.)**

*L'égalité professionnelle dans les droits nouveaux*, DS, 1983, p. 684

**TENZER (N.)**

*Les valeurs démocratiques : comment lever la contradiction*, Le Banquet, 01.2004, n° 19-20, p. 261

**TESTU (F-X.)**

*Individu*, in « Dictionnaire de la culture juridique », Sous la direction de D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 819

**THERON (J-P.)**

*Dignité et libertés. Propos sur une jurisprudence contestable*, in « Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon », Bruylant, 1998, p. 195

**THIBIERGE-GUELFUCCI (C.)**

*Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDCiv., 1997, p. 357

**TISSOT (O. DE)**

*La protection de la vie privée du salarié*, DS, 1995, p. 222

**TODOROU (T.)**

*La coexistence des cultures*, in « L'Autre », Etudes réunies pour A. Grosser, Sous la direction de B. Badie et M. Sadoun, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, Paris, 1996, p. 300

**TOULEMONDE (B.)**

*La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Sciences Po*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 87

**TREANTON (J-R.), DARBEL (A.), BOUDON (R.)**

*Débat sur le livre. Inégalité des chances*, RFS, n° 1, p. 95

**TULKENS (F.), DONNAY (L.)**

*L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?*, RSC, 2006, janvier-mars, p. 3

**VALTICOS (N.)**

*Liberté et justice sociale*, in « Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan », Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1641

**VANDERLINDEN (J.)**

*Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique*, RRJ, 1993, n° 18, p. 573

**VASAK (K.)**

*Les droits de l'homme de la fraternité revisités*, in « Eloge de la fraternité. Pratique de solidarités », Sous la direction de A. Delblond, L'Harmattan, 2000, p. 89

**VEDEL (G.)**

*L'inégalité*, in « La Déclaration des droits de l'homme de 1789, ses origines, sa pérennité », La documentation française, 1990, p. 171

**VERDIER (J-M.)**

*En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme*, in « Les orientations sociales du droit contemporain », Ecrits en l'honneur de Jean Savatier, PUF, 1992, p. 427

**VERON-CLAVIERE (C.)**

*L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la protection des femmes qui travaillent après la loi du 13 juillet 1983*, GP, 23.12.1983, p. 503.



**VIGOUROUX (C.)**

*Le fonctionnaire et les « bonnes mœurs », CFP, juin 2006, p. 7*

**VITORINO (A.)**

*La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, revue de droit de l'Union européenne, 01.2001, p. 27*

**VOGEL-POLSKY (E.)**

*Plaidoyer pour la reconnaissance du droit fondamental à l'égalité de la femme et de l'homme, La nouvelle lettre de la FIDH, n° 34, 13.03.2000, p. 2*

**VROOM (C.)**

*Principe d'égalité et "affirmative action" aux Etats-Unis, RTDConst., 1995, p. 805*

**WAALDIJK (K.)**

*La libre circulation des partenaires de même sexe, in « Homosexualités et droit », D. Borillo, PUF, Coll. Les voies du droit, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, 1999, p. 210*

**WALINE (M.)**

*Paradoxe sur l'égalité devant la loi, D., 1949, Chr., p. 25*

**WIEVIORKA (M.)**

*Minorités handicapées et différence culturelle, in « Personnes handicapées et situation de handicap », sous la direction de I. Ville, J-F. Ravaud, Problèmes politiques et sociaux, n° 892, 09.2003, p. 15*

**WILKE (H.)**

*La théorie autopoïétique du droit : autonomie du droit et transférences contextuelles, in « Controverses autour de l'ontologie du droit », sous la direction de P. Amselek et C. Grzegorzczuk, PUF, Coll. Questions, 1989, p. 161*

**WINTEMUTE (R.)**

*Libertés et droits fondamentaux des personnes gays, lesbiennes et bisexuelles en Europe, in « Homosexualités et droit », sous la direction de D. Borillo, 2<sup>ème</sup> éd. mise à jour, PUF, 1999 p. 198*

**YOUF (D.)**

*Mari et femme : l'évolution des places de l'homme et de la femme dans la pensée occidentale, RRJ, 2004, p. 1467*

**ZARKA (Y. C.)**

*La démocratie et le besoin indifférencié de religion, Cités, « Religion et démocratie », 12.2002, p. 3*

**ZENATI (F.)**

*Le procès, lieu du social, in « Le procès », APD, Sirey, Tome 39, 1995, p. 267*

## **IV. Jurisprudence**

### **A. Jurisprudence française**

#### **- Tribunal de grande instance**

TGI Montpellier, 02.05.2000, D. 2001, jur., p. 1270, note C. Pelletier  
TGI Niort, 10.03.2005  
TGI Paris, 05.04.2005, Inédit

#### **- Cour d'appel**

CA Paris, 10.05.1985, JDI, 1985, p. 915, note H. Gaudemet-Tallon  
CA Paris 09.02.2002, 2002-143697  
CA Toulouse, 04.04.2002, 2002-175143  
CA Grenoble, 12.06.2002, 2002-185591  
CA Nîmes, 21.11.2002, 2002-203355, D., 2003, Somm., 2920  
CA Paris, 17.10.2003, 2003-252018  
CA Paris, 07.06.2004, 2004-253423  
CA Toulouse, 05.10.2004, 2004-254288  
CA Amiens, 07.03.2005, 2005-275461  
CA Grenoble, 27.10.2005, Inédit  
CA Besançon, 27.10.2005, D. 2006, jur. p. 357, note A. Paulin

#### **- Cour de cassation**

Cass. Req. 16.01.1861, Lizardi, S. 61.1.305, note Massé  
Cass. Com., 19.10.1954, D. 1956, p. 78  
Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16.05.1960, Bull. Civ., 1, n° 258, p. 211  
Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 12.05.1966, Bull. Civ., n° 564, RTDC, 1967, p. 387, obs. G. Durry  
Cass. Crim., 24.02.1970, D. 1970, p. 307  
Cass. AP, 19.05.1978, Dame Roy, D. 1978, p.541, concl. R. Schmelck et note P. Ardant  
Cass. Soc, 12.03.1981, 80.60267, Bull. Soc, 1981, n° 217  
Cass. Soc, 07.07.1981, 81-60005, Bull. Soc, 1981, n° 663  
Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19.01.1982, D., 1982, p. 589, note Prévault

Cass. Soc, 25.05.1982, 81-60795, Bull. Soc, 1982, n° 223  
 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 08.12.1982, Inédit  
 Cass. Soc, 16.06.1983, n° 82-60440, Bull. Soc, 1983, n° 342 ; Bull. Soc Francis Lefebvre, 07.1983, p. 260, note H. Carteret  
 Cass. Com, 15.10.1985, n° 83-15911, Bull Com, 1985, IV, n° 240, p. 202  
 Cass. Crim., 20.12.1985, affaire Barbie, GP, 08.05.1986, p. 26  
 Cass. Crim, 15.12.1987, 87-81658, Bull. Crim. 1987, n° 464, p. 1225  
 Cass. Crim, 06.06.1989, 88-84001, Bull. Crim. n° 240, p. 603  
 Cass. Soc. 11.07.1989, n° 85-46008, Bull. 1989, V, n° 514, p. 311, GP, 14.04.1990, n° 103, p. 104  
 Cass. Crim., 06.06.1990, Bull. Crim., n° 224, JCP, G., 1991, IV, 329  
 Cass. Soc, 22.01.1991, n° 89-44035, Inédit  
 Cass. Soc, 27.02.1991, n° 90-42239, Bull. Soc, 1991, V, n° 101, p. 63  
 Cass. Soc, 17.04.1991, n° 90-42636, Bull. 1991, V, n° 30, p. 133, GP, 13.08.1991, n° 225, p. 8, note O. Echappe ; JCP, 1991, n° 21, p. 724, note A. Sériaux  
 Cass. Soc., 17.04.1991, Pensecq c/ Association fraternité St Pie X, Bull. I, n° 201  
 Cass. Soc, 03.10.1991, n° 90-42153, Inédit titré  
 Cass. Crim, 27.11.1991, n° 91-82487, Bull. Crim. 1991, n° 442, p. 1126  
 Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 27.01.1993, n° 90-21857, inédit titré  
 Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 24.06.1994, n° 95-13100, Inédit titré  
 Cass. Soc, 08.10.1996, n° 92-82291, Bull. Soc, 1996, V, n° 311, p. 221  
 Cass. Crim., 25.02.1997, n° 96-588, Inédit titré  
 Cass. Crim., 25.02.1997, n° 96-589, Inédit  
 Cass. Crim., 25.02.1997, n° 96-590, Inédit  
 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 24.06.1997, n° 95-13100, Inédit titré  
 Cass. Soc, 25.06.1997, n° 95-43818, Inédit  
 Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 17.12.1997, n° 95-20779, Bull. 1997, III, n° 225, p. 151, JCP, 1998, p. 1045, note A. Djigo  
 Cass. Crim, 11.03.1998, n° 97-82107, Inédit  
 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 03.02.1999, D. 1999, Somm., p. 307, obs. M. Grimaldi  
 Cass. Crim, 16.02.1999, n° 98-82575, Bull. Crim. 1999, n° 19, p. 44  
 Cass. Crim, 08.04.1999, n° 98-80486, Inédit  
 Cass. Crim, 08.04.1999, n° 98-80487, Inédit  
 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13.04.1999, SA Cie Royale belge c/ SA Lilloise d'assurances et autres, note G. Légier, JCP, G, 2000, II, 10261  
 Cass. Crim., 01.06.1999, n° 98-82094, Inédit titré  
 Cass. Crim, 01.06.1999, n° 98-85464, Inédit titré  
 Cass. Crim, 05.10.1999, n° 98-86282, Inédit  
 Cass. Soc, 23.11.1999, n° 97-42940, Bull. 1999, V, n° 447, p. 329, D. 2000, IR, p. 46  
 Cass. Crim, 06.01.2000, n° 99-82094, Inédit titré  
 Cass. Crim, 11.01.2000, n° 99-82189, Inédit titré  
 Cass. Crim, 08.03.2000, n° 99-85209, Inédit  
 Cass. Crim, 14.03.2000, 99-85178, Inédit  
 Cass. Com, 21.03.2000, n° 97-22116, Bull, 2000, IV, n°66, p. 55  
 Cass. Com, 18.04.2000, n° 98-10250, Inédit titré  
 Cass. Soc, 15.06.2000, n° 98-12467, Inédit titré  
 Cass. Soc, 15.06.2000, n° 98-12469, Bull, 2000 V, n° 232, p. 181  
 Cass. Soc, 16.11.2000, n° 99-10608, Bull, 2000, V, n°376, p. 288  
 Cass. Soc, 28.11.2000, n° 97-43715, 99-41661, Bull. Soc, 2000, V, n° 395, p. 302 ; JCP, 2001, n° 23, p. 1118, note D. Corrignan-Carsin

Cass. Soc, 20.12.2000, n° 98-19107, Inédit titré.  
 Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 15.03.2001, n° 99-14883, Inédit  
 Cass. Soc., 20.06.2001, n° 99-43905, Inédit titré  
 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 29.01.2002, n° 99-21134 et 99-21135, Bull. 2002, I, n° 32, p. 24  
 Cass. Crim, 05.03.2002, n° 01-88285, Inédit  
 Cass. Crim, 12.03.2002, n° 01-82510, Inédit titré  
 Cass. Soc, 13.02.2002, n° 00-41390, Inédit titré  
 Cass. Soc, 13.02.2002, n° 00-41391, Inédit titré  
 Cass. Soc, 09.04.2002, n° 99-44534, Inédit titré  
 Cass. Crim., 11.06.2002, D. 2002, IR, p. 2657 ; RTDCiv. 2002, p. 498, obs. J. Mestre et B. Fages  
 Cass. Crim., 11.06.2002, SOS Racisme, RSC, 2002, p. 879, obs., J-F. Renucci  
 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13.11.2002, n° 00-11415, Bull. Civ. 2002, I, n° 268, p. 209  
 Cass. Soc., 16.11.2002, n° 00-44860, Inédit titré  
 Cass. Soc, 26.11.2002, n° 00-41633, Bull. 2202, V, n° 354, p. 347  
 Cass. Soc., 08.01.2003, n°00-41228, Inédit titré  
 Cass. Soc, 05.03.2003, n° 01-42851, Inédit  
 Cass. Com., 11.03.2003, Banque Worms, GP, 25.06.2003, n° 176/77  
 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 09.07.2003, n° 99-15569, Inédit titré  
 Cass. Soc., 30.09.2003, n° 01-46667, 01-46668, 01-46670, 01-46694, 01-46698, Inédit  
 Cass. Com., 13.11.2003, Magliera gipsy spa c/ SARL Cévenole compagnie et autres, RCDIP, 2004, p. 96, note B. Ancel  
 Cass. Soc, 09.12.2003, n° 01-43039, Inédit  
 Cass. Soc., 13.01.2004, n°01-46407, Bull. 2004, n°1, p.1  
 Cass. Soc., 29.09.2004, D., Jur., 2005, p. 266, note L. Noël  
 Cass. Crim., 13.10.2004, 03-87781, Inédit  
 Cass. Crim., 09.11.2004, Droit pénal, 2005, Comm. n° 35, Obs. M. Véron  
 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 25.01.2005, Bull. Civ., I, n° 35  
 Cass. Soc., 12.02.2005, n° 02-43792, Bull. 1998, V, n° 51, p. 44  
 Cass. Soc., 08.03.2005, n° 04-45848, Inédit  
 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15.03.2005, n° 02-13285, PA, 12.05.2005, n° 94, p. 12, note D. Bert ; D., 2005, jur., p. 1948, note A. Boujeka  
 Cass. Soc., 01.06.2005, n° 04-42143, Bull. soc., 2005, V, n° 185, p. 163 ; DS, 2005, p. 1049, note C. Radé ; JCP, G, 2005, II, 10092, obs. P. Lokiec  
 Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 16.06.2005, n° 03-19705  
 Cass. Soc., 07.07.2005, n° 03-43074, Bull. 2005, V, n° 235, p. 206  
 Cass. Soc. 11.10.2005, n° 04-43024, Inédit  
 Cass. Com., 13.12.2005, n° 02-10359  
 Cass. Com., 14.12.2005, n° 02-11604, Inédit  
 Cass. Soc., 18.01.2006, n° 03-45422  
 Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-42920  
 Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-40447, Inédit  
 Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-40458, Inédit  
 Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-41470, Inédit  
 Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-41631, Inédit  
 Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-41676, Inédit  
 Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-42677, Inédit  
 Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-442939, Inédit  
 Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-42941, Inédit  
 Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-43124, Inédit

Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-43647, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-44352, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-45057, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 02-46153, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-46846, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-47227, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 03-47766, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-48242, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-40438, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-40444, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-40811, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-41014, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 05-41677, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-41679, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-43312, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-45453, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-45468, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-46136, Inédit  
Cass. Soc., 03.05.2006, n° 04-46137, Inédit

- Tribunal administratif

TA Cergy-Pontoise, 21.07.2005, 0409171, Société Jasmeen, AJDA, 2006, p. 439

- Cour administrative d'appel

CAA Marseille, 20.11.1997, 96MA00832, Inédit au Recueil

- Conseil d'Etat

CE, 15.07.1959, Chambre syndicale des bureaux d'études techniques et omnium technique  
CE, 16.02.1968, Sieur Vilain, n° 69249, 69289, 70718, rec. p. 118  
CE, Ass., 09.11.1973, Sieur Siestrunk et autres, n° 85074, 85075, 85076, 85107, 85108, rec.  
p. 625  
CE, 10.05.1974, Denoyez et Chorques, n° 88032 et 88148, rec. p. 274, AJDA, 1974, p. 298,  
note C. Franc et M. Boyon; D., 1975, Doct. 393, obs. P. Tedeschi ; RDP, 1974, p. 467, note  
M. Waline ; RA, 1974, p. 440, note F. Moderne  
CE, 27.06.1986, Confédération nationale des retraités militaires et des veuves de militaires de  
carrière, n°26793, Inédit au Recueil

CE, 27.02.1987, Association Nationale des Contractuels du Service Public, n° 77774, Inédit au Recueil

CE, 10.06.1988, Sociétés Bianic et Artimor, n° 74519, Inédit au Recueil

CE, 26.06.1989, Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale et de la Recherche, n° 89945, rec. p. 152

CE, 07.12.1990, Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Buret, n° 96209, rec. p. 556

CE, 21.01.1991, Melle Stickel, rec. p. 21

CE, 24.06.1991, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public, n° 53094, Inédit au Recueil

CE, 23.09.1991, Expert, n°112397, Inédit au Recueil

CE, 15.01.1992, M. Broulhet, n° 67915, Inédit au Recueil

CE Ass., 10.09.1992, Madame Meyet, n°140376, 140377, 140378, 140379, 140416, 140417, 140832, rec. p. 327

CE, 01.03.1993, Commune de Chambray-les-tours, n°111077, Inédit au Recueil

CE, 31.03.1993, Brunel, n°111127, Inédit au Recueil

CE, 03.12.1993, Syndicat national des ingénieurs du génie sanitaire, n°115995, Inédit au Recueil

CE, 29.12.1993, Melle Martel, n° 78835, rec. p. 377, AJDA, 1994, p. 407, obs. S. Salon

CE, 09.02.1994, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT, n°111404, Inédit au Recueil

CE, 18.03.1994, Préfet de Rhône, n° 142121, Inédit au Recueil

CE, 14.04.1995, Consistoire central des israélites de France et autres et M. Koen, 2 espèces, RFDA, 1995, p. 585.

CE, 26.07.1996, Association Narbonne libertés 89, n° 130363 130450, rec. p. 696

CE, 09.10.1996, Département de Paris c/ Fretté, n° 168342, rec. p. 390

CE, 21.02.1997, Ministre de l'environnement, n° 139504, rec. p. 713

CE, 28.03.1997, Société Baxter, n° 179049, 179050, 179054, rec. p. 114, RFDA, 1997, p. 548, obs. F. Mélin-Soucramanien

CE, 02.04.1997, Commune de Montgeron, n° 124883

CE, 04.04.1997, Madame Delena, n° 143946, rec. p. 912

CE, 26.04.1997, Union nationale autonome de la police municipale, n°180826, Inédit au Recueil

CE, 30.04.1997, Association « L'enfant et son droit », n° 176205, Inédit au Recueil

CE, 30.04.1997, Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs, n° 180299 et 180328

CE, 29.12.1997, Commune de Gennevilliers, n° 147425, rec. p. 499

CE, 08.04.1998, Association pour le développement et le rayonnement des Orres, n° 127205, rec. p. 709

CE, 27.04.1998, Association française des médecins esthéticiens, n° 184473 et 184557

CE, 11.05.1998, Aldige, n° 185049, rec. p. 708

CE, 29.07.1998, Fédération générale des clercs de notaires, n°146319, 146337, rec. p. 1144

CE, 05.03.1999, Rouquette et autres, n° 194658, 196116, rec. p. 37

CE, 12.05.1999, Confédération paysanne de l'Aveyron, n° 154897, Inédit au Recueil

CE, 29.09.1999, n° 194317, Société d'édition « Documentation organique », Inédit au Recueil

CE, 29.09.1999, Syndicat de la presse périodique culturelle et scientifique, n° 186227, 186356, rec. p. 680

CE, 13.10.1999, Compagnie nationale Air France, n° 193195, rec. p. 303

CE, 22.11.1999, Roland, n° 196437, rec. p. 607

CE, 29.12.1999, Compagnie des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises du ressort de la Cour d'appel de Paris, n° 205077, 205115, 205140, rec. p. 870

CE, 23.02.2000, Mme Marchand, n°199855, Inédit au Recueil

CE, 28.02.2000, M. Petit-Perrin, n° 189082, rec. p. 812

CE, 15.05.2000, M. Barroux, n° 200903, rec. p. 172

CE, 28.07.2000, Commune d'Auxonne, n° 212982, Inédit

CE, 06.10.2000, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, n° 215145, Inédit au Recueil

CE, 27.10.2000, Caisse de garantie des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises, n° 210838, 211816, 211926, rec. p. 1113

CE, 06.11.2000, G.I.S.T.I., n° 204784

CE, 09.02.2001, Soubeyrand, n° 196040, Inédit au Recueil

CE, 09.05.2001, Syndicat départemental de la propriété agricole, n° 224982, Inédit au Recueil

CE, 11.07.2001, Syndicat départemental CFDT de la direction départementale de l'équipement du Gard, n° 220062, 220108, rec. p. 339

CE, 27.07.2001, Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière – Direction, n° 215550, 220980, rec. p. 395

CE, 27.07.2001, Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière – Direction, n° 215538, rec. p. 813

CE, 08.10.2001, Syndicat national des professeurs d'arts martiaux, n° 221206

CE, 24.10.2001, Confédération des syndicats médicaux français et autres, n° 224760, rec. p. 1198

CE, 03.12.2001, Syndicat de l'industrie pharmaceutique, n° 226514, rec. p. 624

CE, 03.12.2001, Confédération des syndicats médicaux français, n° 229539, rec. p. 1197

CE, 06.03.2002, Louliere, n° 226248, Inédit au Recueil

CE, 10.04.2002, Syndicat national des professeurs d'arts martiaux, n° 221314, Inédit au Recueil

CE, 29.05.2002, Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière – Direction, n° 235806, Inédit

CE, 12.06.2002, Caisse autonome de retraite des médecins de France, n° 229599, rec. p. 581

CE, 28.10.2002, Mme Veuve X... Y..., n° 241855

CE, 25.11.2002, Union fédérale des consommateurs Que Choisir de la Vienne, n° 240821, rec. p. 515

CE, 06.12.2002, M. X., n° 242927

CE, 30.12.2002, Syndicat national des entrepreneurs de spectacles, n° 218242, rec. p. 493

CE, 03.02.2003, Syndicat de défense pour l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, n° 235066, rec. p. 618

CE, 02.04.2003, M. X., n° 225728

CE, 26.06.2003, Mme X., n° 240898

CE, 23.07.2003, M. X., n° 253767, Inédit au Recueil Lebon

CE, 29.09.2003, TF1, n° 243654, Inédit au Recueil Lebon

CE, 03.10.2003, Groupement des agriculteurs biologistes et bio dynamistes du Maine-et-Loire, n° 253696, rec. p. 631

CE, 13.10.2003, Groupement des entreprises de portage de presse, n° 251503, Inédit au Recueil

CE, 17.10.2003, Syndicat national Force Ouvrière des personnels de préfecture, n° 247271, Inédit au Recueil

CE, 17.10.2003, Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier de Alpagnes et syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier les trois Mousquetaires, n° 255591, Inédit au Recueil

CE, 29.10.2003, Syndicat autonome des personnels navigants du groupement d'hélicoptères de la sécurité civile, n° 244957, rec. p. 418

CE, 05.11.2003, Syndicat de la juridiction administrative, n° 253515, rec. p. 622

CE, 10.12.2003, Syndicat solidaires – unitaires – démocratique – sud douanes, n° 219093, Inédit au Recueil

CE, 12.12.2003, Association amicale des anciens élèves de l'Agro de Montpellier, n° 245607

CE, 12.12.2003, M. Mokhrane, n° 235234

CE, 17.12.2003, Syndicat autonome du personnel enseignant des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion des universités, n° 246494

CE, 30.12.2003, M. X., n° 251702, Inédit au Recueil

CE, section contentieux, 30.12.2003, SARL Coréal Gestion, n°24947, rec. p. 525

CE, 04.02.2004, n°244591, Inédit au Recueil

CE, 16.02.2004, Confédération générale du travail, n° 263181, rec. p. 74

CE, 03.03.2004, Fonds régional d'organisation du marché du poisson, n° 251093, rec. p. 846

CE, 31.03.2004, Syndicat sindicatu du i travagliadori corsi, n° 242858, Inédit au Recueil Lebon

CE, 04.02.2004, Association actions et liaisons dans les écoles française d'Antananarivo, n° 244591, Inédit au Recueil

CE, 16.02.2004, Confédération générale du travail, n° 263181, rec. p. 74

CE, 27.02.2004, Melle AX et autres, n° 256525, Inédit au Recueil

CE, 27.02.2004, Syndicat national de l'encadrement civil des organismes du ministère de la défense – défense CGC, n° 250576, Inédit au Recueil

CE, 27.02.2004, Syndicat national des professeurs d'arts martiaux, n° 213484, Inédit

CE, 31.03.2004, Fédération des personnels des services publics et des services de la santé, n° 242858, Inédit au Recueil

CE, 05.04.2004, Chambre interdépartementale d'agriculture de l'Ile de France, n° 247645, Inédit au Recueil

CE, 07.07.2004, Association de défense des intérêts du sport, n° 241293, rec. p. 324

CE, 20.04.2005, Union des familles en Europe, n° 266572

CE, 25.05.2005, Mme ZY, n° 287765, Inédit au Recueil

CE, 28.10.2005, M. X., n° 265238

CE, 20.02.2006, M. A. et autres, n° 290099

CE, 22.02.2006, M. X., n° 258555

CE, 22.02.2006, M. X., n° 262623, Inédit au Recueil

CE, 22.03.2006, SARL SAJEGA et autres, n° 288757

CE, 03.04.2006, Société SEGC, n° 288756, Inédit

CE, 05.04.2006, Syndicat national et professionnel des officiers de la marine marchande, n° 235776

CE, 31.05.2006, GISTI, n° 273638

- Conseil constitutionnel

CC, 23.07.1956, 75-56 DC, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale

CC, 27.07.1978, 78-97 DC, Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises ; Juris-classeur pén., 1980, II, 19309, note N. Quoc Dinh

CC, 17.01.1979, 78-101 DC, Loi portant modification des dispositions du titre 1<sup>er</sup> du livre V du code du travail relatives aux conseils des prud'hommes



CC, 12.07.1979, 79-107 DC, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales

CC, 21.01.1981, 80-128, Travail à temps partiel, rec. p. 29

CC, 14.01.1983, 82-153 DC, Troisième voie d'accès à l'ENA, JO, 15.01.1983, p. 352

CC, 30.08.1984, 164-76 DC, Statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie

CC, 16.01.1986, 85-204 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social

CC, 07.01.1988, 87-232 DC, Mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole, rec. p. 17, RJC I-317

CC, 04.07.1989, 89-254 DC, Modalités d'application des privatisations, Rec. p. 45, RJC, I-352

CC, 09.01.1990, 89-266 DC, Re conduite à la frontière, rec., p. 15 RJC, I-378

CC, 06.12.1990, 90-280 DC, Concomitance des élections régionales et cantonales, rec., p. 88, RJC, I-412

CC, 08.01.1991, 90-283 DC, Loi contre le tabagisme et l'alcoolisme, rec., p. 11, RJC, I-417

CC, 06.05.1991, 91-291 DC, Fonds de solidarité des communes, rec. p. 40, RJC, I-445

CC, 09.05.1991, 91-290 DC, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, JO, 14.05.1991, p. 6350

CC, 24.07.1991, 91-298 DC, Dispositions fiscales rétroactives, rec., p. 82, RJC, I-465

CC, 29.07.1991, 91-296 DC, Loi portant diverses mesures d'ordre social

CC, 29.07.1991, 91-297 DC, Loi portant réforme hospitalière

CC, 15.01.1992, 91-304 DC, Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

CC, 20.01.1993, 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

CC, 21.06.1993, 93-320 DC, Loi de finances rectificative pour 1993, RJC, I-526

CC, 20.07.1993, 93-321 DC, Code de la nationalité, RJC, I-529

CC, 13.08.1993, 93-325 DC, Maîtrise de l'immigration, RJC, I-539

CC, 29.12.1993, 93-330 DC, Loi de finances pour 1994, RJC, I-558

CC, 13.01.1994, 93-329 DC, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privé par les collectivités territoriales, RFDA, 1994, n° 2, p. 209, note Genevois

CC, 27.01.1994, 93-336 DC, Statut de la magistrature, rec., p. 47, RJS, I-579

CC, 06.07.1994, 94-341 DC, Loi relative à la date du renouvellement des conseillers municipaux

CC, 03.08.1994, 94-348 DC, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes

CC, 26.01.1995, 95-358 DC, Aménagement du territoire, rec., p. 183, RJC, I-624

CC, 28.12.1995, 95-369 DC, Loi de finances pour 1996, rec., p. 257, RJC, I-646

CC, 09.04.1996, 96-375 DC, Diverses dispositions d'ordre économique et financier, rec., p. 60

CC, 16.07.1996, 96-377 DC, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'action publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire

CC, 23.07.1996, 96-380 DC, Loi relative à l'entreprise nationale France télécom, rec., p. 107

CC, 20.03.1997, 97-388 DC, Loi créant les plans d'épargne retraite

CC, 18.12.1997, 97-393 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, JO, 23.12.1997, p. 18649

CC, 30.12.1997, 97-395 DC, Loi de finances pour 1998

CC, 06.03.1998, 98-397 DC, Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux

CC, 05.05.1998, 98-399 DC, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, JO, 12.05.1997, p. 7902

CC, 10.06.1998, 98-401 DC, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JO, 14.06.1998, p. 9033

CC, 25.06.1998, 98-402 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier

CC, 29.07.1998, 98-403 DC, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions

CC, 29.12.1998, 98-405 DC, Loi de finances pour 1999

CC, 14.01.1999, 98-407 DC, Mode d'élection des conseillers régionaux

CC, 15.06.1999, 99-412 DC, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, JO, 18.06.1999, p. 8964

CC, 13.01.2000, 99-423 DC, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail

CC, 27.07.2000, 2000-433 DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

CC, 07.12.2000, 2000-435 DC, Loi d'orientation pour l'outre-mer

CC, 19.12.2000, 2000-437 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001

CC, 28.12.2000, 2000-441 DC, Loi de finances rectificative pour 2000

CC, 11.07.2001, 2001-450 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel

CC, 06.12.2001, 2001-452 DC, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier

CC, 27.12.2001, 2001-456 DC, Loi de finances pour 2002

CC, 11 et 12.01.2002, 2001-455 DC, Loi de modernisation sociale

CC, 22.08.2002, 2002-460 DC, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure

CC, 29.08.2002, 2002-461 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la justice

CC, 12.12.2002, 2002-463 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003

CC, 27.12.2002, 2002-464 DC, Loi de finances pour 2003

CC, 13.03.2003, 2003-467 DC, Loi pour la sécurité intérieure

CC, 03.04.2003, 2003-468 DC, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques

CC, 26.06.2003, 2003-472 DC, Loi « urbanisme et habitat »

CC, 26.06.2003, 2003-473 DC, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

CC, 17.07.2003, 2003-474 DC, Loi de programme pour l'outre-mer, JO, 22.07.2003, p. 12336

CC, 14.08.2003, 2003-483, DC, Loi portant réforme des retraites

CC, 20.11.2003, 2003-484 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JO, 27.11.2003, p. 20154

CC, 04.12.2003, 2003-485 DC, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile

CC, 18.12.2003, 2003-487 DC, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité

CC, 29.12.2003, 2003-488 DC, Loi de finances rectificative pour 2003, JO, 31.12.2003, p. 22652

CC, 29.12.2003, 2003-489 DC, Loi de finances pour 2004, JO, 31.12.2003, p. 22636

CC, 02.03.2004, 2004-492 DC, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO, 13.03.2004, p. 4637

CC, 10.06.2004, 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique

CC, 05.08.2004, 2004-501 DC, Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières

CC, 22.07.2005, 2005-520 DC, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de la culpabilité, Rec. p. 118  
CC, 16.03.2006, 2006-533 DC, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, D. 2006, p. 1034, note C. Malecki ; D., Act., 2006, p. 806, obs. J. Daleau  
CC, 30.03.2006, 2006-535 DC, Loi pour l'égalité des chances

## **B. Jurisprudence européenne**

### a. Commission européenne

CommEDH, 06.03.1978, Asiatiques d'Afrique orientale c/ Royaume-Uni, req. 4715/70, 4783/71, 4827/71  
CommEDH, 12.01.1994, Durini c/ Italie, req. 19217/91

### b. Cour européenne des droits de l'homme

#### - Décisions

CEDH (DR), 23.03.1999, Maldonado Nausia c/ Espagne, req. 41599/98  
CEDH(DR), 11.01.2001, Xhavara et autres c/ Italie et Albanie, req. 39473/98  
CEDH (DR), 03.05.2001, Harrison c/ Royaume-Uni, req. 32263/96  
CEDH (DR), 22.05.2001, Clark et autres c/ Royaume-Uni, req. 28575/95  
CEDH (DR), 13.09.2001, De Savoie c/ Italie, req. 53360/99  
CEDH (DR), 14.05.2002, Csepyova c/ Slovaquie, req. 67199/01  
CEDH (DR), 14.05.2002, Zehnalova et Zehnal c/ République Tchèque, req. 38621/97, rec. 2002-V  
CEDH (DR), 03.06.2003, Scordino et autres c/ Italie, req. 27.03.2003, rec. 2003-IV

#### - Arrêts

CEDH, 23.07.1968, req. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 Affaire linguistique belge *GACEDH* n° 8, AFDI, 1968, p. 201, obs. R Pelloux  
CEDH, 21.02.1975, Golder c/ Royaume-Uni, req. 4451/70, A 18, AFDI, 1975, p. 330, note R. Pelloux  
CEDH, 13.06.1979, Marckx c/ Belgique, req. 6833/74, A31, JDI, 1982, 183, Chr. P. Rolland  
CEDH, 09.10.1979, Airey c/ Irlande, req. 6289/73, A32, JDI, 1982, 187, Chr. P. Rolland  
CEDH, 13.05.1980, Artico c/ Italie, req. 6697/74, A 37

CEDH, 13.08.1981, Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, req. 7601/76 et 7806/77, A 44, CDE, 1982, p. 226, Chr. G. Cohen-Jonathan ; JDI, 1982, p. 220, obs. P. Rolland  
 CEDH, 22.10.1981, Dudgeon c/ Royaume-Uni, A 45, CDE, 1982, p. 221, Chr. G. Cohen-Jonathan ; AFDI, 1982, p. 504, Chr. R. Pelloux ; JDI, 1985, p. 185, Chr. P. Rolland  
 CEDH, 23.09.1982, Sporrang et Lönnroth c/ Suède, req. 7151/75 et 7152/75, A 52, JDI, 1985, p. 205, obs. P. Tavernier ; AFDI, 1985, p. 415, obs. V. Coussirat-Coustère  
 CEDH, 23.11.1983, Van der Musselle c/ Belgique, req. 8919/80, A 70  
 CEDH, 28.11.1984, Rasmussen c/ Danemark, req. 8777/79, A 87, JDI, 1986, p. 1074, obs. P. Tavernier  
 CEDH, 26.03.1985, X. et Y. c/ Pays-Bas, A 91, JDI, 1986, p. 1086, obs. P. Rolland  
 CEDH, 28.05.1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni, req. 9214/80, 9473/81, 9474/81, A 94  
 CEDH, 21.02.1986, James et autres c/ Royaume-Uni, req. 8793/79, A 98, JDI, 1987, p. 772, obs. P. Tavernier ; CDE, 1988, p. 479, obs. G. Cohen-Jonathan  
 CEDH, 08.07.1986, Lithgow et autres c/ Royaume-Uni, req. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, A 102, CDE, 1998, p. 481, obs. G. Cohen-Jonathan  
 CEDH, 17.10.1986, Rees c/ Royaume-Uni, Série A 106, JDI, 1987, p. 796, Chr. P. Rolland  
 CEDH, 24.11.1986, Gillow c/ Royaume-Uni, req. 9063/80, A109, JDI, 1987, p. 803, obs. P. Rolland  
 CEDH, 25.08.1987, Lutz c/Allemagne, req. 9912/82, Série A. 123  
 CEDH, 28.10.1987, Inze c/ Autriche, req. 8695/79, A 126  
 CEDH, 18.12.1987, F. c/ Suisse, req. 11329/85, A 128, JDI, 1988, p. 892, obs. P. Tavernier  
 CEDH, 21.06.1988, Plattform « Ärzte für das Leben » c/ Autriche, req. 10126/92, A-139, JDI, 1989, p. 824, obs. P. Tavernier  
 CEDH, 07.07.1989, Soering c/ Royaume-Uni, A 161, §91, JCP, 1990, II, 3452, note H. Labayle ; RGDIP, 1990, 1990, p. 103, obs. F. Sudre ; RTDH, 1990, p. 5, obs. W. J. Ganshof van der Meersh  
 CEDH, 07.07.1989, Gaskin c/ Royaume-Uni, A 160, RTDH, 1990, p. 361, note P. Lambert  
 CEDH, 19.12.1989, Kamasinski c/ Autriche, req. 9783/82, A 168  
 CEDH, 19.12.1989, Mellacher et autres c/ Autriche, req. 10522/83, 11011/84, 11070/84, A169, JDI, 1990, p. 742, obs. P. Rolland et P. Tavernier  
 CEDH, 21.02.1990, Powell et Rayner c/ Royaume-Uni, Série A 172, § 41 (JDI, 1991, p. 774, obs. P. Tavernier  
 CEDH, 27.09.1990, Cossey c/ Royaume-Uni, A 184  
 CEDH, 23.10.1990, Darby c/ Suède, req. 11581/85, A 187, RFDA, 1991, p. 848, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 18.02.1991, Moustaquim c/ Belgique, req. 12313/86, A. 193, RTDH, 1991, p. 385, obs. P. Martens  
 CEDH, 18.02.1991, Fredin c/ Suède (n°1), req. 12033/86, A 192, RUDH, 1992, p. 9, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 20.03.1991, Cruz Veras et autres c/ Suède, req. 15576/89, A 201, RUDH, 1992, p. 205, note G. Cohen-Jonathan  
 CEDH, 26.11.1991, Observer et Guardian, req.13585/88, A 216, JDI, 1992, p. 813, obs. E. Decaux  
 CEDH, 26.11.1991, Sunday Times c/ Royaume-Uni (n°2), req. n°13166/87, A 217, RUDH, 1992, p. 8, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 29.11.1991, Vermeire c/ Belgique, req. 12849/87, A 214-C  
 CEDH, 29.11.1991, Pine Valley Developments Ltd et autres c/ Irlande, req. 12742/87, A 222, RUDH, 1992, p. 9, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 25.03.1992, B. c/ France, A 232-C, JCP G., 1992, II, 21955, note T. Garé

CEDH, 27.08.1992, Tomasi *c/* France, req. 12850/87, A 241-A, RSC, 1993, p. 33, note F. Sudre  
 CEDH, 23.06.1993, Hoffmann *c/* Autriche, req. 12875/87, A 255-C, § 31(RTDH, 1994, p. 405, obs. J. Morange ; D., 1994, p. 326, obs. J. Hauser  
 CEDH, 30.06.1993, Sigurdur A. Sigurjonsson, A. 264, D. 1994, p. 181, note J-P. Marguénaud  
 CEDH, 09.01.1994, Lopez Ostra *c/* Espagne, req. 16798/90, A 303-C, JDI, 1995, p. 798, obs. P. Tavernier ; RUDH, 1995, p. 112, Chr. F. Sudre ; RTDCiv, 1996, p. 507, Chr. J-P. Marguénaud  
 CEDH, 18.07.1994, Karlheinz Schmidt *c/* Allemagne, req. 13580/88, A 291-B  
 CEDH, 23.09.1994, Hokkanen *c/* Finlande, A 299-A  
 CEDH, 25.11.1994, Stjerna *c/* Finlande, req. 18131/91, A 299-B, JCP G., 1995, I, 3823, n° 31, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 09.12.1994, Les Saints Monastères *c/* Grèce, req. 13092/87 et 13984/88, A 301-A, JCP G., 1995, I, 3823, obs. F. Sudre  
 CEDH, 10.02.1995, Allenet de Ribemont *c/* France, req 15175/89, A 308, JDI, 1996, p. 211, obs. E. Decaux ; RTDH, 1995, p. 657, comm. D. Spielman ; JCP. 1996, I, 4000, obs. F. Sudre  
 CEDH, 28.09.1995, Spadea et Scalabrino *c/* Italie, req. 12868/87, A 315-B  
 CEDH, 04.12.1995, Ribitsch *c/* Autriche, req. 18896/91, A 336, RUDH, 1996, p. 9, obs. F. Sudre  
 CEDH, 25.04.1996, Gustafson *c/* Suède, JCP, 1997, I, 4000, n° 40, obs. F. Sudre  
 CEDH, 16.09.1996, Gayguzuz *c/* Autriche, req. 17371/90, Rec. 1996-IV, D., 1998, p. 438, note J-P. Marguénaud et J. Mouly  
 CEDH, 25.09.1996, Buckley *c/* Royaume-Uni, req. 20348/92, rec. 1996-IV  
 CEDH, 26.09.1996, Manoussakis et autres *c/* Grèce, req. 18748/91, rec. 1996-IV, RTDH, 1997, p. 536, note P. Gonzales  
 CEDH, 22.10.1996, Stubbings et autres *c/* Royaume-Uni, req. 22083/93, 22095/93, rec. 1996-IV, JCP G, 1997, I, 4000, n° 22, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 18.12.1996, Aksoy *c/* Turquie, req. 21987/93, rec. 1996-VI, JCP G., 1997, I, 4000, n° 44, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 21.02.1997, Van Raalte *c/* Pays-Bas, req. 20060/92, Rec. 1997-I, JCP G., 1998, I, 107, n° 44, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 25.02.1997, Gregory *c/* Royaume-Uni, req. 22299/93, rec. 1997-I, RSC, 1998, p. 392, obs. R. Koering-Joulin  
 CEDH, 22.04.1997, X, Y et Z *c/* Royaume-Uni, req. 21830/93, rec. 1997-II, D., 1997, p. 582, note S. Grataloup  
 CEDH, 23.10.1997, National et provincial building sty, the leeds permanent building sty et the yorkshire building sty *c/* Royaume-Uni, req. 21319/93, 21449/93, 21675/93, Rec. 1997-VII, JDI, 1998, p. 225, obs. P. Tavernier  
 CEDH, 24.02.1998, Botta *c/* Italie, req. 21439/93, rec. 1998-I, RTDH, 1999, p. 600, obs. B. Maurer  
 CEDH, 27.03.1998, Petrovic *c/* Autriche, req. 20458/92, Rec. 1998-I, RTDH, 1998, p. 721, obs. S. Priso ; D. Jur., 1999, p. 141, Obs. J-P. Marguénaud et J. Mouly  
 CEDH, 21.04.1998, Daud *c/* Portugal, req. 22600/93, rec. 1998-II, JCP G., 1999, I, 105, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 30.07.1998, Sheffield et Horsham *c/* Royaume-Uni, Req. 22985/93, 23390/94, rec. 1998-V, RTDH, 1999, p. 646, note M. Levinet  
 CEDH, 23.09.1998, A. *c/* Royaume-Uni, req. 25599/94, rec. 1999-VI  
 CEDH, 22.10.1988, Norris *c/* Irlande, A 152  
 CEDH, 28.10.1998, Assenov et autres *c/* Bulgarie, Req. 24760/94, rec. 1998-VIII, JCP G., 1999, I, 105, n° 12, Chr. F. Sudre ; RTDH, 1999, p. 389, note D. Rosenberg

CEDH, Gde Ch., 28.10.1998, Osman c/ Royaume-Uni, req. 23452/94, rec. 1998-VIII, JCP G., 1999, I, 105, Chr. F. Sudre ; JDI, 1999, p. 269, Chr. P. Tavernier  
 CEDH, 18.02.1999, Larkos c/ Chypre, req. 29515/95, rec. 1999-I, JCP G., 2000, I, 203, n° 20, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 18.02.1999, Waite et Kennedy c/ Allemagne, req. 26083/94, rec. 1999-I, RTDH, 2000, p. 77, obs. H. Tigroudja  
 CEDH, Gde Ch., 29.04.1999, Chassagnou et autres c/ France, req. 25088/94, 28331/95, 28443/95, rec. 1999-III, RFDA, 1999, p. 811, note J. Andriantsimbazoniva ; RTDH, 1999, p. 901, note M. Florès-Lonjou ; RTDCiv, 1999, p. 913, obs. F. Sudre  
 CEDH, 27.09.1999, Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni, req. 31417/96 et 329377/96, RTDCiv, 1999, p. 917, Chr. J-P. Marguénaud  
 CEDH, 27.09.1999, Smith et Grady c/ Royaume-Uni, req. 33985/96 et 33986/96, RTDCiv, 1999, p. 917, Chr. J-P. Marguénaud  
 CEDH, 16.11.1999, E.P. c/ Italie, req. 31127/96  
 CEDH, 21.12.1999, Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal, req. 33290/96, rec. 1999-IX, RTDCiv., 2000, p. 313, obs. J. Hauser  
 CEDH, 25.01.2000, Ignaccolo-Zénide c/ Roumanie, req. 31679/96, rec. 2000-I, JCP G., 2001, I, 291, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 01.02.2000, Mazurek c/ France, req. 34406/97, rec.2000-II, RTDCiv, 2000, p. 311, obs. J. Hauser ; RTDCiv., 2000, p. 429, obs. J-P. Marguénaud ; Def., 2000, p. 654, obs. J. Massip ; JCP, 2000, II, 10286, obs. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre  
 CEDH, 29.02.2000, Fuentes Bobo c/ Espagne, req. 39293/98, D, 2001, Jur, p. 574, note J. Mouly et J-P. Marguénaud  
 CEDH, 21.03.2000, Dulaurans c/ France, req. 34553/97, D., 2000, p. 883, note T. Clay  
 CEDH, 06.04.2000, Thlimmenos c/ Grèce, req. 34369/97, Rec. 2000-IV, RTDCiv., 2000, p. 434, note J-P. Marguénaud ;  
 CEDH, 12.05.2000, Khan c/ Royaume-Uni, req. 35394/97, rec. 2000-V  
 CEDH, 18.05.2000, Velikova c/ Bulgarie, req. 41488/98, rec. 2000-VI  
 CEDH, 06.06.2000, Magee et Averill c/ Royaume-Uni, req. 28135/95, rec. 2000-VI, JCP G., 2001, I, 291, obs. F. Sudre  
 CEDH, 27.06.2000, Cha'are shalom ve tsedek c/ France, req. 27417/95, rec. 2000-VII  
 CEDH, 27.06.2000, Salman c/ Turquie, req. 21986/93, rec. 2000-VII, RTDH, 2001, p. 845, note E. van Nuffel  
 CEDH, 27.06.2000, Ilhan c/ Turquie, req. 22277/93, Rec. 2000-VII, JCP G., 2001, I, 291, n° 11, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 03.10.2000, Camp et Bourimi c/ Pays-Bas, req. 28369/95, Rec. 2000-X  
 CEDH, 21.11.2000, Demiray c/ Turquie, req. 27308/95, rec. 2000-XII  
 CEDH, 21.12.2000, Heaney et McGuinness c/ Irlande, req. 34720/97, rec. 2000-XII, JCP G., 1993, I, 3654, obs. F. Sudre  
 CEDH, 11.01.2001, P.M. c/ Italie, req. 24650/94  
 CEDH, Gde Ch., 18.01.2001, Chapman c/ Royaume-Uni, req. 27238/95, rec-2001-I, RTDH, 2001, p. 887, obs. F. Sudre ; RTDCiv, 2001, p. 448, Chr. J-P. Marguénaud ; D., 2002, jur., p. 2758, note D. Fiorina ; RTDH, 2001, p. 1077, note D. Rosenberg ; RTDH, 2001, p. 999, Comm. F. Benoît-Rohmer  
 CEDH, 18.01.2001, Jane Smith c/ Royaume-Uni, req. 25154/94  
 CEDH, 18.01.2001, Lee c/ Royaume-Uni, req. 25289/94  
 CEDH, 18.01.2001, Coster c/ Royaume-Uni, req. 24876/94  
 CEDH, 18.01.2001, Beard c/ Royaume-Uni, req. 24882/94  
 CEDH, 06.02.2001, Bensaïd c/ Royaume-Uni, req. 44599/98, JCP G., 2001, I, 342, n° 6, Chr. F. Sudre

CEDH, 01.03.2001, Berktaç c/ Turquie, req. 22493/93, JCP G., 2001, I, 342, n° 1, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 04.05.2001, Hugh Jordan c/ Royaume-Uni, req. 24746/94  
 CEDH, 10.05.2001, Chypre c/ Turquie, req. 25781/94, RTDH, 2002, p. 807, obs. P. Tavernier  
 CEDH, 12.07.2001, K. et T. c/ Finlande, req. 25702/94, JCP G., 2002, I, 105, obs. F. Sudre  
 CEDH, 25.09.2001, P.G. et J.H. c/ Royaume-Uni, req. 44787/98  
 CEDH, 11.10.2001, Sahin c/ Allemagne, req. 30943/96  
 CEDH, 11.10.2001, Sommerfeld c/ Allemagne, req. 31871/96  
 CEDH, 16.10.2001, Eliazer c/ Pays-Bas, req. 38055/97, rec. 2001-X  
 CEDH, 14.02.2002, Abdurrahman Arak c/ Turquie, req. 31889/96  
 CEDH, 26.02.2002, Fretté c/ France, req. 36515/97, Rec. 2002-I, JCP G., 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre  
 CEDH, 21.03.2002, APBP c/ France, req. 38436/97, JCP G., 2002, I, 157, obs. F. Sudre  
 CEDH, 23.03.2002, SA Immeubles groupe Kosser c/ France, req. 38748/97  
 CEDH, 16.04.2002, SA Dangeville c/ France, req. 36677/97, rec. 2002-III, Obs. J-F. Flauss, AJDA, 2002, p. 507  
 CEDH, 29.04.2002, Pretty c/ Royaume-Uni, req. 2376/02, Rec. 2002-III, JCP, 2002, I, 157, n° 1 et 13, obs. F. Sudre ; RJPF, 2002, 7.8/11, obs. E. Garaud ; RTDCiv, 2002, p. 858, obs. J-P. Marguénaud ; RTDH, 2003, p. 71, note O. de Schutter  
 CEDH, 04.06.2002 Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas, req. 34462/97, rec. 2002-IV  
 CEDH, 11.06.2002, Willis c/ Royaume-Uni, req. 36042/97, Rec. 2002-IV, JCP G., 2002, I, 157, n° 22  
 CEDH, 13.06.2002, Anguelova c/ Bulgarie, req. 38361/97, rec. 2002-IV  
 CEDH, 11.07.2002, Christine Goodwin c/ Royaume-Uni, req. 28957/95, rec. 2002-VI, RTDCiv, 2002, p. 862, Chr. J-P. Marguénaud ; RTDH, 2003, p. 1157, note A Marienburg-Wachsmann et P. Wachsmann  
 CEDH, 11.07.2002, I. c/ Royaume-Uni, req. 25680/94  
 CEDH, 25.07.2002, Sovtransavto Holding c/ Ukraine, req. 48553/99, rec. 2002-VII  
 CEDH, 24.09.2002, Posti et Rahko c/ Finlande, req. 27824/95, Rec. 2002-VII  
 CEDH, 26.11.2002, Buchen c/ République Tchèque, req. 36541/97  
 CEDH, 09.01.2003, L. et V. c/ Autriche, req. 39392/98, 39829/98, Rec. 2003-I, JCP G., 2003, I, 160, n° 16, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 09.01.2003, S. L. c/ Autriche, req. 45330/99, Rec. 2003-I, D., 2003, p. 2278, obs. L. Burgorgue-Larsen ; RDP, 2004, p. 840, Chr. H. Surrel  
 CEDH, Gde Ch., 13.02.2003, Odièvre c/ France, req. 42326/98, JCP, 2003, I, 120, étude Ph. Malaurie et II, 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; RTDCiv., 2003, p. 276, obs. J. Hauser e p. 375, obs. J-P. Marguénaud  
 CEDH, 06.03.2003, Pantea c/ Roumanie, req. 33343/96, rec. 2003-IV, JCP G., 2003, I, 160, n° 3, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 12.03.2003, Ocalan c/ Turquie, req. 46221/99, JCP G., I, 160, n° 1, Chr. F. Sudre ; RDP, 2004, p. 806, Chr. M. Levinet  
 CEDH, 12.06.2003, Van Küç c/ Allemagne, req. 35968/97, rec. 2003-VII, RTDCiv, 2004, p. 361, Chr. J-P. Marguénaud  
 CEDH, Gde Ch., 08.07.2003, Hatton c/ Royaume-Uni, req. 36022/97, rec. 2003-VIII, RTDCiv, 2003, p. 760, obs. J-P. Marguénaud ; RDP, 2004, p. 832, o.bs. C. Picheral  
 CEDH, 14.07.2003, Karner c/ Autriche, req. 40016/98, JCP G., 2004, I, 107, n° 18, Chr. F. Sudre ; RTDH, 2004, p. 665, note P. Frumer  
 CEDH, 22.07.2003, Ayse Tepe c/ Turquie, req. 29422/95  
 CEDH, 22.07.2003, Y.F. c/ Turquie, req. 24209/94, rec. 2003-IX

CEDH, 04.12.2003, M.C. c/ Bulgarie, req. 39272/98, Rec. 2003-XII, JCP G., 2004, I, 107, n° 1, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 16.12.2003, Palau-Martinez c/ France, req. 64927/01, JCP G., 2004, II, 10122, note A. Gouttenoire  
 CEDH, Gde Ch., 12.02.2004, Pérez c/ France, req. 47287/99, D., 2004, p. 2943, note D. Roets ; RSC, 2004, p.698, obs. F. Massias  
 CEDH, 17.02.2004, Gorzelik et autres c/ Pologne, req. 44158/98, JCP G., 2004, I, 161, n° 13, Chr. F. Sudre ; RDP, 2005, p. 797, Chr. H. Surrel  
 CEDH, 01.04.2004, Rivas c/ France, req. 59584/00  
 CEDH, 03.06.2004, Bati et autres c/ Turquie, req. 33097/96 et 57834/00  
 CEDH, 22.06.2004, Aziz c/ Chypre, req. 69949/01, rec. 2004-V  
 CEDH, 24.06.2004, Von Hannover c/ Allemagne, req. 509320/00, rec. 2004-VI, JCP, 2004, G., I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; RTDCiv, 2004, p. 802, obs. J-P. Marguénaud ; D. 2005, Chr. J-L. Halperin  
 CEDH, 13.07.2004, Pla et Puncernau c/ Andorre, req. 69498/01, RTDCiv, 2004, p. 804, n° 5, obs. J-P. Marguénaud ; JCP, G., 2005, I, 103, n° 15, Chr. F. Sudre et II, 10052, note F. Boulanger  
 CEDH, 27.07.2004, Slimani c/ France, req. 57671/00, JCP G., 2005, I, n° 2-3, Chr. F. Sudre ; RDP, 2005, p. 769, Chr. M. Levinet  
 CEDH, 27.07.2004, Sidabras et Dziautas c/ Lituanie, req. 55480/00 et 59330/00, JCP G., 2005, 103, n° 13, Chr. F. Sudre ; AJDA, 2005, p. 542, Chr. J-F. Flauss  
 CEDH, 27.07.2004, A.A. c/ Turquie, req. 30015/96  
 CEDH, 16.11.2004, Ünal Tekeli c/ Turquie, req. 29865/96, JCP. G., 2005, I, 103, n° 14  
 CEDH, 22.12.2004, Merger et Cros c/ France, JCP, G, 2005, I, 103, n° 16, Obs. F. Sudre ; RTDCiv, Chr. 2005, n° 2, p. 335, Obs. J-P. Marguénaud  
 CEDH, 03.02.2005, Biyan c/ Turquie, req. 56363/00  
 CEDH, 17.02.2005, K.A et A.D. c/ Belgique, req. 42758/98 et 45558/99, D. 2005, p. 2973, Chr. M. Fabre-Magnan  
 CEDH, 17.03.2005, Gezici c/ Turquie, req. 34594/97  
 CEDH, 07.04.2005, Raynis et Gasparavicius c/ Lituanie, req. 70665/01 et 74345/01  
 CEDH, 12.04.2005, Chamaïev et 12 autres c/ Géorgie et Russie, req. 36378/02  
 CEDH, 26.05.2005, Wolfmeyer c/ Autriche, req. 5263/03  
 CEDH, 31.05.2005, Gültekin et autres c/ Turquie, req. 52941/99  
 CEDH, 02.06.2005, H.G. et G.B. c/ Autriche, req. 11084/02 et 15306/02  
 CEDH, 30.06.2005, Jahn et autres c/ Allemagne, req. 46720/99, 72203/01, 72552/01  
 CEDH, Gde Ch., 30.06.2005, Bosphorus hava yollri turizm ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande, req. 45036/98  
 CEDH, Gde Ch., 06.07.2005, Natchova et autres c/ Bulgarie, req. 43577/98  
 CEDH, 26.07.2005, Siliadin c/ France, req. 73316/01, D. 2006, p. 346, obs. D. Roets  
 CEDH, 06.10.2005, H.Y. et Hü. Y. c/ Turquie, req. 40262/98  
 CEDH, 13.12.2005, Bekos et Koutropoulos c/ Grèce, req. 15250/02  
 CEDH, 13.12.2005, Timichev c/ Russie, req. 55762/00 et 55974/00, § 56, D. 2006, Pan., p. 1719, Obs. J-F. Renucci  
 CEDH, 20.12.2005, Wisse c/ France, req. 71611/01  
 CEDH, 11.01.2006, Sorensen et Rasmussen c/ Danemark, req. 52562/99 et 52620/99, JCP G., 2006, I, 164, Chr. F. Sudre  
 CEDH, 17.01.2006, Aoulmi c/ France, req. 50278/99  
 CEDH, 07.02.2006, D.H. et autres c/ République tchèque, req. 57328  
 CEDH, 12.02.2006, Mizzi c/ Malte, req. 26111/02  
 CEDH, 12.02.2006, Osman c/ Bulgarie, req. 42233/98



CEDH, Gde Ch., 01.03.2006, Sejdivic c/ Italie, req. 56581/00  
CEDH, 02.03.2006, Pilla c/ Italie, req. 64088/00  
CEDH, 07.03.2006, Evans c/ Royaume-Uni, req. 6339/05  
CEDH, 09.03.2006, Svipsta c/ Lettonie, req. 66820/01  
CEDH, 21.03.2006, Sale c/ France, req. 39765/04  
CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Apiccela c/ Italie, req. 64890/01  
CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Zullo Ernestina c/ Italie, req. 64897/01  
CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Scordino c/ Italie (n°1), req. 36813/97  
CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Procaccini Giuseppina et Orestina, req. 65075/01  
CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Cocchiarella c/ Italie, req. 64886/01  
CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Riccardi Pizzati c/ Italie, req. 62361/00  
CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Mostacciuolo Guisepe c/ Italie (n°2), req. 65102/01  
CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Musci c/ Italie, req. 64699/01  
CEDH, Gde Ch., 29.03.2006, Mostacciuolo Guisepe c/ Italie (n°1), req. 64705/01  
CEDH, Gde Ch., 12.04.2006, Stec et autres c/ Royaume-Uni, req. 65731/01, 65900/01, JCP S., 2006, 1408, note J. Cavallini ; RJS, 2006, p. 668, Chr. J-P. Hernoult ; JCP G. 2006, I, 164, Chr. F. Sudre  
CEDH, 18.04.2006, Chadimova c. République tchèque, req. 50073/99  
CEDH, 25.04.2006, Puig Panella c/ Espagne, req. 1483/02  
CEDH, 27.04.2006, Sannino c/ Italie, req. 30961/03  
CEDH, 15.06.2006, Kornakovs c/ Lettonie, req. 61005/00  
CEDH, 15.06.2006, Moisejevs c/ Lettonie, req. 64846/01  
CEDH, 20.06.2006, Zarb Adami c/ Malte, req. 17209/02  
CEDH, 29.06.2006, Zeman c/ Autriche, req. 23960/02  
CEDH, 22.08.2006, Barrow c/ Royaume-Uni, req. 42735/02  
CEDH, 22.08.2006, Pearson c/ Royaume-Uni, req. 8374/03  
CEDH, 22.08.2006, Walker c/ Royaume-Uni, req. 37212/02

### **C. Jurisprudence communautaire**

#### **a. Tribunal de première instance**

TPICE, 23.01.2003, T-181/01, Hectors c/ Parlement européen  
TPICE, 03.02.2005, Mancini c/ Commission, T-137/03  
TPICE, 25.04.2005, Christensen, T-336/02  
TPICE, 30.11.2005, Vanlangendonck c/ Commission, T-361/03

#### **b. Cour de justice des Communautés européennes**

CJCE, 21.12.1954, France c/ Haute autorité, 1/54, rec. p. 1

CJCE, 23.04.1956, Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises c/ Haute autorité, 7/54 et 9/54, rec. p. I-53

CJCE, 13.07.1962, Klöckner-WerkeAG e.a. c/ Haute autorité, C-17/61 et C-20/61, rec. p. I-615

CJCE, 17.07.1963, Italie c/ Commission, C-13/63, rec. p. 337

CJCE, 12.12.1973, Otto Witt KG / Hauptzollamt Hamburg-Ericus, C-149/73, rec. p. 1587

CJCE, 12.02.1974, Sotgiu, C-152/73, rec. p. 153

CJCE, 08.04.1976, Defrenne, C-43/75, rec. p. 455

CJCE, 20.02.1979, Rewe-Zentral, C-113/81, rec. p. 649

CJCE, 06.03.1979, SpA Simmenthal c/ Commission des Communautés européennes, C-92/78, rec. p. 777

CJCE, 27.03.1980, Macarthys c/ Smith, C-129/79, rec. p. I-1275

CJCE, 14.01.1981, Denkavit Nederland BV c/ Produktschap voor Zuivel, C-35/80, rec. p. 45

CJCE, 17.12.1981, Procédure pénale c/ Webb, C-279/80, rec. p. I-3305

CJCE, 04.02.1982, Buyl e.a., C-817/79, rec. p. 245

CJCE, 11.03.1982, De Pascale, C-164/80, rec. p. 909

CJCE, 23.02.1983, Kommanditgesellschaft in der Firma Wagner GmgH, C-8/82, rec. p. 371

CJCE, 08.11.1983, Commission c/ Royaume-Uni, C-165/82, rec. p. 3431

CJCE, 12.07.1984, Castelli, C-261/83, rec. p. I-3199

CJCE, 13.11.1984, Firma Racke c/ Hauptzollamt-Mainz, C-283/83, rec. p. 2015

CJCE, 15.01.1985, Finsider c/ Commission, C-250/83, rec. p. I-131

CJCE, 21.05.1985, Commission c/ République fédérale d'Allemagne, C-248/83, rec. p. 1974 ; J. Mauro, GA, 1986, III, Doct., p. 568

CJCE, 13.05.1986, Bilka-Kaufhaus GmbH, C-170/84, rec. p. I-1607

CJCE, 15.05.1986, Johnston, C-222/84, rec. p. I-1651

CJCE, 26.04.1988, Bon van Adverteerders e.a. c/ Etat néerlandais, C-352/85, rec. p. 2085

CJCE, 30.06.1988, Commission c/ France, C-318/86, rec. p. I-3559

CJCE, 25.10.1988, Commission c/ France, C-312/86, rec. p. 6315

CJCE, 07.05.1991, Commission c/ Royaume de Belgique, C-229/89, rec. p. I-2205

CJCE, 25.07.1991, Stoeckel, C-345/89, rec. p. I-4047

CJCE, 08.12.1991, Posthumus c/ Oosterwoud, C-121/90, rec. p. I-5859

CJCE, 09.07.1992, Commission c/ Belgique, C-2/90, rec. p. I-4431

CJCE, 02.08.1993, Levy, C-158/91, rec. p. I-4287

CJCE, 27.10.1993, Enderby c/ Frenchay Health Authority e. a., C-127/92, rec. p. I-5535

CJCE, 10.02.1994, Courage, C-398/92, rec. p. I-476

CJCE, 05.05.1994, Habermann – Beltermann, C-421/92, rec. p. I-1657

CJCE, 18.05.1994, Codorniu c/ Conseil, C-309/89, rec. p. I-1853

CJCE, 28.09.1994, Russel, C-200/91, rec. p. I-4389

CJCE, 14.02.1995, Schumacker, C-279/93, rec. p. I-225

CJCE, 31.05.1995, Royal Copenhagen, C-400/93, rec. p. I-1275

CJCE, 17.10.1995, Kalanke c/ Frei Hansestadt Bremen, C-450/93, rec. p. I-3051, DS, n° 5, 1996, p. 494, note M-T. Lanquetin ; DA, 1996, p. 284, note H. Chavrier, E. Honorat, G. de Bergues ; RTDE, n°2, 1996, p. 281, note L. Charpentier

CJCE, 13.02.1996, Gillespie e.a., C-342/93, rec. p. I-475

CJCE, 30.04.1996, P/S c/ Cornwall County Council, C-13/94, rec. p. I-2143, Rev. Aff. Eur., 1996, p. 167, obs. F. Picot

CJCE, 26.09.1996, Data delecta and Forsberg, C-43/95, rec. I-4661

CJCE, 20.03.1997, Hayes, C-323/95, rec. I-1711

CJCE, 02.10.1997, Kording c/ Senator für Finanzen, C-100/95, rec. p. I-5289

CJCE, 02.10.1997, Saldanha, C-122/96, rec. I-5325

CJCE, 11.11.1997, Marschall, C-409/95, rec. p. I-6363, Europe, 01. 1998, Comm. n° 15, p. 16, note L. Idot  
 CJCE, 27.11.1997, Meints, C-57/96, rec. p. I-6689  
 CJCE, 17.02.1998, L-J. Grant, C-249/96, rec. p. I-261, JTDE, 1998, p. 110, note. A. Weyembergh  
 CJCE, 30.04.1998, Thibault, C-136/95, rec. p. I-2011, D., 1998, Somm. Comm., p. 247, obs. M-T. Lanquetin  
 CJCE, 17.06.1998, Hill, C-243/95  
 CJCE, 30.06.1998, Brown c/ Rentokil Ltd, C-394/96, rec. p. I-4185  
 CJCE, 15.09.1998, Edis, C-231/96, rec. I-4951  
 CJCE 27.10.1998, Boyle, C-411/96  
 CJCE, 19.11.1998, Hoj Pedersen, C-66/96, rec. p. I-7327  
 CJCE, 09.02.1999, Seymour-Smith et Perez, C-167/97  
 CJCE, 11.05.1999, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankkasse, C-309/97  
 CJCE, 08.07.1999, Baxter et autres, C-254/97  
 CJCE, 16.09.1999, Abdoulaye et autres, C-218/98  
 CJCE, 21.10.1999, Lewen, C-333/97  
 CJCE, 26.10.1999, Sirdar, C-273/97, rec. p. I-7403  
 CJCE, 23.11.1999, Portugal c/ Conseil, C-149/96  
 CJCE, 11.01.2000, Kreil, C-285/98, rec. p. I-69  
 CJCE, 13.01.2000, Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, C-314/98, rec. p. I-151, Europe, 03.2000, Comm. n° 73, p. 14, note A. Rigaux  
 CJCE, 03.02.2000, Mahlburg, C-207/98, rec. p. I-549  
 CJCE, 10-02-2000, Deutsche Telekom AG c/ Schröder, C-50/96  
 CJCE, 28.03.2000, Badeck et autres, C-118/97, rec. p. I-1875, DS, 2000, p. 901, note K. Berthou  
 CJCE, 06.04.2000, Jorgensen, C-226/98, rec. p. I-2447  
 CJCE, 16.05.2000, Preston e. a. et Fletcher et autres, C-78/98  
 CJCE, 06.06.2000, Staatssecretaris van Financiën, C-35/98  
 CJCE, 06.07.2000, Dietrich c/ Westdeutscher Rundfunk, C-11/99  
 CJCE, 06.07.2000, Abrahamsson et Anderson, C-407/98, rec. p. I-5539  
 CJCE, 26.09.2000, Kachelmann, C-322/98, rec. p. I-7505  
 CJCE, 01.10.2000, Ferlini, C-411/98, rec. p. I-8081  
 CJCE, 05.12.2000, Guimont, C-448/98, rec. p. I-10663  
 CJCE, 07.11.2000, Luxembourg c/ Parlement et Conseil, C-168/98  
 CJCE, 07.12.2000, Schnorbus, C-79/99, rec. p. I-10997  
 CJCE, 13.03.2001, PreussenElektra , C-379/98  
 CJCE, 29.03.2001, Portugal c/ Commission, C-163/99  
 CJCE, 26.06.2001, Commission c/ Italie, rec. p. I-4923  
 CJCE, 26.06.2001, S. Brunnhofer c/ Bank des österreichischen Postparkasse AG, C-381/99, rec. p. I-4961  
 CJCE, 12.07.2001, Jippes, C-189/01  
 CJCE, 12.07.2001, Smits et Peerbooms, C-157/99  
 CJCE, 04.10.2001, Bowden et autres, C-133/00  
 CJCE, 22.11.2001, Cape, C-541/99 et C-542/99  
 CJCE, 29.11.2001, Griesmar, C-366/99, rec. p. I-9383  
 CJCE, 13.12.2001, Mouflin c/ Recteur de l'académie de Reims, C-206/00, rec. p. I-10201  
 CJCE, 05.02.2002, Lassacher et autres , C-519/99  
 CJCE, 19.03.2002, Lommers, C-476/99, rec. p. I-2891  
 CJCE, 06.06.2002, Sapod Audic , C-159/00

CJCE, 17.09.2002, Lawrence et autres, C-320/00  
 CJCE, 12.12.2002, Rodriguez Caballero, C-442/00, rec. p. I-11915  
 CJCE, 27.02.2003, Busch, C-320/01  
 CJCE, 06.03.2003, Granarolo, C-294/01  
 CJCE, 10.07.2003, Commission c/ Pays-Bas, C-246/00  
 CJCE, 11.03.2003, Alexander Dory, C-186/01  
 CJCE, 15.03.2003, Salzmann, C-300/01  
 CJCE, 06.05.2003, Pfeiffer, C-397/01 à C-403-01  
 CJCE, 23.05.2003, Freskot, C-355/00  
 CJCE, 19.06.2003, Pasquini, C-34/02  
 CJCE, 23.10.2003, Schönheit, C-4/02  
 CJCE, 11.12.2003, Barbier, C-364/01  
 CJCE, 13.01.2004, Allonby, C-256/01  
 CJCE, 30.03.2004, Alabaster, C-147/02  
 CJCE, 29.04.2004, Commission c/ Portugal, C-171/02  
 CJCE, 08.06.2004, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, C-220/02  
 CJCE, 01.07.2004, Commission c/ Belgique, C-65/03  
 CJCE, 09.09.2004, Carbonati Apuani, C-72/03  
 CJCE, 30.09.2004, Briheche, C-319/03, D. 2006, p. 347, note J-L. Clergerie  
 CJCE, 14.10.2004, Omega, C-36/02  
 CJCE, 18.11.2004, Sass, C-284/02, D., 2005, Jur., p. 699, note P. Icard  
 CJCE, 01.02.2005, Commission c/ Autriche, C-203/03  
 CJCE, 10.03.2005, Nikoloudi, C-196/02  
 CJCE, 15.03.2005, Bidar, C-209/03  
 CJCE, 16.06.2005, Pupino, C-105/03  
 CJCE, 07.07.2005, Commission c/ Autriche, C-147/03  
 CJCE, 22.11.2005, Mangold, C-144/04, Europe, 01.2006, Comm., p. 19, n° 18, note L. Idot ; D, 2006, Jur. P. 557, note O. Leclerc  
 CJCE, 10.02. 2006, Deutsche Post AG c/ Sievers et Schrage, C-270/97 et C-271/97  
 CJCE, 16.02.2006, Sarkatzis Herrero, C-294/04, RJS, 2006, p. 662, Chr., J-P. Hernoult ; Europe, 04.2006, Comm. P. 20, n° 115, note L. Idot  
 CJCE, 21.02.2006, Ritter-Coulais, C-152/03, Europe, 04.2006, Comm., p. 15, n° 111, note F. Mariatte  
 CJCE, 27.04.2006, Richards, C-423/04, D., 2006, p. 1628, note A. Budaga ; Europe, 05.2006, Comm., p.18, n° 151, note L. Idot  
 CJCE, 16.05.2006, Watts, C-372/04  
 CJCE, 04.07.2006, Adeneler, C-212/04  
 CJCE, 11.07.2006, Chacon Navas, C-13/05  
 CJCE, 07.09.2006, Cordero Alonso, C-81/05

#### **D. Jurisprudence internationale**

CPJI, 06.04.1935, Ecoles minoritaires en Albanie, Série A/B, n°64, p. 19  
 CIJ, 18.07.1966, Statut international du Sud-Ouest africain (2<sup>ième</sup> phase), rec. 1966, p. 304  
 Cour AELE, 22.04.2004, EFTA surveillance Authority/Norway, E-102, EFTA Court, Report 1, 2003

Comité DH, 06.08.2003, Edward Young c/ Australie, Obs. J-P. Marguénaud, RTDCiv., Chr., 2004, p. 376

Tribunal Première Instance, La Haye, 24.10.1995, Migrantenrecht(1996). Cette décision sera confirmée par la Chambre centrale du Tribunal de Première Instance, La Haye, 29.10.1997, Migrantenrecht(1997)

### **E. Jurisprudence étrangère**

Fay v. New York, 332 U.S. 261(1947)

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)

United Steelworkers of America AFL-CIO-CLC v. Weber and al, 433 U.S. 193, (1979)

Orr v/ Orr, 440 U.S. 268 (1979).

Wygant v. Jackson Board of Education, 476 US 267(1986)

Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara Country, 480 U.S. 424, (1987)

Cour canadienne des droits de l'homme, 20.02.1989, Gauthier e.a./Canadian Armed Forces, TD 3/89

Metro Broadcasting Inc v. Federal Communications Commission 497 US 547(1990)

Adarand Constructors v. Federico Pena, --- U.S. --- (1995), Edition électronique

Grutter v. Bollinger, 123 CS 2325 (2003)

Gratz v. Bollinger, CS 2411(2003)

Gribbs v. Duke Power Company 401 U.S. 427 (1971)

CA, Belgique, 27.01.1994, 9/94

### **V. Ressources Internet**

*Personnes handicapées : analyse comparative et prospective du système de prise en charge*, <http://www.sante.gouv.fr/htm/actu/handicapes/1-5.htm>, 11.12.2001

*Approche juridique de la discrimination à l'accès à l'emploi en Belgique en raison de l'origine étrangère*, <http://www.ilo.int/french/protection/migrant>, 21.12.2001

*Politiques de l'emploi dans l'Union Européenne et dans les Etats-membres*, Rapport conjoint 2000, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001

*Racisme, ségrégation, discrimination*, <http://www.unice.fr/urmis-soliis/Axe3.html>

<http://www.lemonde.fr>

<http://www.rfi.fr>



# INDEX THEMATIQUE\*

---

## A

---

**Action positive** : 210, 252, 253, 260, 318, 391, 397, 426, 438, 461

**Administration** : 31, 174, 252, 255, 276, 320

**Affirmative action** : 3, 4, 6, 198, 217, 220, 243-245, 360, 408, 438, 455, 484

**Age** : 45, 68, 164, 171-172, 175-180, 183, 190, 224, 247, 318, 326, 357, 373, 376, 386, 402, 410, 425, 461

**Appartenance** : 29, 31, 162-163, 179, 184, 206, 217, 224, 226-227, 232, 244, 247, 271, 279, 325-326, 345, 359, 362, 371, 416, 424-425, 438, 443, 455, 461, 469, 477-479, 485, 489, 490

**Approche intégrée** : 379

**Armée** : 164, 263, 279, 356, 365, 473

**Autonomie personnelle** : 341, 419, 432-433, 440

---

## B

---

**Base commune** : 13, 26, 35-37, 42, 53, 54

---

## C

---

**Catégorie** : 2, 6, 10, 13, 16, 24, 29, 31, 41, 46, 60, 67-68, 70-71, 84, 95-96, 102, 111, 118, 123-125, 131-132, 148, 156, 173, 177-178, 180-183, 188, 190-191, 193, 200, 208, 211, 218, 220-223, 228-229, 231, 234-237, 252, 258, 260, 273, 285, 289-290, 201, 320-321, 325, 333, 348, 350-354, 257, 359-360, 365, 367-369, 371, 373-374, 379-381, 385, 392-393, 403, 414, 416, 429, 436-437, 440, 444, 449, 459, 461-462, 464, 471, 485-490, 495

**Charte** :

- **Des droits fondamentaux de l'Union européenne** : 391, 475-476
- **Européenne des langues régionales** : 434-435, 438
- **Sociale européenne** : 172-173, 307, 431

**Citoyenneté** : 308, 417, 419-423, 443

**Comité d'entreprise** : 223, 321

**Communautarisme** : 289, 416-417, 478-479, 481, 484-485, 495-496

**Comparabilité** : 10-47, 49, 53-54, 96, 101, 132, 235

**Comparaison** : 10-32, 35, 38, 40-56, 68-70, 74-78, 80-83, 86, 88, 90-92, 94, 96-98, 101, 115, 140, 145, 154, 156-158, 186-187, 191, 203-206, 213-214, 219, 221, 234-238, 286, 424

**Compensation** : 117, 173, 175, 197, 199-200, 357, 366, 402, 422, 438, 443, 468

---

\* Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes.

**Concubinage** : 89, 168, 257, 454  
**Contractant** : 36, 181, 183, 186-190, 218, 251, 254, 258, 240, 245, 375, 431, 458, 469, 472  
**Contrat** : 47, 143, 174, 177, 180, 184-188, 205, 214, 218, 226, 233, 251, 258, 261-262, 321, 375, 458-459, 471  
- **De travail** : 24, 39, 163, 188-190, 261, 325, 357, 486  
**Cour suprême des Etats-Unis** : 243-244, 269, 484  
**Crime contre l'humanité** : 477  
**Culture** : 1, 67, 172-173, 201, 217, 256, 270, 295, 300, 310, 393, 422, 431, 434, 437, 439, 463, 484, 495, 497

---

## D

---

**DDHC** : 2, 6, 59, 65, 67, 120, 123, 131, 309, 312, 364, 371, 455  
**Démocratie** : 2, 8, 152-153, 199, 206, 238, 264, 277, 472, 474, 484, 492, 497, 499-500  
**Détention** : 182-184  
**Détenu** : 135, 146, 181-183  
**Développement personnel** : 260, 417, 427-428, 430-433, 436, 440, 443  
**Différence** : 284, 286, 289, 333, 359-360, 365, 385, 417, 424, 426-427, 442-448, 461, 465, 472, 474, 477-482, 485, 487-488, 491-497  
- **Essentielle** : 208-209, 253  
- **De traitement** : 4, 6, 10, 16, 21, 28, 32, 36, 40-41, 43, 59, 95, 104, 108, 110, 113, 115, 119, 121-127, 130, 132, 138, 141-145, 148, 150, 156-158, 162, 168, 176, 204, 206, 210, 214-215, 222, 228, 230-231, 358, 360, 365, 376, 402, 403, 454, 462, 466, 468, 471, 495  
- **de situation** : 5, 12-13, 16, 18, 34, 36, 45-46, 55-56, 76-77, 91, 98, 105, 130-131, 140, 142, 144-145, 148, 151-152, 156-158, 192, 195, 200-210, 213-216, 219, 221, 223, 234-238, 286, 289, 293, 299, 318, 320-321, 324, 338, 357, 359-360, 400, 427, 427, 472, 493  
- **Objective** : 12, 145, 158-161, 166-170, 192, 277, 357, 385, 387, 391, 400, 445, 447  
- **Naturelle** : 65, 159  
- **De rémunération** : 78, 213  
- **Factuelle** : 107, 209, 260  
- **Intrinsèque** : 173, 217, 226, 443  
- **Physique** : 12, 161, 166, 173, 280, 357, 403  
- **Physiologique/Biologique** : 165-166, 173, 215, 269-270, 357  
- **Juridique** : 209  
- **Génétique** : 425  
- **Culturelle** : 484-485  
**Dignité** : 83, 191, 258, 309, 341, 422, 445, 474-477, 484  
**Discrimination** :  
- **Accablante** : 353-359, 366  
- **A rebours** : 312, 353, 360-361, 364-366  
- **Arbitraire** : 112, 114, 261, 352  
- **Directe** : 2, 47, 156, 224, 232, 234, 323, 325-327, 355, 451  
- **Dissimulée/ déguisée** : 46, 327



- **Indirecte** : 2, 46-47, 156, 224, 232, 234, 273, 289, 306, 313, 321-327, 338, 347, 437, 451
- **Justifiée** : 9, 112
- **Négative** : 55, 108, 110-113, 116, 118-121, 126, 153, 198, 217, 257, 269, 281, 283, 355, 442, 485, 491
- **Ostensible** : 46
- **Raciale** : 217, 263, 344, 395, 404, 475

**Drittwirkung** : 260

**Droit** :

- **A la différence** : 472, 479, 481-482, 491-493
- **Civil et politique** : 422, 431
- **Collectif** : 433, 438, 440
- **Comparé** : 11, 48-49
- **D'association négatif** : 375, 433
- **De gagner sa vie** : 431
- **De propriété** : 440
- **Des obligations/ Des contrats** : 47, 143, 184-188, 218, 458, 471
- **Droits de l'homme** : 18, 20, 65, 237, 260, 297, 300, 339, 345-344, 347, 394-395, 417, 429, 434-435, 438, 443, 463, 466, 468, 472-473, 475, 484, 492, 501
- **Droits économiques et sociaux** : 431
- **Droits fondamentaux** : 101, 431, 443
- **Du travail** : 142, 164, 181, 185, 189, 252, 268, 295, 392, 461, 471
- **Individuel** : 433, 440
- **International privé** : 48-53, 88
- **International** : 394, 484
- **Pénal** : 174, 177, 181, 184, 227-228, 232, 234, 246-247, 249, 269, 370-371, 459-461
- **Privé** : 9, 47, 84, 143, 156, 168, 236, 238-241, 254, 258, 262-263, 277, 375, 406, 415-416, 418-419, 471, 493, 499, 502
- **Public** : 9, 33, 156, 236, 238-240, 254, 257, 263, 277, 406, 445
- **Transitoire** : 413

**DUDH** : 445

---

## E

---

**Education** : 19, 158, 165, 201, 206, 256, 259, 273, 316, 321, 390, 431

**Effectivité** : 26, 234, 237, 260, 291, 297, 328, 330, 333, 338, 340, 344-345, 364, 367, 429, 448-449, 498, 502

**Effet** :

- **D'aubaine** : 416, 490
- **Horizontal** : 258-262, 319, 372-376
- **Pervers** : 347, 364, 478, 484, 490, 496

**Efficacité** : 279, 292, 318, 367, 379-380, 412, 423, 461, 502

**Egalité** :

- **Abstraite** : 2, 105
- **Catégorielle** : 2
- **Concrète** : 2
- **De droit** : 11, 54, 67-68, 143, 189, 193-194, 295, 376, 386

- **De fait** : 2, 7, 67, 117, 158, 200, 259, 286, 295, 302, 327, 354-355, 357, 360, 376, 379, 382, 385, 395, 405, 410, 413, 421, 438, 458, 463, 484
  - **De résultat** : 2, 307, 310-312
  - **Des chances** : 2, 162, 180, 193, 233-234, 236, 252, 290, 306-314, 318, 321, 335, 347-348, 390, 395, 397, 409, 438, 463, 493
  - **Des sexes** : 224, 431
  - **En droit** : 69, 105
  - **Formelle** : 2, 11, 56-60, 64, 67, 70-71, 74-77, 82-83, 85, 90-92, 98, 104-110, 113, 117-122, 126, 128, 138-140, 143, 147, 149, 152-156, 165, 175, 186, 290-292, 295, 299, 301-304, 307, 312, 314, 335-336, 338, 347, 377, 387, 396, 413, 415, 471, 481, 486, 495-496, 498
  - **Générale** : 2, 60, 105, 295
  - **Juridique** : 2, 8, 66, 74, 117, 302, 335, 450
  - **Matérielle** : 2, 76, 85, 90-91, 106-107, 142-143, 259, 287, 289-290, 302, 309
  - **Réelle** : 2, 8, 11, 47, 56, 105-107, 109, 116-120, 139-140, 143, 152-154, 158, 169, 175, 187, 288, 290, 298, 302-303, 307, 318, 324, 329, 335-336, 346-347, 366, 370, 379-380, 399, 408-410, 414-416, 425, 442-443, 448, 451, 464, 480, 490-491, 497, 500
  - **Substantielle** : 11, 300, 303, 312-313, 318, 332, 366, 374, 376-377, 380, 499
- Election** : 141, 201, 321, 367, 489
- Emploi** : 12, 24, 31, 163-164, 168, 172, 175, 179-180, 189-191, 193-198, 201, 222-224, 226, 239, 243, 245, 247, 250, 252-253, 256, 259, 280, 308-309, 312, 320-321, 323, 326, 353, 363-364, 368, 371, 373, 391-392, 397, 431, 461-463, 488-489
- Employeur** : 12, 33, 78, 81, 97, 163, 165, 180, 189-190, 197, 214, 217, 223, 232, 236, 238, 243, 245, 250, 252-254, 258-259, 320, 323, 326, 348, 350, 368-369, 371, 375, 381, 427, 431, 452, 459-463, 471
- Enfant** : 19, 24, 29, 122, 130, 162, 164-165, 169, 177-178, 184, 190, 206, 217, 250, 265, 268-269, 272, 274, 321, 324, 338, 355, 357, 359, 365, 370, 444
- **Adopté** : 257, 272
  - **Adultérin** : 271
  - **Handicapé** : 175, 370, 444
  - **Légitime** : 102, 261, 271, 344
  - **Naturel** : 102, 261, 271, 344
- Enquête effective** : 184
- Enseignement** : 4, 196-197, 201, 320-321, 358, 360
- Entreprise** : 14, 16, 33, 81, 97, 162, 175, 180, 194-195, 205, 210, 214, 223, 232, 243, 247, 251-253, 273, 310, 321, 325-326, 369, 371, 422, 462-463, 469, 488
- **De tendance** : 459-462
- Environnement** : 125, 135, 137, 148, 173, 282
- Epanouissement personnel** : 303, 417, 419, 431-432, 434, 436, 440, 475, 485, 497
- Equilibre** : 10, 24, 117, 125, 136, 140, 156, 159, 188, 192-193, 196-197, 201, 211, 221, 234, 238, 243, 252-253, 272-273, 290, 310, 324, 348-349, 352-354, 357, 359-360, 362, 364-367, 371, 373, 375, 385, 397, 418, 444, 446, 453, 455, 471, 485, 490
- Equité** : 200, 291, 229, 333-336
- Equivalence** : 48-56, 81, 91, 94, 96, 98-101, 106, 365, 424
- Extradition** : 184

---

## F

---

**Faiblesse** : 165, 170, 177-178, 181, 183, 187-189, 218, 268, 369

**Famille** : 24, 67, 79, 163, 165, 175, 182, 194, 197-198, 201, 214, 247, 258, 264-265, 270-275, 326, 330, 346, 365, 370, 376, 435, 438, 443, 453, 461

**Femme** : 12, 19-20, 24, 46, 67-68, 75, 86, 89, 124, 159-166, 173, 180, 182-183, 185, 190, 210, 217, 222-224, 230, 233, 235-236, 239, 243, 250-253, 256, 259-260, 265-273, 279-280, 285, 295, 303, 308-312, 315, 318, 321, 324-326, 333, 335, 340, 344, 346, 349, 353, 355-357, 362-363, 366-367, 369, 373-374, 376, 379, 381, 391-392, 395-397, 401-403, 405, 410, 427, 431, 437, 452, 454, 459, 462-463, 468, 471, 489

**Finalité** : 46, 114, 130, 204, 304, 333, 377, 428, 438, 462

**Fonctionnaire** : 19, 29-33, 102, 162, 182, 194, 239, 254, 259, 276, 320, 357

**Fraternité** : 8, 274, 289, 416-418, 423, 441-445, 448-449, 456-459, 461, 463-465, 474, 477, 485, 493, 497, 498

---

## G

---

**Garde à vue** : 182-184

**Grève** : 440

**Groupe** : 3, 46, 49, 86, 147, 156, 158, 162, 178, 184, 198, 206, 217, 220, 227, 229, 232-233, 236, 238, 243-244, 250, 253, 260, 271, 276, 283, 287, 319, 323-326, 335, 355, 359, 380-381, 387, 391-392, 395-396, 400-401, 416, 426, 428, 430, 431, 433-434, 436-438, 440-441, 444, 454, 456, 461, 463, 468, 475, 477, 479, 485, 494, 496

**Guerre** : 279, 477

---

## H

---

**HALDE** : 234, 249, 326, 463

**Handicap** : 12, 46, 68, 77, 82, 170-175, 179, 185, 190, 193, 195, 201, 247, 260, 272-274, 308, 326, 358, 363, 368-371, 379, 381, 392, 422, 425, 427, 430, 437, 443, 456, 459-462, 468, 484, 488

**Héritier** : 175, 370

**Hétérosexuel** : 89, 168, 257, 263, 374, 453-454

**Homme** : 12, 20, 24, 29, 46, 61, 65-68, 75, 87-89, 160-166, 183-184, 186, 190, 206, 210, 217, 222-224, 230, 233, 243, 245, 250-253, 259-260, 265-266, 269-270, 273-274, 280, 289, 295, 299, 303, 308, 312, 318, 321, 324-326, 335, 344, 346, 349, 353, 355-357, 361-363, 366, 373-374, 376, 379, 391, 395, 397, 402-403, 405, 410, 423-424, 427-428, 435, 437-438, 445, 454-455, 462-463, 468, 473, 475, 477, 479

- **Situé** : 303, 437

**Homosexuel** : 89, 168, 206, 257, 263, 365, 453-454

**Humanité** : 162, 458, 476-477, 484, 497, 500

---

## I

---

**Identité** : 1, 46, 51-52, 54, 56, 59, 98-99, 102-103, 191, 198, 255, 289, 417, 419-421, 424-427, 430-433, 439-440, 464, 477, 480, 482-484, 493-495

- **Absolue (des situations)** : 92-97, 99, 101, 103, 106-107, 207

- **Relative (des situations)** : 91-94, 97-99, 101, 103, 106

**Immigration** : 210, 234, 461, 484

**Incapable majeur** : 174, 269

**Individu** : 10, 27, 29, 44, 46, 66-68, 98, 101-102, 104, 111, 118, 135, 147, 156, 158, 172-174, 178, 184, 191, 193, 198, 199-202, 206, 217, 286, 289, 300, 309-310, 324-325, 333, 335-336, 340, 355, 359-360, 365, 370-371, 375, 380, 387, 395, 403, 416-420, 423-428, 430-438, 440, 442-443, 445, 447-451, 455, 464, 468, 474, 477-479, 484-485, 487, 489, 491, 494-495, 497, 500-501

**Inégalité** : 10-11, 25, 62, 104, 155-160, 166, 169-171, 174-176, 179, 181, 185-187, 189-190, 192-193, 195, 199-204, 223, 225, 235, 237, 243, 248-249, 256, 266, 271, 284-286, 290, 293, 295, 297-299, 304, 306, 346, 355-356, 359, 311, 313, 321, 335, 363, 370, 376, 387, 402-403, 405, 419, 422-423, 444, 447, 449-450, 457-459, 463, 475, 479, 487-488, 492, 495, 497, 500

- **Compensatoire** : 117, 188

- **De départ** : 386

- **De droit** : 8, 117

- **De fait** : 6, 10-11, 117, 143, 158, 162, 166, 251-252, 286, 288, 294-295, 303, 308-309, 318-319, 321, 327, 335, 338, 355, 357, 360, 376, 385, 391, 410, 431

- **Formelle** : 142

- **Objective** : 159, 174-175, 179-181, 185, 190, 192, 195, 201, 286

- **Naturelle** : 156, 190, 200

- **Réelle** : 107

- **Sociale** : 196, 357, 443

- **Subjective** : 166, 175, 446

- **Territoriale** : 197

**Infériorité** : 165, 181, 185-187, 190, 360, 458

**Ingérence** : 125, 138, 206, 263, 340, 372, 374, 376, 414

**Injustice** : 294, 310, 33, 490

**Isonomie** : 57

**Intégration** : 3, 9, 123, 173, 201, 234-235, 359, 378, 384, 415, 425, 462, 466

**Intérêt général** : 55, 108, 113-116, 119-139, 141-154, 208, 320-321, 372, 375-376, 480, 486-487

**Interprétation** : 9, 16, 69, 82-83, 133, 211-213, 243, 257-258, 261, 281, 397, 407, 433, 461

- **Classique** : 186

- **Extensive** : 321

- **Factuelle** : 338

- **Objective** : 79-80, 83

- **Subjective** : 83

**Intolérance** : 380, 477

---

## J

---

*Jus fraternitatis* : 417, 465

**Justice** : 8, 157, 186, 291, 294, 310, 329-333, 335, 348, 412, 431, 455, 490, 493

- **Commutative** : 332
- **Distributrice** : 311, 332
- **Sociale** : 1, 147, 194, 200, 309, 331, 333, 458

---

## L

---

**Langue** : 77, 209, 217, 330, 358, 425, 434, 439, 447

- **Des signes** : 358

**Libéralité** : 175, 274, 370

**Liberté** : 8, 16, 77, 123, 182-183, 218, 251, 264, 289, 310, 318, 349, 360, 386, 418, 421, 423, 428, 431-432, 440, 445, 449-459, 463-465, 472, 475, 483, 492, 497-498

- **Contractuelle** : 186, 218, 251
- **D'expression** : 440
- **De choix** : 251, 289, 433, 441, 452, 455
- **De tester** : 258, 272, 274
- **Religieuse** : 138, 206, 276-277
- **Syndicale** : 375, 417

**Locataire** : 14, 22-23, 38, 469, 471

---

## M

---

**Mainstreaming** : 379

**Majorité** : 86, 159, 169, 177-178, 185, 191, 217, 229, 238, 263, 282, 333, 359-360, 393, 427, 443, 445, 447, 462, 489

**Marge nationale d'appréciation** : 472-473

**Mariage** : 46, 102, 174, 177, 258, 271, 453-454

**Mineur** : 12, 23, 29, 164, 174-180, 257, 269, 386, 462

**Minorité** : 86, 184-185, 201, 227, 238, 243, 245, 257, 260, 263, 270, 345, 381, 393, 400, 417, 425, 434, 437, 439, 443, 445, 456, 480, 484, 490

**Mode de vie** : 160, 167, 169, 184, 289, 345, 402, 425, 484, 492

**Mœurs** : 2, 168, 247

**Morale** : 2, 4, 7, 77, 188, 205, 355, 385, 430, 435, 445, 458, 488, 493

**Multiculturalisme** : 1, 422, 481, 483-484, 491

---

## N

---

**Nations unies** : 177, 379, 381, 395, 439

---

## O

---

**Obligation** : 14, 24, 29, 33, 37-38, 47, 71, 79, 108, 124, 126, 132, 165, 174, 188, 224, 227-228, 230-231, 243, 260, 290, 303, 305, 316, 318-322, 326-327, 342, 346, 356, 359, 367, 369, 373, 375, 391, 393, 412-413, 443, 446, 464

- **D'information** : 55
- **De protéger** : 300, 305, 447, 484
- **De réaliser** : 8, 300, 305-306, 308, 310-314, 319, 321, 350, 366-367, 409, 446, 448, 459, 463
- **De respecter** : 300, 305, 459
- **Diagonale** : 442, 445, 448
- **Positive** : 184, 221, 228, 231, 260-262, 279, 308, 319, 337, 339-346, 350, 374, 442, 446, 448, 498

**OIT** : 163, 392, 403, 431, 472

**ONU** : 389, 472

**Opinion** :

- **Politique** : 461-462, 485
- **Religieuse** : 462, 485
- **Syndicale** : 462, 485

**Ordre public** : 79, 133, 138, 272

**Orientation** :

- **Professionnelle** : 197, 256, 259
- **Sexuelle** : 45, 48, 89, 167-168, 206, 247, 251, 326, 365, 425, 430, 461, 484

**Origine** : 62, 138, 184, 198, 201, 226, 229, 233, 243, 247, 251-252, 259, 263, 326, 344, 360, 386, 434, 437, 461, 463, 473, 480

---

## P

---

**PACS** : 46, 168, 454

**Pacte successoral** : 370

**Parité** : 9, 349, 366-368, 379, 381, 386, 410, 468, 489

**Parti politique** : 366, 459

**Personnalité** : 417, 424, 427-428, 431-433, 436, 440, 444, 454, 463, 482, 494, 497

**Personne** : 1, 4, 6-7, 12-13, 20, 22, 24, 27, 31, 46, 58, 70, 72-73, 77, 79, 81, 86, 88-89, 101-102, 109, 111, 114, 118, 123, 125, 138, 156-175, 178, 180, 182-184, 187-191, 193-194, 197-202, 210, 214, 217-218, 220, 223, 225, 227, 232-238, 241, 243, 245-252, 255, 257-260, 263-265, 273-276, 279, 282, 285, 297-298, 302-303, 316, 320-321, 323, 325-326, 344, 346, 348-355, 358-360, 369-371, 380-381, 385-386, 391-393, 402, 406, 408, 416-431, 434, 437, 439-441, 444-446, 450-457, 461-463, 465, 471, 475-478, 485-493, 496-497

- **Agée** : 176-179, 443
- **Défavorisée** : 201, 333, 353, 355, 358, 392, 408, 455
- **Discriminée** : 190, 257, 355, 423, 451, 454, 455, 493
- **Handicapée** : 170-175, 185, 190, 201, 260, 272-274, 308, 369, 371, 379, 381, 392, 424, 427, 430, 443, 456, 459-460, 462, 468, 498
- **Vulnérable** : 179, 181, 183

**Perte de chance** : 220, 235-236

**PIDCP** : 177

**Pluralisme** : 472, 480-484

**Pollution** : 84, 280

**Pratique administrative** : 258, 260

**Précarité** : 118, 180

**Préjugé** : 12, 156-160, 166-171, 175, 180, 184-185, 190-191, 197, 199-203, 214-215, 217, 219-221, 223, 227, 229, 231-241, 245, 247-254, 257-258, 260, 262-265, 269-272, 274-275, 277, 279-280, 284-289, 318, 327, 344, 346, 350-351, 353, 357, 370, 374, 377, 386, 399-400, 403, 406, 408, 416-417, 422, 427, 431-432, 441-443, 447-449, 456, 458, 464, 488-497, 500

**Présomption** : 232, 272, 339, 341, 346, 348

**Preuve** : 11, 69, 94, 105, 177, 184, 214, 221, 223, 231-234, 249-250, 318, 320, 323-324, 495

**Principe** :

- **D'égalité** : 6, 8-9, 13, 16, 22, 24-26, 31-32, 41-47, 52, 60, 67, 71, 73, 80, 84, 96, 102, 107, 113, 123, 135, 138, 142, 146, 152-154, 162, 204, 208, 224, 263, 287, 292, 296-300, 303-304, 307, 312, 315, 320-321, 326-327, 336, 344, 346, 355, 387, 436, 461, 471, 486, 499-500
- **D'égalité à teneur matérielle** : 15, 17, 339
- **D'égalité classique/formelle** : 6, 9, 70, 120, 182, 186, 291, 294-295, 304, 314, 422, 496
- **D'égalité de traitement** : 31, 46, 164, 206, 252, 273, 318, 320, 346, 353, 355, 360, 397
- **D'égalité de droit** : 193
- **D'égalité dans la loi** : 63, 304
- **D'égalité devant la loi** : 62, 304
- **D'égalité devant le service public** : 29
- **D'égalité entre les hommes et les femmes** : 463
- **De non-discrimination** : 21, 25, 73, 224, 231, 233, 260, 302, 309, 338, 344-346, 376, 391, 394-395, 472-473, 495
- **De proportionnalité** : 8, 290, 312, 348, 366, 407, 414
- **Fondamental** : 297, 346
- **Général** : 62, 120, 260, 262, 279, 298, 314, 318, 320, 346, 412, 431-432

**Privation de liberté** : 183

**Proportionnalité** : 8, 43, 46, 124-125, 174, 198, 269, 271, 290, 312, 323, 348-354, 357, 360, 362, 364-382, 398, 407-410, 414, 418, 463-464, 489

**Propriétaire** : 14, 22-23, 29, 38, 124-125, 135, 208, 238, 284, 365, 440, 444, 469, 471

---

## Q

---

**Qualité de la vie** : 419, 428-429, 431

**Quota** : 3-4, 175, 185, 272, 312, 368, 371, 379-381, 386, 405, 459-460, 484

---

## R

---

**Race** : 62, 77, 198, 227, 247, 252, 259, 263, 326, 361, 473, 475, 478, 480, 495

**Racisme** : 184, 226, 247, 256, 264, 311, 380, 384, 395, 461

- **Institutionnel** : 217

- **Symbolique** : 250

- **Caché** : 264

**Relation** :

- **Horizontale** : 239, 241, 246, 262-264, 400, 405-406

- **Interindividuelle** : 8, 12, 80, 156, 238-240, 245, 257, 259-260, 262, 264, 272, 277, 285, 417, 441, 443, 447-448, 459, 497, 499-500, 502

- **Verticale** : 238, 263-264, 423

**Religion** : 46, 62, 77, 138, 179, 198, 206, 224, 226-227, 247, 251, 264, 276, 404, 425, 439, 461-462, 473, 478, 484

**Rémunération** : 14, 24, 33, 40-41, 78-82

**Réserve héréditaire** : 175, 272-274, 370

**Retraite** : 83, 178-180, 376, 410

**Roms** : 169, 229, 259, 325-326, 462, 471

---

## S

---

**Salaire** : 24, 33, 41, 56, 81, 97, 206, 324

**Salarié** : 33, 41, 81, 97, 163, 214, 232, 320

**Sanction** : 280, 320-321, 367, 371

**Santé** : 68, 135, 138, 148, 162, 173, 175, 178-179, 247, 259, 326, 443, 461

**Sécurité sociale** : 247, 259, 321

**Sexe** : 14, 24, 46, 67-68, 77, 87-89, 161-166, 172, 179-180, 214, 217, 222, 224, 226, 247, 251-252, 265-266, 268-270, 274, 279, 308, 318, 323, 325-326, 344, 346, 350, 355, 362-363, 367-368, 371, 376, 385-386, 391, 396, 410, 425, 427, 431, 452, 461-463, 473, 489, 495

**Situation** : 4, 6, 10, 13-14, 21-23, 25, 35, 38, 44-45, 48, 50, 68-70, 86-90, 116, 159, 184-191, 217, 226, 235, 260, 273-274, 286, 303, 312, 335, 353-354, 360, 367, 370, 377, 379, 386-387, 402, 408, 431, 453, 455, 460, 488, 490, 496, 498



- **Analogue** : 20, 36, 57, 94, 100-102, 124, 316, 472
- **Avec base commune** : 13
- **Comparable** : 13, 16-17, 19-21, 24, 26, 30-31, 36, 38-42, 70, 73, 94-95, 97, 100-102, 105, 214, 315, 346
- **Concrète** : 53, 84, 302, 323-326, 387
- **D'infériorité** : 458
- **De faiblesse** : 178, 182
- **De fait** : 8, 27-31, 34, 47, 51, 53-54, 59, 61, 79, 95-96, 231, 260, 350, 412, 454
- **De famille** : 161, 214, 247, 326, 373, 461
- **De handicap** : 173, 175
- **De référence** : 86, 353
- **De vulnérabilité** : 182
- **Du groupe** : 232, 236, 392
- **Défavorisée** : 197-198, 316, 355, 357, 396, 418, 495
- **Différente** : 5, 10, 12, 17-18, 24, 26, 30, 35-37, 46, 55-56, 72, 76-77, 90-91, 95, 98-99, 105-106, 113, 120, 123, 130-131, 139-152, 155-157, 192, 195, 200-209, 214-216, 221, 223, 234-238, 282, 289, 298-299, 304, 313-321, 324, 338-339, 346, 355, 357-359, 376, 400, 427, 472, 486, 490, 493
- **Dissemblable** : 319-320
- **Economique et/ou sociale** : 55, 118, 158, 191, 193, 197, 202, 204, 423, 473, 485, 490, 493
- **Egalitaire** : 3, 221, 326, 359-360, 459, 500
- **Equivalente** : 35, 41, 52, 55-56, 71, 73-75, 84-85, 90-91, 94, 96, 98, 105-109, 119-122, 145, 154, 294-295, 304, 320-321, 358, 368
- **Géographique** : 193, 197
- **Identique** : 10, 18-19, 31, 36, 54, 56-57, 71-72, 88, 91-94, 97, 105-107, 112, 118, 121, 142, 153, 157, 303, 315, 321, 355
- **Individuelle/Personnelle** : 46, 79, 136, 162, 232, 236, 278, 284, 362, 397
- **Inégalitaire** : 155-156, 180, 198, 229, 277, 312, 348, 355, 357, 360, 423
- **Initiale/De départ** : 6-7, 10-13, 155, 214, 413, 496
- **Juridique** : 27-34, 46-47, 53, 67, 95-96, 350
- **Matérielle** : 46, 59
- **Particulière** : 12, 21, 43, 58, 88, 141, 162, 187, 210, 223, 320, 325, 344, 357, 359, 362, 381, 397, 402, 431
- **Professionnelle** : 166, 326
- **Sans base commune** : 13, 42
- **Semblable** : 96, 99, 102, 155, 316, 320
- **Similaire** : 16-18, 20, 57, 71, 77, 96, 98, 100-101, 105, 127, 230, 320

**Solidarisme :**

- **Contractuel** : 457-459, 463, 464, 477

**Solidarité** : 175, 197, 289, 442-445, 458

**Standard** : 79, 108, 320, 331

**Statistiques** : 201, 215, 220-232, 235-236, 260, 321, 324-326, 380-381, 501

**Stéréotype** : 184, 216, 238, 257, 269, 408

**Stigmatisation** : 197-198, 289, 359, 417, 437, 479, 487-488, 490-496

**Subsidiarité** : 472

**Succession** : 102, 175, 271-275, 370

**Suicide** : 433, 475

---

## T

---

**Temporaire** : 6, 156, 178, 243, 348, 381-391, 395-410, 412-414

**Temporalité** : 382, 387, 389, 396, 402-403, 411-412, 471

**Temps** : 129, 135, 186, 229, 268, 270, 279, 296, 348, 385, 387, 396, 402, 405, 407, 409-413, 430, 470-471

- **De travail** : 142, 190, 276

- **Partiel** : 324, 326, 369, 427

- **Plein** : 148, 369

**Territoire** : 9, 16, 23, 124, 150, 191-194, 196, 198, 234, 344, 406

**Testament** : 258, 261-262, 272, 274

**Testing** : 233-234, 249

**Théorie** :

- **Autopoïétique** : 501

- **De la justice** : 335

**Tradition** : 455

**Traitement** : 4, 31, 47, 81, 111-112, 164, 166, 182, 223-224, 229, 238, 243, 254, 259, 294, 299, 303, 309, 335, 355, 357, 359, 395, 400, 450, 463, 472

- **De compensation** : 422

- **Différent** : 4, 6, 10-12, 16, 18, 20-21, 23, 28, 30, 34-36, 41, 43, 55-56, 71-72, 89, 95, 104-105, 108-115, 119-127, 130, 133, 136, 138-150, 153, 155-163, 166, 168, 173, 177, 180, 186, 195, 204, 206-208, 210, 214-215, 222, 227-231, 235, 260, 269, 271, 276, 283, 285, 299, 303, 314-316, 318-321, 327, 339, 345, 352, 355, 357-360, 365, 376, 391, 402-403, 424, 454, 462, 464, 466, 468, 471-473, 477, 482-483, 492, 495

- **Défavorable** : 37, 162, 360

- **Dérogatoire** : 151

- **Discriminatoire** : 36, 271

- **Egal** : 184, 324

- **Factuel** : 168, 260

- **Identique** : 16, 18, 30, 55-56, 71, 89-96, 105-107, 142, 146, 153-157, 207, 314-316, 319-321, 325, 327, 453

- **Inégal** : 16, 142, 200, 320, 396, 450, 483, 493

- **Injustifié** : 89, 108, 112-116, 283, 316

- **Juridique** : 8, 10-11, 16, 18, 36, 43, 47, 94, 98, 155-156, 159, 162, 168, 174, 206, 285, 314, 424, 466

- **Justifié** : 55, 89, 108, 120, 145, 155, 166, 180, 206, 210, 230

- **Particulier** : 162, 174, 365

- **Préférentiel** : 20, 23, 101, 111, 243, 348, 365, 414

- **Uniforme** : 109, 156, 277, 327

**Transsexuel** : 365, 429-430, 433

**Travailleur** : 14, 24, 39-40, 87-88, 132, 142, 164-165, 172, 179-180, 189-201, 211, 213, 223, 253, 259, 268, 279, 303, 322, 324, 350, 355, 357, 368, 373, 392, 431, 461, 486

**Tsigane** : 125, 168-169, 184, 217, 229, 235, 282, 345, 402, 425

---

## U

---

**Universalisme** : 416, 435, 465-475, 477, 479

**Urbanisme** : 282

---

## V

---

**Victime** : 12, 22 86, 89, 158, 165, 177-178, 218, 220, 232, 234, 283, 290, 349, 351, 353, 371, 433, 451, 461, 477, 490, 493

**Victimisation** : 490

**Vie** :

- **Familiale** : 125, 340, 430-433

- **Privée** : 125, 167, 260, 340, 375, 430-433, 462, 492

- **Privée sociale** : 431

**Voile d'ignorance** : 478, 490, 493

**Vulnérabilité** : 170, 174, 176, 177-180, 182-184, 188-189, 345, 381

---

## X

---

**Xénophobie** : 380

---

## Z

---

**ZEP** : 196-198, 201, 406, 484



# TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION .....	1
PREMIERE PARTIE. DE L'IDENTIFICATION DES DISCRIMINATIONS POSITIVES .....	15
<b>Titre Préliminaire. Le filtre de la comparabilité</b> .....	19
<b>Chapitre I. L'exclusion des situations n'ayant aucune base commune</b> .....	21
Section I. L'absence de critère général de comparabilité .....	21
§1. L'ambiguïté terminologique .....	22
§ 2. L'existence d'un contrôle de comparabilité casuel .....	26
Section II. L'ébauche d'une technique de comparabilité .....	30
§1. La prépondérance de l'analyse de la situation juridique .....	31
§2. La détermination d'une base commune .....	35
<i>Conclusion du Chapitre I</i> .....	41
<b>Chapitre II. La comparaison des situations ayant une base commune</b> .....	43
Section I. Une prise en compte des éléments factuels des situations .....	44
Section II. Une technique de comparaison spécifique .....	48
§1. L'absence considérations factuelles en droit comparé .....	48
§2. L'équivalence du droit international privé .....	49
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	52
<i>Conclusion du Titre Préliminaire</i> .....	53
<b>Titre Premier. Les situations comparées et équivalentes exclues du champ des discriminations positives</b> .....	55
<b>Chapitre I. Le traitement identique des situations équivalentes</b> .....	57
Section I. L'absence de comparaison strictement formelle .....	58
§1. Une égalité formelle construite .....	59
A. La généralité de la règle de droit .....	59
1. Une égalité par la généralité pensée .....	60
2. La généralité par la loi .....	61
B. Une égalité juridique .....	62
1. Une égalité en droits .....	62
2. Une égalité de droit rendant la comparaison impossible .....	64
§2. Une égalité formelle orientée .....	65
A. Une adaptation fonctionnelle .....	66
B. L'intromission d'éléments matériels .....	68
1. Le choix du critère de comparaison .....	68
a. Un critère de comparaison idéalement objectif .....	69
b. Une comparaison concrète en pratique .....	73
α. La définition matérielle du travail en matière d'égalité de rémunération .....	74
β. Un critère généralement subjectif ou matériel .....	75
2. Le choix de la situation de référence .....	77
Section II. L'absence d'identité absolue des situations comparées .....	82
§1. Une identité relative des situations préférée .....	83
A. La rareté des références à l'identité absolue des situations .....	83
B. La multiplicité des termes traitant de l'identité relative .....	88

§2. Une égalité indéterminée.....	92
<i>Conclusion du Chapitre I</i> .....	95
<b>Chapitre II. Le traitement différent de situations équivalentes</b> .....	97
Section I. Les discriminations négatives.....	98
§1. Une rupture de l'égalité formelle.....	98
A. Une différence de traitement.....	99
B. Une différence de traitement non justifiée.....	100
1. Une absence de justification.....	101
2. Un critère de distinction non objectif.....	102
§2. Une rupture de l'égalité réelle.....	104
Section II. La justification par la recherche de l'intérêt général.....	106
§1. Une rupture de l'égalité formelle.....	106
A. Une dérogation générale.....	107
1. Une forme affirmée de dérogation.....	108
2. Une affirmation nuancée en droit communautaire.....	112
B. Des ruptures multiples de l'égalité formelle.....	113
1. Des fluctuations terminologiques.....	114
2. Une application variée.....	117
§2. Une rupture de l'égalité réelle.....	122
A. Un résultat opposé aux discriminations positives.....	122
B. Une confusion dans l'utilisation.....	126
1. Des traitements différents justifiés sans référence.....	126
2. Une application conjointe.....	127
a. L'intérêt général qui crée des différences de situation.....	128
b. L'absence critiquable de distinction entre les deux dérogations.....	130
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	133
<i>Conclusion du Titre Premier</i> .....	134
<b>Titre Second. Les situations différentes dues à un préjugé retenues dans le champ des discriminations positives</b> .....	135
<b>Chapitre I. Le préjugé, critère de la différence de situation</b> .....	139
Section I. L'exigence d'un préjugé.....	140
§1. La considération directe d'une caractéristique.....	141
A. La création du rapport inégalitaire par le préjugé.....	141
1. Les différences entre les hommes et les femmes.....	142
2. Les éléments de la vie privée.....	150
a. L'orientation sexuelle.....	151
b. Le mode de vie.....	152
B. La transformation du rapport inégalitaire par les préjugés.....	153
1. Les cas effectifs de discriminations positives.....	153
a. Les discriminations positives en faveur des personnes handicapées.....	154
b. Les discriminations positives en fonction de l'âge.....	160
2. Les cas possibles de discriminations positives.....	167
a. La protection des détenus et des personnes gardées à vue.....	168
b. La protection des contractants en état d'infériorité.....	172
§2. La considération indirecte d'une caractéristique par l'intermédiaire de la situation de la catégorie discriminée.....	178

A. La compensation des déséquilibres économiques et sociaux par l'intermédiaire du territoire.....	179
B. La compensation des déséquilibres économiques et sociaux sur le plan individuel.....	185
Section II. La création d'une différence de situation spécifique.....	190
§1. L'exigence d'une différence de situation.....	190
A. Une différence fonction de l'objectif poursuivi.....	191
B. Une différence tangible.....	195
1. Une différence essentielle entre les situations.....	195
2. Une accumulation de plusieurs différences.....	199
§2. La difficile constatation de la différence de situation en matière de discriminations positives.....	203
A. Le caractère diffus de la source du préjugé.....	204
1. Une source non identifiable.....	204
2. L'auto-discrimination.....	207
B. La perte d'une chance constatée par des données chiffrées.....	208
1. Le recours aux outils statistiques.....	209
a. Un recours actuellement inadéquat.....	210
α. Un recours prévu par la norme.....	210
β. Un recours aux statistiques orienté.....	213
b. Une possible obligation positive de fournir des statistiques.....	215
α. Une jurisprudence constructive de la Cour européenne des droits de l'homme.....	216
β. Un rôle actif de la répression des discriminations.....	219
2. La perte de chance comme seuil d'admission de la différence de situation déterminée par les statistiques.....	223
<i>Conclusion du Chapitre I</i> .....	226
<b>Chapitre II. Le préjugé, facteur de privatisation des discriminations positives</b> .....	227
Section I. Une relation interindividuelle classique.....	228
§1. La multiplicité des relations interindividuelles.....	229
A. La relation privée, genèse du préjugé justifiant les discriminations positives.....	229
1. L'exemple américain.....	230
2. La prise en compte première des relations privées.....	234
a. Le droit pénal, révélateur du préjugé dans les relations privées.....	234
b. Les discriminations positives comme lutte contre le préjugé dans les relations privées.....	237
B. Les relations publiques, simple transposition des relations privées.....	242
1. La transmission du préjugé dans les pratiques administratives.....	243
2. La transmission du préjugé à l'Etat en tant qu'employeur et contractant.....	246
§2. Un effet horizontal à donner au texte protégeant l'égalité.....	249
Section II. Une relation interindividuelle indirecte.....	256
§1. Un préjugé vertical transcendant les sphères d'activité de l'individu.....	257
A. Le droit privé et la conception de la famille.....	258
1. Les relations entre les hommes et les femmes.....	258
2. Les préjugés portés sur les liens familiaux.....	263
B. Le droit public et la religion.....	268
§2. Un préjugé vertical susceptible de sanction.....	270

A. Les discriminations légales devant la Cour de justice des Communautés européennes .....	271
B. “ Tous différents, tous égaux ”, principe directeur de l’article 14 de la Convention européenne des droits de l’homme .....	274
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	278
<i>Conclusion du Titre Second</i> .....	280
<i>Conclusion de la Première Partie</i> .....	281
<b>SECONDE PARTIE. DES FONDEMENTS DES DISCRIMINATIONS POSITIVES</b> .....	283
<b>Titre Premier. Les discriminations positives imposées par la consécration de l’égalité matérielle</b> .....	287
<b>Chapitre I. Les discriminations positives réalisatrices d’un objectif concret</b> .....	289
Section I. L’égalité concrète devenue un objectif .....	290
§1. L’inefficacité de l’égalité formelle .....	290
A. Une inégalité due au traitement identique des situations différentes .....	291
1. Une inégalité due à une application mécanique de l’égalité formelle .....	291
2. Une transformation nécessaire de l’application du principe d’égalité .....	292
B. Une inégalité due à la prise en compte facultative du réel .....	294
§2. Une nouvelle obligation de réaliser l’égalité .....	296
A. Une égalité devenue un résultat à atteindre .....	297
B. De nouvelles notions égalitaires concrètes .....	301
1. Une obligation de moyens de réaliser l’égalité .....	301
a. La consécration de l’égalité des chances .....	302
b. Le rejet d’une obligation de résultat .....	307
2. L’obligation de réaliser l’égalité par la lutte contre les discriminations concrètes .....	310
a. La lutte contre les discriminations matérielles .....	311
α. Le principe acquis d’une lutte contre les discriminations matérielles .....	312
β. Un principe de lutte contre les discriminations matérielles à réaffirmer .....	314
- Des contradictions communautaires et européennes .....	314
- Une lutte contre les discriminations matérielles facultative en droit français .....	318
b. La lutte contre les discriminations indirectes .....	326
α. La lutte communautaire contre le traitement identique créateur d’inégalités factuelles .....	327
β. L’application française .....	330
Section II. L’égalité concrète soutenue par le Droit .....	333
§1. Les réflexions doctrinales nourrissant l’égalité concrète .....	334
A. La concrétisation de l’égalité par la justice .....	334
1. L’égalité, facteur de justice .....	335
2. La justice, facteur des discriminations positives .....	336
B. Une concrétisation de l’égalité par le débat moderne autour de la relation entre équité et égalité .....	338
1. La concrétisation de l’égalité par l’équité .....	339
2. L’équité, limite aux discriminations positives .....	340
§2. La recherche de l’effectivité des droits au sein de la protection européenne des droits de l’homme .....	341
A. Une prise en compte du réel affirmée .....	342



B. Les discriminations positives en tant qu'obligations positives de l'Etat.....	343
1. Une présomption générale des obligations positives de l'Etat .....	344
2. Une obligation positive à la naissance des discriminations positives ..	346
a. Les discriminations positives, une obligation positive particulière de lutte contre les discriminations .....	347
b. Le renforcement communautaire des discriminations positives par les obligations positives.....	350
<i>Conclusion du chapitre I</i> .....	353
<b>Chapitre II. Les discriminations positives réalisatrices d'une égalité matérielle proportionnée</b> .....	355
Section I. Une proportionnalité complète.....	356
Sous-section I. Une proportionnalité quantitative.....	357
§1. Une relation quantitative triangulaire.....	358
A. La proportionnalité de l'obligation de réaliser l'égalité .....	358
1. Le trop.....	359
a. Le rejet des discriminations accablantes .....	360
b. Le rejet des discriminations à rebours.....	367
2. Le trop peu .....	375
B. La proportionnalité de l'obligation de réaliser l'égalité indirecte.....	378
1. Une prise en compte de l'intérêt de celui qui crée la discrimination ..	379
2. Une proportionnalité pénale appliquée à une catégorie.....	381
§2. L'exercice difficile du contrôle de proportionnalité dans un rapport horizontal .....	383
A. Une ingérence se rapportant uniquement à des rapports privés.....	383
B. La nécessaire suppression de la référence à l'intérêt général.....	385
Sous-section II. Une proportionnalité qualitative.....	388
§ 1. L'accompagnement d'autres mesures égalitaires par des discriminations positives ..	389
A. De la cohérence des discriminations positives.....	390
B. De l'utilité des discriminations positives.....	392
§2. La concurrence entre plusieurs discriminations positives.....	393
Section II. La déduction incorrecte du critère temporaire des discriminations positives ..	395
§1. Un critère d'origine doctrinale.....	396
A. La définition doctrinale des discriminations positives par le critère temporaire ..	397
1. Une attention doctrinale générale.....	397
2. Une intention doctrinale de limitation stricte des discriminations positives.....	399
B. Une absence générale de référence effective au critère temporaire.....	401
1. La quasi absence de référence normative.....	401
a. Une absence généralisée.....	401
α. Le mutisme des textes visant explicitement les discriminations positives.....	402
β. L'absence de référence explicite de la Convention européenne des droits de l'homme .....	405
b. Un critère temporaire onusien .....	407
2. L'absence de référence jurisprudentielle.....	409
§2. Un critère temporaire non viable.....	411
A. Une théorisation insuffisante des discriminations positives.....	411
1. L'absence de prise en compte des rapports verticaux .....	412
2. L'absence de prise en compte l'imprévisibilité du préjugé dans un rapport horizontal.....	417

B. Les difficultés de mise en œuvre du critère temporaire.....	418
1. La contrariété du critère temporaire avec le contrôle de proportionnalité.....	419
2. Une contrariété renforcée au regard de la construction du Droit face au temps.....	421
a. De l'utilité théorique du critère temporaire.....	422
b. Les conséquences théoriques du critère temporaire sur le rapport au temps.....	423
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	425
<i>Conclusion du Titre Premier</i> .....	426
<b>Titre Second. Les discriminations positives autorisées par la fraternité</b> .....	429
<b>Chapitre I. Une fraternité interindividuelle au cœur des discriminations positives</b> .....	431
Section I. Le discriminé, élément central de la réaction.....	432
§1. La protection de l'individu.....	433
A. La protection des caractéristiques essentielles de l'individu.....	434
1. La citoyenneté, élément de protection fraternelle de l'identité de l'individu au sein de la société.....	434
a. Le respect de la citoyenneté en tant qu'élément de l'égalité.....	434
b. La liberté, régulatrice de l'égalité par le respect de la citoyenneté.....	436
2. La protection de l'identité personnelle de l'individu.....	437
B. Le respect du droit au respect de la qualité de la vie par les discriminations positives.....	442
1. L'émergence de notions voisines relatives à la qualité de la vie.....	442
2. Le respect de la qualité de la vie par l'autonomie personnelle.....	448
§2. La qualification discutable de droits collectifs.....	450
Section II. Les relations interindividuelles, centre des discriminations positives.....	456
§1. Une égalité fraternelle, résultat des discriminations positives.....	457
A. Le dépassement de la solidarité.....	458
B. Une fraternité possible par une obligation positive diagonale de l'Etat.....	462
§2. Une liberté fraternelle, moteur des discriminations positives.....	464
A. Les discriminations positives en tant que régulation de l'égalité par la liberté.....	465
B. Le renouveau de la liberté des acteurs privés par la fraternité.....	472
1. L'appui du solidarisme contractuel.....	472
2. Un solidarisme consenti encadré.....	474
a. Le droit pénal, défenseur de l'action privée fraternelle.....	475
α. L'absence d'intention discriminatoire.....	475
β. Les entreprises de tendance, moteur de l'initiative privée.....	477
b. L'encadrement légal des initiatives des particuliers.....	479
<i>Conclusion du chapitre I</i> .....	483
<b>Chapitre II. Une fraternité apaisante</b> .....	485
Section I. La fin d'un contresens sur l'universalisme.....	486
§1. Les arguments inefficaces d'une contradiction avec l'universalisme.....	487
A. L'inefficacité de l'universalisme de la règle de droit.....	487
B. L'inefficacité de l'universalisme du droit.....	489
1. L'universalisme temporel du questionnement relatif des discriminations positives.....	490

2. La marge nationale d'appréciation, facteur de l'universalisme spatial .....	491
§2. L'universalisme fraternel du respect de l'espèce humaine.....	496
A. L'égalité, élément de la dignité humaine.....	497
B. La lutte contre les discriminations, élément du respect de l'espèce humaine.....	499
Section II. La fin d'un contresens sur la mise en valeur de la différence.....	502
§1. Des critiques portant sur des risques éventuels.....	503
A. Des risques maîtrisables.....	503
1. La différenciation comme facteur de conflits .....	504
a. La justification du pluralisme et du multiculturalisme.....	504
b. L'absence de prise en compte d'un communautarisme déjà installé.....	508
2. L'intérêt général comme dérogation aux discriminations positives.....	509
B. La stigmatisation négligeable des bénéficiaires.....	511
1. La stigmatisation involontaire des bénéficiaires.....	511
2. La stigmatisation volontaire des bénéficiaires.....	514
§2. Le déchirement du "voile d'ignorance" par les discriminations positives.....	515
A. L'individu derrière la différence.....	516
B. La société derrière la discrimination.....	520
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	523
<i>Conclusion du Titre Second</i> .....	524
<i>Conclusion de la Seconde Partie</i> .....	525
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	527
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	531
<b>INDEX THEMATIQUE</b> .....	589
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	603





**MOTS CLES** : *Discrimination, Discrimination positive, Egalité, Fraternité, Intérêt général, Liberté, Proportionnalité*

## **RESUME**

*Les discriminations positives sont indubitablement à la mode, mais le débat qui les entoure ne se déroule pas sur de bases solides. Souvent brouillées par la référence aux affirmative actions américaines et par une jurisprudence européenne et communautaire dépouillée, les réflexions doctrinales oublient souvent l'essentiel. Avant de discuter de leur mise en œuvre et de ses éventuels dangers, encore faut-il connaître la notion des discriminations positives. Or, si leur mécanisme est connu - une différenciation juridique afin de parvenir à l'égalité réelle - il reste à découvrir le critère qui délimite leur existence : celui du préjugé discriminatoire intervenant lors d'une relation horizontale ou verticale. Forte de ce nouvel élément, la théorisation des discriminations positives peut se faire en toute sérénité et déjoue les pièges de critiques formulées sans véritable prise en compte de la nature des discriminations positives. Si les écueils existent, ces mesures égalitaires apparaissent néanmoins pertinentes lorsqu'elles bénéficient de limites aussi classiques que la proportionnalité ou l'intérêt général, ou plus singulières comme la fraternité. L'étude de leurs fondements montre combien l'absence de théorisation aura mené les discriminations positives à être victimes de préjugés.*

---

**KEYWORDS**: *Discrimination, Positive discrimination, Equality, Fraternity, General interest, Freedom/Liberty, Proportionality*

## **SUMMARY**

*Positive discriminations are unquestionably in vogue, but the debates surrounding them do not spread out on solid bases. Often confused by the reference to the American affirmative actions and by a stripped European and Community jurisprudence, the doctrinal reflexions often forget the essence. Before discussing their implementation and its potential disadvantages, still is necessary to know the bases of positive discriminations. However, if their mechanism is known - a legal differentiation in order to arrive at the real equality - it remains to discover the criterion which delimits their existence: that of the discriminatory prejudice intervening at the time of a horizontal or vertical relation. Secure in the strength of its new element, the theorization of positive discriminations can be done in all serenity and thwart the traps of criticisms formulated without true consideration of the nature of positive discriminations. If shelves exist, these levelling measurements seem nevertheless relevant when they profit from limits as traditional as the proportionality or the general interest, or more singular as fraternity. The study of their relevance shows how much the absence of theorization carried out positive discriminations to be victims of prejudices.*