

La jurisprudence Constitutionnelle LE en matière de discrimination positive ET DE JUSTICE SOCIALE

SES-Terminal e

Introduction

Ce projet pédagogique cherche à montrer comment la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la discrimination positive en général et sur les questions de parité en particulier peut être mobilisée en sciences économiques et sociales pour illustrer les tensions qui existent entre les différentes facettes du principe d'égalité.

Les développements constitutionnels liés aux discriminations positives et à la parité sont susceptibles d'éclairer les questionnements sur le concept d'égalité auxquels invite le chapitre Regards Croisés du programme de Terminale intitulé « Quelles inégalités sont compatibles avec les différentes conceptions de la justice sociale ? ». Ce chapitre invite en effet à explorer les différentes conceptions de la justice sociale à travers les différentes acceptions de la notion d'égalité mais aussi à envisager les difficultés que peuvent rencontrer les politiques publiques destinées à réduire les inégalités. Les mesures de lutte contre les discriminations sont alors explicitement énoncées.

Extrait du programme de Terminale de la spécialité Sciences Economiques et Sociales

Quelles inégalités sont compatibles avec les différentes conceptions de la justice sociale ?

[...]

- Comprendre que les différentes formes d'égalité (égalité des droits, des chances ou des situations) permettent de définir ce qui est considéré comme juste selon différentes conceptions de la justice sociale (notamment l'utilitarisme, le libéralisme, l'égalitarisme libéral, l'égalitarisme strict).
- Comprendre que l'action des pouvoirs publics en matière de justice sociale (fiscalité, protection sociale, services collectifs, **mesures de lutte contre les discriminations**) s'exerce sous contrainte de financement et fait l'objet de débats en termes d'efficacité (réduction des inégalités), de légitimité (notamment consentement à l'impôt) et de risque d'effets pervers (désincitations).

Pour distinguer égalité des droits et égalité des chances, les professeurs de sciences économiques et sociales sont souvent amenés à mettre en avant les tensions qui peuvent exister entre ces deux formes d'égalité.

La première, l'égalité des droits, consiste à garantir à chacun un traitement égal devant la loi. C'est l'égalité affirmée par les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans le premier article (« les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ») puis dans l'article 6 (« la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse »). Cette égalité de droit, qui marque la rupture avec la société d'ordres, est souvent en phase avec un discours méritocratique qui explique les réussites individuelles par le travail et le talent. L'égalité des droits est à distinguer de l'égalité des chances. Cette dernière consiste à assurer à tous les mêmes opportunités initiales. Dès lors, certaines inégalités de traitement destinées à favoriser un groupe habituellement lésé peuvent être envisagées. L'égalité des droits est alors mise en sourdine au nom de l'égalité des chances. C'est là le ressort des politiques de discrimination positive, aussi parfois appelées « actions positives » en référence à son origine anglophone (cf. l'*affirmative action* américaine et la *positive action* britannique).

Les différentes décisions du Conseil constitutionnel qui ont accompagné l'émergence de politiques de discrimination positive peuvent être mobilisées par les enseignants de sciences économiques et sociales de manière à mettre en évidence la tension qui peut apparaître entre égalité des droits et égalité des chances. En ce qui concerne la parité, le Conseil constitutionnel a d'abord jugé, au nom de l'universalisme républicain, les quotas de femmes contraires à la Constitution (décision du 18 novembre 1982). Il ne les a validés qu'au terme de la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 (I). Dans un second temps, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a élargi le champ d'application de ce principe de parité aux responsabilités professionnelles et sociales afin de contrer une nouvelle fois la jurisprudence constitutionnelle (décision du 16 mars 2006). Cette dernière décision peut nous permettre de mettre en évidence la manière dont le Conseil constitutionnel envisage l'articulation entre l'égalité des droits et les mesures de discrimination positive (II A). On retrouve une articulation similaire dans d'autres décisions du Conseil constitutionnel liées aux politiques de discrimination positive mais extérieures au domaine de la parité (II B).

I-La discrimination positive face à L'UNIVERSALISME RÉPUBLICAIN

En 1982, le Conseil constitutionnel s'oppose à l'instauration de quotas de femmes aux élections municipales. Cette décision renvoie à une acception de l'égalité des droits fondée sur l'universalisme républicain. Plutôt que de s'opposer au principe de la discrimination positive au nom de l'égalité des droits affirmés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les sages ont préféré mettre en avant une interdiction de distinguer des catégories d'électeurs et d'éligibles fondées sur le sexe (A). La loi sur la parité de juin 2000 a dès lors nécessité une révision constitutionnelle (B).

A-La décision du 18 novembre 1982 : une première censure des quotas par sexe

L'analyse de cette décision peut permettre aux professeurs de sciences économiques et sociales de mettre en évidence une des difficultés souvent rencontrées par les pouvoirs publics lorsqu'ils souhaitent mettre en place une politique de discrimination positive : la nécessité d'identifier et de donner corps juridiquement à des catégories de citoyens. Cette difficulté est particulièrement prégnante lorsque sont envisagées des mesures de discrimination positive fondées sur l'ethnicité (voir notamment le débat autour des statistiques ethniques).

Les « discriminations positives » en matière électorale aux États-Unis et en France

Le Conseil Constitutionnel a ainsi rappelé, en se fondant sur l'article 3 de la Constitution de 1958 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, que « du rapprochement de ces textes il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux »

L'impossibilité de diviser par catégorie les électeurs ou les éligibles interdit de fait une discrimination positive qui serait fondée sur le sexe, en l'occurrence qui aurait consisté à instaurer des quotas sur les listes électorales, de telle sorte qu'il ne puisse y avoir plus de 75 % de candidats du même sexe. Ce faisant, la discrimination, même positive, reposant sur le genre, rejoint les autres discriminations expressément interdites par l'article premier de la Constitution qui reviendraient à identifier des groupes ou des minorités au sein du peuple en se basant sur l'origine, la race ou la religion.¹

Ce n'est donc pas une *discrimination* (qu'elle soit ou non positive) qui s'est trouvée censurée par le juge constitutionnel, mais bien une distinction en tant que telle. Le juge étendait ainsi aux femmes – en matière, tout au moins, de représentation politique – l'engagement pris par l'article premier de la Constitution, au terme duquel la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens *sans distinction* d'origine, de race ou de religion ». ² En interdisant ces distinctions, le Conseil constitutionnel a limité la possibilité pour les pouvoirs publics de mener des politiques de discrimination positive. Même au nom de l'égalité des chances, même pour donner un supplément d'avantages à un groupe traditionnellement lésé, le Conseil constitutionnel refusait que la loi puisse ainsi créer des catégories de citoyens. Comme les femmes, les minorités ethniques ne pouvaient ainsi espérer l'avènement de politiques d'*affirmative action* à la française. Les seules politiques envisageables étaient celles mobilisant des catégories socio-économiques et territoriales (politiques à destination des boursiers ou de zones prioritaires) ³.

¹ Les « discriminations positives » en matière électorale aux États-Unis et en France, Marthe Fatin-Rouge Stefanini, *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 23 (Dossier : La citoyenneté) - février 2008

² Gwénaële Calvès, « Le Conseil constitutionnel et les quotas par sexe : une fuite en avant », in Xavier Bioy et Marie-Laure Fages (dir), *Egalité – Parité, une nouvelle approche de la démocratie*, Lextenso Editions, 2013 <https://books.openedition.org/putc/687?lang=fr>

³ Sur les catégorisations jugées légitimes en France, voir notamment Daniel SABBAGH. *La légitimation de la « discrimination positive » dans l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France* In : *États-Unis / Europe : Des modèles en miroir*. Villeneuve d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, 2006. <https://books.openedition.org/septentrion/16374?lang=fr>

B-Une révision constitutionnelle destinée à contrer la jurisprudence du juge constitutionnel

Confronté à cette jurisprudence du Conseil constitutionnel, le législateur a dû, pour faire passer la loi sur la parité, faire réviser la Constitution.

Cette révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 a inscrit le principe de parité en matière d'accès aux mandats électoraux et fonctions électives dans la Constitution. Il s'agissait donc de permettre à la loi d'imposer ces quotas de femmes que le Conseil constitutionnel avait rejetés en 1982. L'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 est dès lors complété par un alinéa ainsi rédigé : "La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives."

Suite à cette révision qui, selon Marthe Fatin-Rouge Stefanini, crée un « universalisme sexué », les parlementaires ont pu voter la loi du 6 juin 2000, intitulé « Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ». Cette loi contraint les partis politiques à présenter un nombre égal d'hommes et de femmes lors des élections qui se déroulent au scrutin de liste (notamment les élections régionales, municipales et européennes). Ces dispositions contraignantes puisque les listes qui ne respectent pas la parité ne sont pas enregistrées. Pour les élections législatives, le système n'est, lui, qu'incitatif : les partis qui n'investissent pas 50% de candidates se voient appliquer des retenues sur leur dotation publique.

II-La discrimination positive face au principe méritocratique

Confronté à la constitutionnalisation de discriminations positives, le Conseil constitutionnel a été amené à réfléchir à l'articulation entre le mérite et les traitements préférentiels attribués à certains groupes. L'extension des quotas par sexe a ainsi donné lieu, en 2006, à une décision du Conseil constitutionnel que les professeurs de sciences économiques et sociales peuvent mobiliser (A). Dans d'autres domaines (préférence pour les boursiers dans le recrutement des Assistants d'Éducation –AED- et préférence pour les populations locales dans les DOM), deux autres décisions comparables peuvent constituer des alternatives intéressantes (B).

A-La Décision n°2006-533 DC du 16 mars 2006 : une censure de la loi sur l'extension de la parité

Lorsque, après la loi sur la parité de 2000, le législateur décide d'étendre les quotas par sexe à diverses instances délibératives et juridictionnelles, le Conseil constitutionnel va une nouvelle fois censurer ces dispositions.

Extrait du commentaire de la Décision n°2006-533 du 16 mars 2006

Comme cela a été jusqu'ici la pratique constante du Conseil constitutionnel en matière de "quotas" et de "discriminations positives", l'examen d'office de ces dispositions se justifiait au regard du principe d'égalité. Il est en effet dans la logique des discriminations positives, lorsqu'elles visent non à favoriser l'égalité des chances d'accès, mais à "forcer" directement la présence de membres de tel ou tel groupe sous-représenté dans les organismes publics ou privés, de comporter des effets classiquement et "négativement" discriminatoires. La vigilance du Conseil constitutionnel est dès lors requise.

Rappelons :

- que l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».
- qu'aux termes de son article 6, la loi « *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 dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».
- que le troisième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame que « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* », pour marquer que les droits de l'homme s'entendaient de ceux de l'être humain et non de ceux des seules personnes de sexe masculin.
- qu'en vertu de l'article 1er de la Constitution, la République assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine.

Ces dispositions excluent que, pour la composition des organes dirigeants, délibératifs ou consultatifs des personnes morales de droit privé ou public, la considération du sexe puisse prévaloir sur celle des qualités intellectuelles, professionnelles ou personnelles, sur l'estime ou la confiance mutuelles ou sur la liberté de contracter ou d'entreprendre.

Or, en imposant le respect de proportions contraignantes entre femmes et hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, ainsi que dans les listes de candidats aux comités d'entreprise, aux fonctions de délégués du personnel, aux conseils de prud'hommes et aux commissions administratives paritaires de la fonction publique, le titre III de la loi déferée méconnaissait ces normes constitutionnelles.

Il aurait en effet fait nécessairement prévaloir la prise en compte du sexe de la personne sur toute autre considération chaque fois que la proportion imposée n'aurait pu être atteinte qu'en écartant une personne du sexe le plus représenté alors même que sa désignation aurait été préférable du point de vue de l' "utilité commune". Ces dispositions étaient dès lors contraires au principe d'égalité devant la loi.

Quant aux articles du titre III de la loi déferée se rapportant aux places, emplois et dignités publics (organes de direction ou de surveillance des entreprises publiques, conseils de prud'hommes, organismes paritaires de la fonction publique), ils étaient en outre directement contraires aux dispositions de l'article 6 de la Déclaration de 1789 relatives à l'accès aux emplois publics aux termes desquelles : « *Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux [de 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* ». Le « également admissibles » étant vu alors que sur le plan de l'égalité de droit et non, ni des chances, ni de fait.

Le Conseil constitutionnel a notamment jugé que si, aux termes des dispositions du cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution, dans leur rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* », il résulte tant des travaux parlementaires ayant conduit à leur adoption que de leur insertion dans ledit article que ces dispositions ne s'appliquent qu'aux élections à des mandats et fonctions politiques⁴.

La censure du Conseil constitutionnel tient au fait que la révision constitutionnelle de 1999 donne au législateur une dérogation délimitée aux seuls mandats électoraux et fonctions politiques. Cependant, le juge constitutionnel profite de cette décision pour préciser son approche des politiques de discrimination positive. Alors que, dans sa décision de 1982, le Conseil constitutionnel s'était opposé au principe même de la différenciation entre citoyens, cette décision de 2006 lui permet d'énoncer ses positions sur la discrimination positive et la tension qui peut exister entre égalité des droits et égalité des chances. Le commentaire de la décision du 16 mars pointe ainsi le problème que pose une situation où « la considération du sexe puisse prévaloir sur celle des qualités intellectuelles, professionnelles ou personnelles ». On comprend ainsi que, pour le Conseil constitutionnel, hors dérogation inscrite dans la Constitution, la discrimination positive ne doit pas prendre le dessus sur le mérite.

Il sera possible de présenter cette décision aux élèves de Terminale et de leur demander d'identifier les deux approches de la justice sociale qui s'y trouvent mises en tension :

- Une première, fondée sur l'égalité des droits, privilégie le mérite (on pourra ici insister sur la dernière phrase de l'article 6 de la DDHC, qui évoque les « vertus » et les « talents »).
- Une deuxième, fondée sur l'égalité des chances, insiste sur la nécessité de corriger les inégalités de départ qui peuvent exister entre hommes et femmes. Par cette décision, le Conseil Constitutionnel s'oppose à ce que la seconde approche puisse prendre le dessus sur la première.

B-D'autres décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel a pu préciser l'articulation entre mérite et discrimination positive

On retrouve cette jurisprudence dans d'autres décisions du juge constitutionnel portant sur des politiques de discrimination positive. Celles-ci sont également susceptibles d'être mobilisées en Terminale.

1-La priorité aux boursiers dans le recrutement des AED

Se prononçant sur une loi donnant priorité aux boursiers dans le recrutement des AED (loi relative aux assistants d'éducation du 10 avril 2003), le Conseil constitutionnel s'est penché sur l'article suivant : « Le dispositif des assistants d'éducation est destiné à bénéficier en priorité à des étudiants boursiers ». Le juge constitutionnel a interprété cette phrase comme ne faisant jouer la priorité en faveur des boursiers qu'à « capacité égale à remplir les fonctions correspondant au profil recherché par le chef d'établissement ». Autrement dit, la discrimination positive (ici : la préférence attribuée aux boursiers) ne peut s'appliquer que dans un second temps, pour départager deux candidats aux capacités équivalentes.

Extrait de la décision n° 2003-471 DC du 24 avril 2003

9. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale... Tous les citoyens étant égaux à ses yeux 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 » ;

10. Considérant qu'en raison de la mission confiée aux assistants d'éducation par le nouvel article L. 916-1, ceux-ci occupent des « places et emplois publics » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; que dès lors il appartiendra aux chefs d'établissement de fonder leurs décisions de recrutement sur la capacité des intéressés à satisfaire les besoins de l'établissement ; qu'il était loisible au législateur d'instituer une priorité en faveur des étudiants boursiers sous réserve que celle-ci s'applique à aptitudes égales ;⁵

Là encore, on peut demander aux élèves d'identifier les deux approches de la justice sociale en tension :

- les deux acceptions de l'égalité sur lesquelles elles s'appuient ;
- puis d'identifier l'approche que le juge constitutionnel a fait primer dans sa décision.

⁴ Voir le dossier complet sur la décision : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006533DC.htm>

⁵ Voir le dossier complet sur la décision : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003471DC.htm>

2-La priorité aux populations locales dans le recrutement par les collectivités locales d'outre-mer

On retrouve également cette jurisprudence dans ce qui, en droit français, se rapproche le plus d'une discrimination positive fondée sur l'origine, ici territoriale : la possibilité pour les collectivités locales d'outre-mer dotées d'un statut d'autonomie de privilégier dans leur recrutement la population locale. Comme pour les quotas par sexe, pour constitutionnaliser cette discrimination positive, le pouvoir constituant a dû introduire dans la Constitution (en l'occurrence dans l'article 74) des dispositions nouvelles qui dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle.

Dans sa décision du 12 février 2004, le juge constitutionnel valide l'article 18 du statut d'autonomie de la Polynésie Française en déclarant recevable la manière dont la population locale est définie (*i.e.* en termes non ethniques, sur la base de la durée de résidence) et en prenant note du fait que s'agissant des emplois publics, la préférence locale ne jouera « qu'à égalité de mérite ».

Extrait du commentaire des décisions n° 2004-490 DC et n° 2004-491 DC du 12 février 2004

Les articles 18 et 19 de la loi organique jouent un rôle particulier puisqu'ils entendent mettre en œuvre les dispositions du dixième alinéa de l'article 74 de la Constitution qui habilite désormais les collectivités d'outre-mer dotées d'un statut d'autonomie à prendre certaines mesures « de discrimination positive » en faveur de leur population [...]

Il résulte de ces dispositions que la « *population* » en faveur de laquelle des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ne peut être définie que comme regroupant les personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence dans la collectivité d'outre-mer concernée.

Toute autre conception de la population, faisant intervenir des caractéristiques ethniques (appréhendées par exemple par le lieu de naissance d'un parent), serait contraire aux articles 1^{er} et 3 de la Constitution et à l'article 6 de la Déclaration de 1789, sans trouver à se fonder dans la notion de population mentionnée à l'article 74 de la Constitution dans sa nouvelle rédaction.

Qu'en est-il alors des « discriminations positives » prévues aux articles 18 et 19 de la loi organique ?

L'article 18 de la loi organique détermine les conditions que doit respecter la Polynésie française si elle envisage de prendre des mesures favorisant l'accès à une activité professionnelle salariée ou non salariée « *au bénéfice des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence sur son territoire ou des personnes justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec ces dernières* ». [...]

S'agissant en particulier des emplois publics, le deuxième alinéa de l'article 18 dispose que ce n'est qu'« *à égalité de mérites* » que jouera la préférence locale.

Dans ces conditions, [...] l'article 18 n'est pas contraire à la Constitution puisque le principe du mérite prime.⁶

⁶ Voir le dossier complet sur les décisions : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004491DC.html> et <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004491DC.htm>