

EQUITE ET DROITS FONDAMENTAUX

Par Béatrice Majza

Maître de conférences à l'Université de Caen

I. Du principe d'égalité au principe d'équité

- A. L'égalité : fondement du respect des droits fondamentaux
- B. L'équité et son application par les juges administratifs et constitutionnels

II. L'équité : le rétablissement de l'égalité des chances au détriment de l'égalité des droits

- A. De l'admissibilité des discriminations positives
- B. Les discriminations positives : entre justice distributive et politique d'assistanat

- A. L'égalité : fondement du respect des droits fondamentaux
- B. L'équité et son application par les juges administratifs et constitutionnels

II. L'équité : le rétablissement de l'égalité des chances au détriment de l'égalité des droits

- A. De l'admissibilité des discriminations positives
- B. Les discriminations positives : entre justice distributive et politique d'assistanat

La dérogation à la règle au nom de l'équité tend à inciter à la prudence. La loi ne devrait-elle pas être la seule source du droit ? La notion d'équité est partagée entre deux impératifs contradictoires : la rigidité, une stricte mise en œuvre du droit présente l'avantage non négligeable de donner des garanties aux administrés et aux justiciables contre l'arbitraire de l'autorité de décision, tout simplement parce qu'elle permet le contrôle de la légalité de cette décision par une autorité juridictionnelle. L'équité est également synonyme de souplesse, inhérente à l'adaptation de la règle à chaque cas d'espèce. Dans la mesure où le droit est subordonné à la recherche de la justice, l'équité est étroitement liée à son application. Elle intervient en particulier, à titre d'inspiratrice et de guide, pour aider à l'adéquation d'une règle abstraite à une situation concrète. Elle constitue ainsi à la fois la finalité et l'instrument en fonction duquel le droit sera appliqué concrètement.

Si les références directes à l'équité sont relativement nombreuses dans le cadre de l'application du droit international¹, elles le sont moins en droit interne². Pourtant la reconnaissance de l'équité dans la justice administrative est ancienne. Dans son précis de droit administratif Maurice Hauriou reconnaissait que : « *Le droit administratif français est un droit d'équité fondé sur la prérogative de l'administration, fait par le juge et organisé selon la théorie de l'acte* »³. Et surtout, au-delà des considérations doctrinales, la question de l'équité est au centre de l'activité de tout juge qui doit non seulement dire le droit, mais surtout rendre la justice.

Concernant les droits fondamentaux son application est inhérente aux droits protégés. Par droits fondamentaux, il faut entendre de manière générale, les droits de la personne humaine, c'est-à-dire les libertés physiques, les droits intellectuels et spirituels ainsi que les droits politiques (liberté

d'association, de conscience, d'opinion, d'expression...). Les droits contenus dans les Constitutions européennes sont classiquement conçus comme des droits subjectifs de la personne et sont dirigés contre l'Etat. Ils garantissent ainsi aux individus une sphère individuelle et sociale de libre activité, une égalité absolue de traitement, tout en leur permettant d'invoquer à l'appui d'un recours juridictionnel la violation par la puissance publique de leurs droits fondamentaux. Si le recours constitutionnel n'est pas toujours admis au profit des particuliers et si le juge ordinaire ne peut apprécier la constitutionalité d'une loi, on ne saurait toutefois en conclure que les droits ne produisent aucun effet direct à l'égard des individus. L'application directe des normes constitutionnelles est limitée aux hypothèses où il n'y a justement pas de loi intermédiaire applicable. Dans ce cas, le juge n'hésite pas à recourir directement aux droits fondamentaux : les juridictions administratives et judiciaires invoquent les dispositions de la Constitution de 1958 relatives aux libertés, notamment les articles 2 et 66 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Cette conception restrictive des droits fondamentaux, qui ne perçoit les libertés que comme une limite à l'action étatique, certes prévaut toujours, mais ne reflète pas la réalité. Les droits fondamentaux peuvent être également perçus comme des droits à une prestation positive ou liberté-créance reposant sur l'idée que l'Etat doit créer les conditions matérielles à la réalisation des libertés⁴. Les droits à prestations se distinguent alors des droits-libertés en ce que des moyens financiers sont ici exigés pour leur réalisation. Appréhendée sous la forme de droits économiques et sociaux, la notion générale de droits à des prestations positives s'analyse en l'octroi de prestations matérielles (droit au travail, aide sociale, aménagement de l'impôt...), mais également en un droit à bénéficier des institutions publiques (telle que l'école publique ou les universités)⁵. Il revient au législateur ainsi qu'au juge de concilier les prétentions parfois contradictoires des justiciables et de l'Etat, en faisant prévaloir le principe d'égalité. Mais cette notion fait inévitablement naître le désir d'une

¹ Voir : la Convention n°111 du 25 juin 1958 relative à la discrimination en matière d'emploi évoquant : « *l'égalité de chances et/ou de traitement en matière d'emploi et de profession* » ; Convention de l'ONU du 18 décembre 1979 relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (art. 4) ; la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, la directive européenne n°76/207 de 1976 (art. 2§4) ou encore la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989 (art. 16)... La Cour de justice internationale (art. 38 de son statut) a la faculté, si les parties sont d'accord, de statuer en équité (*ex aequo et bono*).

² Certains articles du Code civil y font toutefois référence, ceux relatifs aux conventions (art. 1135 C.Civ.) ou encore au divorce (art. 280-1 C.Civ.).

³ M. HAURIOU : *Précis de droit administratif et de Droit public*, 8^{ème} Edition, Sirey, 1914.

⁴ A côté de ces droits-libertés et droits-créances, méritent également d'être mentionnés les droits participations (en matière politique) et les droits-garanties (droit au juge, droits de la défense, droits à la sécurité juridique). Cf. L. FAVOREU (dir.) : *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 1^{ère} éd. 2000, 563 pages.

⁵ L. SASSO : "Les fonctions des Droits fondamentaux en Europe", in *Questions sur le droit européen*, page 176, Presses universitaires de Caen, 1993, 273 pages.

égalité concrète, non cantonnée au seul traitement juridique des situations.

La mise en œuvre des droits économiques et sociaux est, en effet, une condition nécessaire mais non suffisante d'égalisation des conditions individuelles concernant l'accès aux droits et libertés civils et politiques. L'égalité des droits doit parfois subir des assouplissements, un rééquilibrage pour que soit rétablie une égalité de fait. L'équité est alors le principe qui justifie la mise en forme d'un tel dispositif. Il constitue à la fois une forme de concrétisation partielle du principe d'égalité des droits, celle relative à une situation concrète de départ d'inégalités de fait, et une sorte d'objectif intermédiaire entre l'égalité abstraite et l'égalité concrète. Il désigne donc un état social de la démocratie, celui où les conditions sont initialement déséquilibrées malgré l'affirmation de l'égalité des droits, et un processus politique d'uniformisation relative de ces situations, pour tendre vers un objectif abstrait d'égalisation par un traitement différencié.

Sous l'influence des jurisprudences administratives et constitutionnelles, la notion juridique d'égalité a positivement évolué et s'est assouplie en faveur de l'équité, simple notion morale (I). Evolution confortée par le législateur qui, avec le concept particulier de discrimination positive, semble s'être résolument prononcé, dans le domaine des droits économiques et sociaux notamment, en faveur de l'égalité des chances (II).

I- Du principe d'égalité au principe d'équité

Fustigée par les justiciables, cantonnée par le législateur dans des domaines très étroits, quasi-ignorée par la doctrine, l'équité serait frappée d'une sorte d'interdit, résurgence des anciennes peurs que suscitait l'arbitraire de son utilisation par la justice de l'Ancien régime¹. Ce silence ne l'a pourtant pas empêchée de se développer face aux exigences sociales. L'équité apparaît alors comme étant inséparable de l'acte même de juger, elle devient une part incompressible du jugement qui permet au juge d'arbitrer, cas par cas, les intérêts en présence². Cette notion a acquis une autre dimension, la qualité

¹ Les préventions contre l'équité sont anciennes : en témoigne l'ordonnance de procédure civile du 20 avril 1667, qui vint mettre fin à la faculté des Cours souveraines de l'Ancien régime de s'écarter dans leurs jugements de la lettre de la loi. Cf. J.-P. ROYER : *Histoire de la justice en France*, Coll. Droit fondamental, 2^{ème} Ed. PUF, 1996.

² Aristote (*Ethique à Nicomaque*) affirmait que « l'équitable (...) est un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec certitude (...). On voit aussi que l'équitable est juste et qu'il est supérieur à une certaine sorte de juste ». Cité par M. COMBARNOUS : "L'équité et le juge administratif", *Justices*, n°9, janvier-mars 1998, 783.

et la régularité des procédures soumises aux juges sont appréciées à l'aune de cet impératif dicté par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : le procès équitable qui renvoie notamment à l'idée de loyauté des débats³.

Mais comment saisir ce moment particulier où le juge, au-delà du droit qu'il applique, passe à un jugement évaluatif dominé par la prudence et le sentiment de justice ? D'autant plus que l'équité s'inscrit en porte-à-faux vis-à-vis du principe d'égalité, véritable fondement de la protection des droits individuels (A). Tel est le dilemme auquel sont notamment confrontés, juges constitutionnels et juges administratifs (B).

A- L'égalité : fondement du respect des droits fondamentaux

L'idée d'égalité dans la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789, en tant que principe fondateur de la démocratie, a été conçu pour mettre fin à l'arbitraire. Mais ce n'est qu'avec la Constitution de 1958, dans les années 1970, que la Déclaration s'insérera dans le bloc de constitutionnalité et deviendra partie intégrante de notre droit. Pourtant le juge administratif se posera en tant que gardien des valeurs centrales du nouveau régime républicain dès la fin du XIX^{ème} siècle. L'égalité des citoyens devant la loi sera le premier des principes que le Conseil d'Etat intègre au droit positif : jusqu'à la seconde guerre mondiale, de nombreuses décisions vont mettre en œuvre le principe d'égalité des citoyens devant les règlements administratifs⁴, le principe d'égalité fiscale⁵, le principe d'égalité des usagers du service public⁶, le principe d'égalité entre les sexes⁷, le principe d'égalité devant les charges publiques⁸.

La plupart de ces décisions appliquent le principe de l'égalité sans le mentionner, après 1945, il sera enfin consacré sous la forme d'un principe général du droit, ces règles de droit non écrites, ayant valeur législative, construites par la jurisprudence afin d'assurer la sauvegarde des

³ La CEDH est le seul instrument international qui ait pour fondement l'équité. Cette notion est largement utilisée dans la construction jurisprudentielle des organes de la Convention à deux niveaux : d'une part, la marge d'appréciation laissée aux Etats pour déterminer les limites de leur ingérence et d'autre part, la règle de proportionnalité, qui est la norme qui permet d'apprécier si la mesure prise par la loi n'excède pas les buts légitimement poursuivis. Cf. L.-E. PETTITI : "Le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des droits de l'homme", pages 35-45, in *Justice, médiation et équité*, La Documentation française, Colloque « Droit et démocratie », Paris, 1992, 66 pages.

⁴ CE, 9 mai 1913, *Roubeau et autres*, *Rec.* p. 521.

⁵ CE, 5 mai 1922, *Fontan*, *Rec.* p. 386.

⁶ CE, 1^{er} juillet 1936, *Veyre*, *Rec.* p. 713.

⁷ CE Ass., 3 juillet 1936, *Delle Bobard*, *Rec.* p. 721.

⁸ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, *Rec.* p. 789.

droits individuels des citoyens¹. Sur cette base, la jurisprudence va affirmer ou réaffirmer de manière explicite : le principe d'égalité devant la réglementation économique², le principe d'égalité des usagers du service public³...

L'inscription dans le droit du principe d'égalité sera ensuite l'œuvre du Conseil constitutionnel. La Constitution de 1958 après avoir rappelé dans son préambule les principes de la Déclaration de 1789, proclame par son article 1^{er} « l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Surtout le texte constitutionnel consacre l'existence d'une institution chargée de veiller à ce que les normes législatives respectent le principe d'égalité tout en complétant l'œuvre accomplie à l'égard des normes réglementaires et des décisions administratives individuelles. Après avoir procédé à une extension considérable du bloc de constitutionnalité⁴, le conseil constitutionnel reconnaîtra une valeur constitutionnelle au principe d'égalité⁵. Juges administratif et constitutionnel ont ainsi une pluralité de sources constitutionnelles dans lesquelles puiser des motifs de contrôle des actes législatifs ou réglementaires⁶. Sur la base du principe d'égalité sont ainsi réprimées les discriminations relatives à l'origine, la race ou la religion, l'égalité de suffrage (article 3 de la Constitution), le principe d'égalité devant la loi et dans l'accès aux emplois publics (articles 6 de la Déclaration de 1789), le principe d'égalité devant l'impôt (article 13 de la Déclaration de 1789). Sur cette base, le juge constitutionnel a réaffirmé, à la suite du juge administratif, l'égalité devant les charges publiques⁷ ou encore l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des agents publics⁸...

Si le principe d'égalité, ainsi consacré doit être considéré comme un barrage aux discriminations et à l'arbitraire, en revanche, son application n'a pu

empêcher que des inégalités économiques, sociales, culturelles persistent, voire se développent au risque de faire apparaître l'égalité des droits comme purement formelle. Traditionnellement reconnue et jurisprudentiellement consacrée, elle devait s'élargir à l'égalité des chances.

B- L'équité et son application par les juges administratifs et constitutionnels

Le concept d'équité consiste à attribuer à chacun ce qui lui est dû par référence aux principes de la justice naturelle, plutôt qu'en vertu d'une loi⁹. Cette équité se traduit par un effort pour rétablir le juste en traitant inégalement des choses inégales, par une atténuation portée au droit strict en considération de circonstances particulières, et par une manière de résoudre les litiges selon des critères de raison, d'utilité ou de morale, en dehors des règles du droit¹⁰. L'équité ajoute donc au principe d'égalité une exigence d'efficacité supplémentaire. Ce principe de droit naturel est aujourd'hui en voie de concrétisation.

Il est possible d'opposer l'équité du juge qui s'exerce dans le cadre que la loi lui assigne -l'équité écrite-, à celle qui s'inscrit dans le cadre du pouvoir général de pondération du juge, pouvoir de définition au cas d'espèce, de la juste mesure des choses -l'équité non écrite-. Si la notion permet de tempérer l'effet d'une loi par le jeu de l'interprétation de sa lettre, elle devient un enjeu politique dès qu'elle est invoquée pour signifier l'obsolescence d'une règle et permettre ainsi de s'en affranchir. Concept téléologique, l'équité s'opposerait donc à l'égalité qui ne relèverait pas de l'ordre des fins poursuivies par la société mais de celui des moyens. Cette distinction n'est pourtant pas aussi simple car l'égalité emporte nécessairement une vision substantielle de la société, mais aussi parce que l'équité tend à se concrétiser dans des applications immédiates, tant chez le juge administratif que constitutionnel.

Cette notion n'est pas appliquée avec la même intensité chez les deux juges. Pour le juge administratif l'équité est nécessairement plus présente dans son raisonnement en raison de la nature prétorienne de la matière qui en ferait un droit d'équité, avec toujours en perspective la notion d'intérêt général. C'est tout naturellement dans le domaine de la responsabilité de la puissance publique que le rôle du juge administratif a eu à

¹ CE Ass., 26 octobre 1945, *Aramu, Rec.* p. 213.

² CE, 22 mars 1950, *Société des ciments français, Rec.* p. 175.

³ CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire, Rec.* p. 151.

⁴ CC, décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi sur la liberté d'association, Rec.* p. 29.

⁵ CC, décision n°73-51 DC du 27 décembre, 1973, *Loi de finances pour 1974, Rec.* p. 25.

⁶ Cf. G. BRAIBANT : "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat", in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, 1989, PUF, coll. Recherches politiques.

⁷ CC, décision n°81-133 DC du 30 décembre 1981, *Loi de finances pour 1981, Rec.* p. 41.

⁸ CC, décision n°92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique relative au statut de la magistrature, Rec.* p. 27. Sur la position du Conseil constitutionnel face au principe d'égalité, voir F. MELIN-SOUCRAMANIAN : *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997 ; ainsi que C. LECLERCQ : *Libertés publiques*, Litec, 4^{ème} Edition, 2000, 154-156.

⁹ L'équité est dans le premier sens du mot indiqué par le Lexique des termes juridiques, Dalloz, 1999 : « Une réalisation suprême de la justice, allant parfois au-delà de ce que prescrit la loi ».

¹⁰ N. BELLOUBET-FRIER : "Le principe d'égalité", *AJDA*, 20 juillet-20 août 1998, 159.

s'affirmer¹. Le système de la responsabilité sans faute qui trouve son fondement théorique sur le risque ou sur l'égalité devant les charges publiques, constitue ainsi l'expression la plus directe du principe d'équité, notamment dans le domaine de l'activité médicale² et en matière de contravention de grande voirie³. Le juge administratif s'est ainsi progressivement attaché à adjoindre au corpus juridique sur la base duquel il statue des considérations d'équité. Ces dernières apparaissent à trois niveaux : concernant l'interprétation des normes de droit écrites⁴, lors de la création de règles jurisprudentielles⁵, et dans l'application individuelle des normes de droit aux cas qui lui sont soumis⁶.

Cette évolution est fondamentale, le juge est passé d'un contrôle formel de la légalité des actes à un contrôle du bien-fondé des décisions administratives. La qualification juridique des faits, comporte au préalable et nécessairement, une appréciation d'opportunité et un jugement de valeur dans lesquels le sentiment d'équité du juge aura à s'exprimer⁷. Pourtant, même si la prise en compte des considérations d'équité en droit administratif est en très net progrès, le juge administratif n'utilise de

cette possibilité qu'avec beaucoup de circonspection⁸. Car contrairement au principe d'égalité dont la mise en œuvre est subordonnée à l'existence d'une norme générale qui détermine ses modalités d'application et les éventuelles différences de traitement qu'il supportera, en revanche, l'appréciation à laquelle se livre le juge concernant son pouvoir de juger en équité se fait en dehors de l'application de règles législatives ou réglementaires⁹. Cette notion ne permet pas de définir une règle directement applicable, il faut que le juge compose avec chaque cas d'espèce qu'il doit individualiser, avec le risque qu'une telle attitude ne conduise à une fragmentation accrue de la société.

C'est pourquoi, le juge constitutionnel ne considère le principe d'équité que comme une simple référence, un ajout, un principe complémentaire, qui tient un rôle de suppléance pour pallier les carences des principes fondamentaux qui eux, ont un rôle strict dans l'application du principe d'égalité¹⁰. Certes, le juge constitutionnel a toujours admis que le principe d'égalité n'est pas absolu, et que des différences de traitements pouvaient être appliquées lorsque les circonstances le justifiait¹¹. Mais il se contente d'une simple conception équitable de l'égalité, laissant au législateur le soin de déterminer les domaines dans lesquels les discriminations positives sont réalisables.

II- L'équité : le rétablissement de l'égalité des chances au détriment de l'égalité des droits

Le développement de la notion d'équité demeure étroitement liée au développement du rôle de l'Etat-providence. Celui-ci a constitué depuis la fin de la Première guerre mondiale, le vecteur essentiel de la solidarité. Il a instauré un socle de protection et de prestations sociales assurant une

¹ Ainsi, dans l'arrêt *Cames*, le Commissaire du gouvernement Romieu, avait précisé qu'il appartient « au juge administratif d'examiner directement, d'après ses propres lumières, d'après sa conscience et conformément aux principes d'équité, quels sont les droits et obligations respectifs de l'Etat et de ses ouvriers ». CE, 21 juin 1895, *Cames*, Rec. p. 509, Concl. ROMIEU, note HAURIOU.

² CE, 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec. p. 127 et CE, 26 mai 1995, *Consorts c/ Guyen*, Rec. p. 221 : le Conseil d'Etat a condamné les centres publics de transfusion sanguine à indemniser les personnes qui avaient reçu un sang contaminé, solution imposée notamment par une exigence d'équité.

³ CE, 5 juillet 2000, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement c/ M. Chevallier*, AJDA, 20 octobre 2000, p. 857 : le propriétaire d'un véhicule volé, dès lors qu'il n'en avait plus la garde, n'est pas responsable des dommages causés par celui-ci au domaine public et ne saurait pas suite, être tenu pour l'auteur de cette contravention de grande voirie. Il s'agit là d'un revirement de jurisprudence fondé sur l'équité.

⁴ Il est possible de citer l'interprétation qui a été donnée de diverses lois excluant la possibilité de recours contre des décisions rendues par des autorités administratives ou juridictionnelles, et que le CE a interprétées, contre leur lettre comme n'ayant cependant pas entendu exclure les recours de droit commun (Cf. CE Ass. 7 février 1947, *D'Aillières*, Rec. p. 50).

⁵ Concernant le contentieux de la légalité, de nombreux principes généraux du droit élaborés par le juge administratif ont pour base fondamentale l'équité. Ainsi en va-t-il par exemple, des droits de la défense (Cf. CE Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Tromprier-Gravier*, Rec. p. 133).

⁶ Ainsi, ce n'est pas un hasard si l'on trouve, en tête de nombreux considérants des décisions du Conseil d'Etat, la formule expresse selon laquelle la décision prise vaut -et ne vaut que- dans les circonstances de l'espèce. Cette référence traduit la volonté du juge de s'adapter à chaque cas en fonction de considérations d'équité.

⁷ Dans le cadre du contentieux disciplinaire, le contrôle du degré de gravité de la sanction et de son adéquation à la gravité de la faute va plus loin que la simple mesure de l'erreur manifeste d'appréciation.

⁸ J.-M. WOEHLING : "L'équité et le contentieux administratif", page 217, in J.-M. WOEHLING (dir.) : *Les transformations de la justice administrative*, Economica, Publications de l'I.D.L., Paris, 1995, 254 pages.

⁹ Il faut d'ailleurs rappeler que le juge administratif a pour principe de d'abord statuer en droit et non en équité. Cf. CE, 6 juillet 1956, *Dame Monfort*, Rec. p. 296 : « Le moyen tiré de ce que l'application d'une réglementation entraînerait des conséquences inévitables pour les agents concernés n'est pas susceptible d'être invoqué à l'appui d'un recours en excès de pouvoir ».

¹⁰ J. ROBERT : "Egalité et équité : le point de vue du Conseil constitutionnel", page 28, in *Egalité et équité, Antagonisme ou complémentarité ?* sous la direction de T. LAMBERT, Ed. Economica, 1999, 146 pages.

¹¹ Le considérant de principe sur l'égalité est bien connu et repris dans de nombreuses décisions : « 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 » (98-405 DC du 29 décembre 1998).

égalité minimale des individus au sein de la société et évoluant au gré de ses problèmes économiques et sociaux. Mais les discordances persistantes entre l'affirmation du principe d'égalité et les inégalités croissantes au sein de la société contemporaine ont entraîné une nécessaire adaptation progressive de la loi à la réalité sociale. Car toutes lois, quels que soient les motifs légitimes qui les inspirent, auront nécessairement pour conséquence de frapper une catégorie de personnes d'inégalités persistantes. Pour éviter que l'égalité ne soit purement formelle, elle doit tendre vers de nouvelles solidarités, économiques, fiscales, locales. Le principe d'équité intervient comme un complément nécessaire de celui d'égalité dans la mise en œuvre des politiques sociales, de santé, de logement, d'emploi, de formation, face à la pénurie chronique des moyens financiers alloués à ces secteurs d'intervention publique et à l'urgence relative des situations.

La notion de discrimination positive s'est ainsi développée : le droit a été placé sous l'angle de l'équité, et régulé en sorte que la mesure soit appréciée dans ses effets plus que dans ses origines. Mais dans quelle mesure et sur la base de quels critères faut-il admettre la légalité des discriminations positives (A), et surtout, quelles sont les limites à cette application poussée de la notion d'équité qui, de simple assouplissement de la règle de l'égalité elle-même devenue relative et compensatoire, s'est en quelque sorte institutionnalisée ? (B).

A- De l'admissibilité des discriminations positives

Le principe d'égalité impose de traiter de manière identique des situations similaires¹ : les discriminations dites négatives sont fort logiquement sanctionnées tant par le juge administratif² que par le juge constitutionnel³. Les réalités économiques et sociales étant cependant

¹ CE, Sect. 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Ibid.

² TA de Bordeaux, 14 juin 1988, *El Rhazouani*, Rec. p. 518 : annulation d'un acte interdisant l'accès à l'école publique aux enfants étrangers.

³ CC, décision n°91-290 du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, Rec. p. 50 : au sujet d'une loi portant statut de la Corse et qui consacrait l'existence d'un « peuple corse, composante du peuple français », le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition non conforme à la Constitution, « laquelle ne connaît que le peuple français, sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Plus récemment, dans une décision du 15 juin 1999 (*JO*, 18 juin 1999, p. 8964), le Conseil a encore constaté l'existence d'une discrimination fondée sur l'origine en déclarant incompatibles avec la Constitution certaines stipulations de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires dans la mesure où celles-ci confèrent « ...des droits spécifiques à des « groupes » de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de « territoires » dans lesquels ces langues sont pratiquées ».

particulièrement diversifiées, il est parfois très difficile de traiter à l'identique toutes les situations. C'est pourquoi il existerait des discriminations dites positives visant à favoriser expressément une catégorie de population en raison même de leur différence de situation. Cette solution dégagée est relativement récente : en prohibant absolument les discriminations fondées, par exemple, sur la race, l'origine, la religion ou le sexe, la Constitution française avait dressé un obstacle infranchissable privant le législateur de toute possibilité de créer des discriminations positives. Pourtant ce sont les pouvoirs publics eux-mêmes qui vont consacrer la notion⁴.

La discrimination positive (ou « *Affirmative Action* ») peut être définie comme étant « ... une catégorie particulière de discrimination justifiée, mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité »⁵. Son fondement historique relève de l'article 1^{er} de la DDHC de 1789 qui dispose que « (...) les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »⁶. Cette notion de discrimination positive tend à institutionnaliser celle plus abstraite d'équité, dans la mesure où elle vise également à corriger les effets pervers de l'égalité appliquée trop strictement. L'équité doit être entendue ici comme un principe d'appréciation des situations concrètes fondé sur le sentiment du juste, qui implique la prise en considération, au nom d'un impératif juridique et moral, des inégalités de fait dans la garantie des droits et en aval comme principe d'action.

Mais reconnaître au législateur ou à l'exécutif la faculté de rompre l'égalité de droit pour atteindre l'égalité de fait pourrait entraîner des distinctions arbitraires. C'est pourquoi des conditions objectives, justifiant la différence de situation et autorisant l'inégalité de traitement doivent être respectées. Il faut qu'à l'origine existe une inégalité de fait à laquelle doit répondre une différenciation juridique de traitement qui doit également résulter de la volonté expressément manifestée de l'autorité normative d'accorder un avantage à une catégorie déterminée de citoyens ayant souffert de discriminations dans le passé⁷. La différenciation

⁴ Exemple de l'arrêté du ministre du travail du 23 décembre 1993 concernant l'évaluation des politiques de l'emploi dans les quartiers défavorisés (*JO*, 7 janvier 1994, p. 441).

⁵ Rapport public du Conseil d'Etat : *Le principe d'égalité*, n°48, 1996, *Etudes et documents*, la Documentation française, mars 1997, 509 pages.

⁶ M. SOUSSE : "Le principe de non-discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français", *AJDA*, n°12, 20 décembre 1999, page 990.

⁷ CE, 24 octobre 1990, *Ministre des Postes, des Télécommunications et de l'Espace c/ Vignon*, req. n° 99457 : le CE a annulé une circulaire ministérielle qui prévoyait que les emplois publics vacants seraient réservés par priorité aux

juridique de traitement doit être positive en ce sens qu'elle implique une idée de compensation, de rétablissement de l'égalité passant précisément par une rupture de l'égalité. Elle ne doit prendre en considération que des critères admissibles comme ceux fondés sur l'âge, les caractéristiques sociales des individus ou leur localisation géographique sur le territoire national. De même sont prohibées toutes discriminations qui auraient atteint un résultat autre que celui poursuivi (dites « *discriminations à rebours* »¹). Et le but de l'autorité normative étant de parvenir à une égalité de fait, la différenciation juridique de traitement est nécessairement temporaire et doit cesser lorsque l'égalité est rétablie.

La différence de traitement n'est donc admise que sur la base de critères strictement délimités et contrôlés par les jurisprudences administratives, constitutionnelles et également européennes². Elle doit répondre à une différence de situation objective, suffisamment nette et rationnelle afin d'éviter l'arbitraire³, elle doit être en rapport avec l'objet ou le but de la loi ou du règlement qui l'établit⁴, et surtout la différence de traitement doit être proportionnée à la différence de situation ainsi qu'au but recherché par la réglementation⁵. A ces critères s'ajoute celui, subjectif, de la notion d'intérêt général. Dans certains cas, ce principe, au nom de la nécessité de favoriser certaines personnes

candidats originaires du département ou dont le conjoint est originaire.

¹ CE, 30 avril 1997, req. n° 176205 : le Conseil d'Etat s'est fondé ici sur le principe constitutionnel d'égalité entre les sexes pour juger que le décret créant l'Observatoire de la parité n'instaurait pas une discrimination à rebours favorable aux hommes.

² Le système de la CEDH adopte toutefois une conception plus réaliste et concrète de l'égalité. Toute l'originalité de l'approche du juge européen tient à l'association étroite du principe de discrimination et du principe de proportionnalité dans l'application de l'article 14 de la CEDH. Il ne se contente pas d'admettre l'application de règles différentes lorsqu'il constate des différences de situation comme le juge interne, il recherche au cas par cas, si les mesures prises sont conformes aux objectifs poursuivis. Cela conduit à sanctionner des réglementations qui par leur uniformité ne tiendraient pas compte de différences de situations. Ainsi pourrait être considérée comme arbitraire toute différence de traitement qui n'est pas proportionnée à l'objectif de la mesure en cause (Cf. CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge c/ Belgique*, série A, n°6, Rec. p. 4 et CEDH, 21 juin 1988, *Berrebah c/ Pays-Bas*, série A, n°138).

³ CE, Ass. 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rec. p. 479.

⁴ Une délibération qui exclut les familles étrangères du bénéfice d'une allocation de congé parental d'éducation se fonde sur une différence de situation sans rapport avec le but de la mesure est illégale : CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris et Bureau d'aide sociale de Paris c/ Levy*, Rec. p. 157.

⁵ CE, 14 janvier 1991, *Bachelet*, Rec. p. 13 : légalité d'une majoration des tarifs de l'eau imposée dans une commune aux propriétaires de piscines ; absence de disproportion du montant au regard du service rendu. Conseil constitutionnel, décision n°76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi sur la fouille des véhicules*, Rec. p. 33.

physiques ou morales par rapport à d'autres, met en échec le principe d'égalité. Son caractère subsidiaire découle du fait qu'il ne sera pas examiné s'il s'avère que des dispositions différenciées étaient justifiées par des différences de situation⁶. Dans le cas contraire, le juge examinera si un intérêt général était de nature à nécessiter une rupture du principe d'égalité. Cette notion d'intérêt général est de maniement délicat, les juges administratifs et constitutionnels la considère comme étant éminemment politique et comme ne pouvant être déterminée strictement que par le législateur. Il faut également constater que cette politique volontariste, visant pour des raisons de solidarité notamment à rétablir cette fameuse égalité des chances, présente assez rapidement, non véritablement dans la philosophie qui l'anime mais dans ses résultats mêmes.

B- De la justice distributive à la politique d'assistantat

C'est pour l'essentiel à partir des années 1980 et surtout 1990, que le droit positif va entreprendre de consacrer de plus en plus souvent le principe d'équité. Les divers gouvernements qui se succèdent vont tenter d'apporter des solutions aux problèmes posés tant par l'emploi que par l'aménagement du territoire. En vue de les résoudre, les gouvernements font adopter par le Parlement un ensemble de dispositions d'ordre sociales et fiscales, notamment cherchant à faciliter les créations d'emploi par des exonérations partielles et temporaires d'impôt, par la prise en considération des diversités locales... Le raisonnement en équité adopté tant par le législateur que par l'exécutif devient alors un auxiliaire de celui de l'égalité dans le but d'empêcher que ne s'aggrave encore des inégalités socio-économiques.

La notion de différence de traitement apparaît tout particulièrement dans la jurisprudence relative au fonctionnement de certains services publics à caractère administratif, dits facultatifs, créés et organisés par les communes. Deux catégories de services publics sont particulièrement concernées : les services sociaux (crèches, cantines scolaires, centres de loisirs) et les services éducatifs ou culturels (musées, bibliothèques, écoles de musique...). Les discriminations tarifaires⁷ ou

⁶ Si le juge constitutionnel constate que des dispositions législatives différenciées sont justifiées par des différences de situations, il conclut généralement qu'« *il n'y a donc pas lieu de rechercher si l'intérêt général pouvait justifier une atteinte au principe d'égalité* ». CC, décision n°91-290 du 9 mai 1991, *Ibid.*

⁷ CE, Ass., 5 juillet 1985, *Ville d'Albi, RFDA* 1985, page 661, concl. M. ROUX : tarification différenciées des prestations d'une cantine municipale suivant le caractère public ou privé de l'école fréquentée.

d'accès au service public¹, pratiquées par les communes dépendent soit du lien avec celle-ci, soit des ressources des usagers². Ces discriminations ne sont considérées comme légales que pour autant qu'elles sont justifiées par une différence de situation ou par l'intérêt général³. Ces restrictions à l'admission des discriminations positives s'expliquent essentiellement par le fait qu'il s'agit là d'éviter de transformer une simple politique tarifaire légale, en une politique de redistribution, moins acceptable. Quelle est ici la part de l'équité entendue comme imposant ou autorisant une modulation des règles du service public ? Elle explique certaines discriminations légales fondées sur la situation personnelle de l'utilisateur. Plus largement elle permet la reconnaissance d'une finalité sociale à tous les services publics, au nom d'une lutte contre l'exclusion.

La fiscalité constitue un domaine dans lequel il est plus aisé d'établir une application équitable du principe d'égalité. Le fractionnement de la population appelée à supporter l'impôt en catégories distinctes, la règle de la progressivité, favorise l'application de règles distinctes. Les juges apprécient la correction d'une imposition au regard du principe de l'égalité devant l'impôt en fonction de l'ensemble des impositions qui concourent à la réalisation des mêmes objectifs avec toujours pour but d'effacer les discriminations entre les contribuables⁴. Est également reconnu au législateur

et au gouvernement, la possibilité d'accorder des avantages fiscaux, en vue de mettre en œuvre des politiques sectorielles comme mesures d'incitation à la création ou au développement d'un secteur d'activité concourant à l'intérêt général⁵.

L'équité est également utilisée dans les politiques sociales visant à la réduction des inégalités comme une technique au service de la garantie du principe d'égalité. Ainsi, par exemple, dans le débat concernant le projet de loi relatif au Revenu minimum d'insertion, la considération de solidarité est exprimée en termes de justice sociale et d'équité⁶. Il en a été de même concernant l'ouverture de la fonction publique à certaines catégories de population : telle la création de la troisième voie d'accès à l'ENA⁷ ou un accès facilité à certains concours administratifs pour des populations d'outre-mer⁸.

De nombreuses mesures de discriminations positives ont été prises concernant l'aménagement du territoire. Cela concerne l'outre-mer où globalement, doivent être prises en considération les

¹ CE, Sect., 13 mai 1994, *Commune de Dreux*, AJDA 1994, p. 652, obs. M. HECQUARD-THERON : l'accès à une école de musique avait été limité aux personnes ayant un « lien particulier » avec la commune.

² CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Nanterre*, et CE, Sect. 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers*, AJDA, 1998, page 168, Chron. T-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, 102-106. Dans ces décisions, le Conseil d'Etat a étendu aux écoles de musique les modulations tarifaires fondées sur le montant des revenus.

³ Ces deux hypothèses ont été rappelées dans le fameux arrêt du Conseil d'Etat, *Denoyez et Chorques* du 10 mai 1974 : « La fixation de tarifs différents applicables pour un même service rendu, à diverses catégories d'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 appréciable, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service (...) commande cette mesure » (CE, Sect. 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. 274, Concl. BOUTET). Le Conseil constitutionnel a adopté les mêmes critères : une loi instituant une différenciation tarifaire entre les usagers n'était conforme à la Constitution que si elle était justifiée, soit par « une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation de l'ouvrage d'art » soit par « la situation particulière de certains usagers », CC, décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, RDP 1979, note L. FAVOREU.

⁴ Appelé à statuer sur la conformité à la Constitution de la contribution sociale généralisée qui réunit, sous une même formule, trois contributions distinctes portant sur les revenus d'activité et de remplacement, sur les revenus du patrimoine et sur les produits de placement, le Conseil constitutionnel a précisé que si le législateur était fondé à adopter des règles

distinctes pour chacune des contributions, celles-ci ne devaient pas aboutir à créer entre les diverses catégories de redevables des disparités de nature à porter atteinte au principe d'égalité, dès lors que les trois contributions sont perçues au même taux, sont versées au même organisme et poursuivent une même finalité, CC, décision n°90-285 du 28 décembre 1990, Rec. p. 95, *Revue française de droit constitutionnel*, 1991.136, obs. L. PHILIP. Le même raisonnement a été tenu par le Conseil d'Etat dans sa décision du 30 juin 1995, *Gouvernement du Territoire de la Polynésie française* (req. n° 162.329).

⁵ CC, décision n°2000-437 DC du 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, JO du 24 décembre, p. 20576. Commentaire de P-E. SPITZ : « De l'égalité fiscale à l'équité fiscale ? Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 19 décembre 2000 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 (n°2000-437 DC), RDP n°1-2001, 267-285.

⁶ Dans sa présentation du projet, Claude Evin, alors ministre de la Solidarité, de la santé et de la Protection sociale soulignait que « l'exigence de solidarité s'impose à nous : exigence politique, morale, exigence économique également (...). Seule une juste répartition de l'effort pour sortir dans ses contraintes et seule une équitable redistribution dans ses fruits le rendront acceptable à nos citoyens ». Débat législatif du projet de loi relatif au revenu minimum d'insertion, discussion générale, Débats législatifs, JO, 4-5 octobre 1988, p. 633, AN.

⁷ Le Conseil constitutionnel a décidé que la détermination par le législateur des catégories de citoyens bénéficiaires de l'accès à cette troisième voie (responsables politiques, syndicaux ou associatifs) était conforme à la Constitution (et notamment à l'article 6 de la déclaration de 1789), dès lors que le législateur n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation (CC, 14 janvier 1983, *Troisième voie d'accès à l'ENA*, Rec., I-144).

⁸ Dans sa décision du 30 août 1984, *Statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. I-195, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité des dispositions visant à assurer une promotion dans la fonction publique de la population locale, car il ne s'agissait pas ici de réserver ce traitement à la seule population autochtone (car cela aurait constitué une discrimination textuellement interdite), mais de compenser la sous-représentation dans les emplois publics des populations originaires du territoire.

caractéristiques du territoire¹, ainsi que les territoires métropolitains². L'affirmation d'une politique de la ville s'est inspirée de la même logique. La loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995, modifiée et aménagée par la loi du 25 juin 1999, prévoit une série de dispositions visant à remédier aux disparités économiques et sociales et notamment la création de « zones prioritaires d'aménagement du territoire » assorties d'exonération d'impôts et/ou de cotisations sociales pour favoriser la création d'emplois. Saisi de cette loi, le juge constitutionnel a admis que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement et à l'aménagement de certaines parties du territoire dans un but d'intérêt général »³. Est ainsi consacré le principe que l'inégalité de droit peut rétablir une égalité de fait, au nom de l'équité territoriale et de la cohésion nationale.

Il est également possible de mentionner dans le domaine éducatif et culturel, d'autres mesures d'inspiration identique. Ainsi des zones d'éducation prioritaires (ZEP) ont été créées dans les années 1980 dans certains quartiers défavorisés, dispositif qui, reposait sur la conviction que « pour assurer l'égalité et la réussite des élèves, l'enseignement devait être adapté à leur diversité »⁴. Le même esprit a animé les auteurs de la Loi solidarité et renouvellement urbain (SRU) qui impose aux communes d'avoir au moins 20 % de HLM sur leur territoire⁵.

Pour compréhensible et justifiée qu'elle soit, la promotion des principes d'équité et d'égalité des chances, demeure éminemment politique, et poussée à l'extrême peut présenter des effets pervers. Justice redistributive, visant à garantir l'uniformité et l'universalité des droits, elle pourrait contribuer à

marginaliser certaines catégories d'individus non concernés par les mesures prises, fractionnant à l'infini les sous-catégories bénéficiaires de dispositifs assurantiels et assistantiels particuliers. Elle constitue dans le même temps un obstacle à l'évaluation relative des dispositifs ainsi pris dans l'intérêt général et concernant les services publics, son développement pourrait aller à l'encontre de l'efficacité économique et financière du service concerné. Cette politique de l'équité, si elle s'inscrit dans le temps, risque également de développer ce que l'on peut appeler une mentalité d'assistés ou d'ayants droits, une catégorie de personnes refusant de reconnaître n'avoir jamais atteint l'égalité et revendiquant un droit acquis à l'assistanat⁶.

La mise en œuvre du principe d'équité peut donc déboucher, en matière de protection sociale, sur le meilleur comme sur le pire : sur le meilleur, si elle consiste à agir en priorité en faveur des personnes les plus défavorisées en leur réservant un traitement spécifique et transitoire, corrélés à des obligations ou à des devoirs stricts, susceptible de satisfaire au mieux l'égalité des chances ; et sur le pire, si elle consiste à généraliser les prestations sous condition de ressources, à introduire une sorte de sélectivité sociale dans l'accès à des prestations financées en tout ou partie par des cotisations, le risque majeur étant, avec un tel système de seuil de produire de nouvelles inégalités⁷.

De même, poursuivant un objectif d'uniformisation, de gommage culturel, pour parvenir à une égalité de fait, les discriminations positives, risquent d'entrer en contradiction avec certaines revendications identitaires sociales ou territoriales : l'équité tend à l'assimilation selon un modèle préconçu, laissant de côté toute différenciation et surtout droit à la différence. Il est ainsi certain, qu'en outre-mer, les politiques d'adaptations n'aient pas contribué plus à aggraver le système d'économie artificielle qu'à l'éradiquer. Outre l'accoutumance à l'assistance, les discriminations positives dans les recrutements publics ou privés, réalisées suivant le critère de l'origine tendent irrémédiablement à rendre impossible l'égalité des chances à laquelle tend l'équité.

Il pourrait alors être tentant de vouloir abandonner cette vision égalitariste au profit d'une vision « méritocratique néo-libérale » pour des raisons d'efficacité économique ou encore de maintien de spécificités locales⁸. Il serait également

¹ CE, 15 mai 1995, *Syndicat des pharmaciens de Guyane*, Rec. p. 926 : un arrêté par lequel le ministre de la santé a fixé des quotas démographiques identiques en Guyane et en France métropolitaine pour servir de base à l'attribution de licences d'exploitation d'officine pharmaceutiques, était entaché d'une erreur manifeste d'appréciation car il ne prenait pas en considération les spécificités de ce DOM. CC, décision n°2000-438 DC du 10 janvier 2001, *loi organique n°200140 du 15 janvier 2000 destinée à améliorer l'équité des élections à l'assemblée de la Polynésie française* : le Conseil constitutionnel a admis que les spécificités d'un TOM justifiaient que des adaptations soient adoptées concernant l'élection des conseillers à l'assemblée de la Polynésie française.

² Les lois Montagne du 9 janvier 1985 et Littoral du 3 janvier 1986 ont instauré des mesures de protection de l'environnement spécifique de ces zones.

³ CC, décision n°94-358 DC du 26 janvier 1995, *Aménagement du territoire*, Rec. I-624.

⁴ Loi d'orientation sur l'éducation n°89-486 du 10 juillet 1989, art. 4.

⁵ Loi SRU n°2000-208 du 13 décembre 2000, *JO* n°289 du 14 décembre 2000.

⁶ A.-M. LE POURHET : "Discriminations positives ou injustice ?", *RFDA*, 14 (3), mai-juin 1998, 522.

⁷ M. BORGETTO : "Equité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions", *Droit social*, n°3, mars 1999, 226.

⁸ H. THOMAS : "Vers un renversement de la dialectique égalité et équité dans les politiques sociales", page 112, in *Egalité et équité, Antagonisme ou complémentarité ?*, *Ibid.*

possible de continuer à combattre les « *inégalités injustes* », de développer des formes d'équité, tout en maintenant un niveau acceptable d'inégalités nécessaires pour assurer le dynamisme de l'économie. La consécration définitive des inégalités juridiques (qui ne sont rien moins que des discriminations positives) justifieraient ainsi les inégalités réelles de revenus ou de fortune¹. Mais cette manière d'appréhender et de concevoir ces inégalités conduit à abandonner les principes qui ont structuré le modèle républicain français : les inégalités sont perçues comme inévitables mais au moins est-il nécessaire de les combattre et non de s'en accommoder.

Pourtant les contrôles juridictionnels auxquels se livrent les juges ne semblent guère aptes à atténuer les effets négatifs de l'équité. Les critères sur lesquels se fondent les juges administratifs et constitutionnels pour admettre ces discriminations positives sont en réalité peu précis. La justification selon laquelle certaines dispositions rétablissent l'égalité des chances et poursuivent ainsi indirectement un but d'intérêt général, reste très subjective. Le Conseil constitutionnel, comme le Conseil d'Etat, ne fait jamais apparaître les véritables motifs qui l'ont conduit à prendre ses décisions, et par-là même les limites que ne devrait pas dépasser le législateur pour que les textes restent conformes à la Constitution et à la réglementation existante.

Dans ces secteurs, le contrôle juridictionnel du respect du principe d'égalité par le législateur est très limité. Dès lors qu'une situation différente ou un intérêt général sont annoncés, la discrimination est admise sans que soient réellement recherchées la nature et les causes exactes de la situation de fait, ni la réelle efficacité des dérogations sensées être transitoires. Comme le législateur est seul à pouvoir apprécier l'intérêt général, le contrôle sera nécessairement restreint : les juges se bornent à apprécier si les mesures mises en œuvre ne sont pas manifestement inappropriées au but poursuivi². De surcroît, le juge ne saurait imposer à l'autorité normative ou au pouvoir public de créer de telles discriminations positives, y compris lorsque les situations de fait sont essentiellement différentes et donc justifierait l'application de l'équité³. Sans

doute le domaine des droits économiques et sociaux se prête-t-il plus mal au contrôle juridictionnel que celui des droits civils et politiques et ne permet-il pas de transposer intégralement les méthodes et exigences applicables à ceux-ci. On ne peut toutefois que regretter la discrétion, voire la timidité avec laquelle le juge, quel qu'il soit, utilise la notion ou d'équité ou de discrimination positive. Si les références et les valeurs qui fondent son appréciation équitable étaient précisées, toute dérive – toujours possible – vers l'arbitraire serait ainsi évitée.

La technique de l'équité comme mode de rééquilibrage vers un juste milieu qui permet de ne pas perdre de vue l'égalité comme norme et comme objectif, est en parfaite adéquation avec l'évaluation faite par les pouvoirs publics en vue d'atténuer les inégalités sociales, économiques et locales, et de maintenir une solidarité nationale. Mais la notion d'équité demeure toujours très fluctuante, liée à l'évolution de la société et des lois qui la dirige. Contrairement à l'égalité, elle n'est pas une notion juridique, mais éthique, elle ne saurait donc constituer une source autonome du droit et ne saurait être analysée en dehors des normes du droit positif⁴. La marge d'appréciation laissée aux juges ou au législateur adoptant des discriminations positives est trop importante. Rien n'est plus subjectif et arbitraire qu'un contrôle de compatibilité qui ne pourrait qu'évoluer rapidement en raison même du flou qui entoure la notion, et de la diversité et de la complexité des problèmes qu'il concernerait⁵.

La notion d'équité doit être comprise comme une règle accessoire, un ensemble de lignes de conduite, un moyen d'interprétation des autres règles de droit. Ce concept présente un caractère éminemment contingent, aux fondements théoriques incertains qui ne permet pas à lui seul la protection des droits fondamentaux, même si sa souplesse constitue un atout pour infléchir la règle de droit et pour lui apporter plus de morale et de solidarité. La notion d'équité s'est faite l'écho de tout ce que le droit antérieur ignorait et dont les besoins nouveaux exigeaient la consécration. Elle a suppléé aux règles dans leurs insuffisances, non, seulement techniques mais également éthiques, permettant

¹ J. RAWLS : *Théorie de la justice*, 1987, Seuil, p. 182 : « La société doit prendre en considération l'efficacité économique et les exigences de l'organisation et de la technologie. S'il y a des inégalités de revenus et de fortune, des différences d'autorité et des degrés de responsabilité qui tendent à améliorer la situation de tous par rapport à la situation d'égalité, pourquoi ne pas les autoriser ? ».

² CC, décision n°98-401 DC du 10 juin 1998.

³ CE, 28 mars 1997, *Baxter, RFDA*, n°3, 1997, p. 458 : selon le Conseil d'Etat : « ... le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents ». De même le Conseil constitutionnel a rappelé concernant la loi portant création d'une

couverture maladie universelle (Décision n°99-416, DC du 23 juillet 1999) : « (...) le principe d'égalité ne saurait imposer au législateur, lorsqu'il s'efforce de réduire les disparités de traitement en matière de prestation sociale, de remédier concomitamment à l'ensemble des disparités existantes (...) ».

⁴ Il faut également souligner que l'équité est très certainement le domaine d'intervention privilégié d'organes mieux adaptés que les juges, tels que les arbitres ou les conciliateurs.

⁵ P. FRYDMAN : "Les considérations d'équité en droit administratif français", pages 49-50 in *Justice, médiation et équité*, Colloque Droit et Démocratie, *Ibid.*

d'« *humaniser* » le droit¹. Toutefois seul le principe d'égalité demeure un principe universel, car admis unanimement en tant que fondement du respect des libertés fondamentales.

¹ L'équité a trouvé son prolongement administratif avec le Médiateur de la République, qui lors de ses interventions, ne manque jamais de rappeler que ses recommandations fondées sur l'article 9 de la loi du 3 janvier 1973, ne peuvent être formulées qu'en équité, sur la base de la notion de solidarité existant entre particuliers et collectivité.