



CONCOURS EXTERNE et EXTERNE SPECIAL D'ADMINISTRATEUR TERRITORIAL

SESSION 2021

Composition portant sur un sujet de DROIT PUBLIC,
un court dossier est mis à disposition des candidats

EPREUVE N° 4

Durée : 5 h
Coefficient : 3

SUJET : A partir des éléments du court dossier joint, vous rédigerez une composition sur :

Le principe d'égalité aujourd'hui.

DOCUMENTS JOINTS :

Document n°1 : Olivier JOUANJAN, « Logiques de l'égalité », revue *Titre VII*, N° 4 - avril 2020

Page 2

Document n°2 : Cécile BARROIS de SARIGNY, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », revue *Titre VII*, N° 4 - avril 2020

Page 8

Document n°3 : Jean-Marc SAUVE, « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », Intervention lors du Colloque organisé par le Défenseur des droits, Grand'chambre de la Cour de cassation, lundi 5 octobre 2015

Page 12

NOTA :

- 2 points seront retirés au total de la note sur 20 si la copie contient plus de 10 fautes d'orthographe ou de syntaxe.
- Les candidats ne doivent porter aucun signe distinctif sur les copies : pas de signature ou nom, grade, même fictifs. Les épreuves sont d'une durée limitée.
- Aucun brouillon ne sera accepté, la gestion du temps faisant partie intégrante des épreuves.
- Chaque page doit être numérotée avant la fin de l'épreuve
- Lorsque les renvois et annotations en bas d'une page ou à la fin d'un document ne sont pas joints au sujet, c'est qu'ils ne sont pas indispensables

On entend proposer ici un exposé qu'on pourrait dire purement théorique et qui vise à contribuer à une analytique du concept juridique d'égalité, considéré du point de vue d'un système constitutionnel démocratique et libéral. Il ne s'agira ainsi ni d'une étude de jurisprudence, ni d'une analyse doctrinale. Il ne s'agira donc pas davantage d'une approche de droit comparé. On s'efforcera, à la place, de procéder à une réduction conceptuelle et logique du principe d'égalité, fondée sur une recherche menée depuis trente ans⁽¹⁾, et dont le but est de mettre en évidence la structure normative de ce principe, ce que l'on pourrait aussi appeler sa grammaire normative fondamentale. Ce que signifient ces expressions peu usuelles s'éclaircira, on l'espère, dans la suite du propos.

On doit cependant préciser dès maintenant ce que « analytique du concept » veut dire ici. Cette expression recouvre deux aspects. Le premier est d'inspiration kantienne : tandis qu'un jugement synthétique ajoute au concept un prédicat qu'il ne contient pas, un jugement analytique se borne à prédiquer de ce concept l'un de ses éléments constitutifs. En ce sens, l'approche analytique poursuivie ici envisage de déployer, autant que possible, l'ensemble des moments contenus dans le concept-même de l'égalité. Ce faisant, elle vise à une analyse structurale ou structurante du concept. Le second aspect renvoie à un certain courant philosophique qui a connu des traductions dans la science du droit - qu'on pense, au XIX^e siècle, à John Austin - la philosophie dite « analytique ». Même si l'on n'entend pas lui faire allégeance, on admet son axiome de base, le plus simple, selon lequel il convient d'épurer notre langage, d'y pourchasser les ambiguïtés conceptuelles afin que nos opérations logiques gagnent en sécurité. L'intérêt pour la science juridique est évident dès lors que l'on n'oublie pas que « le droit est un langage qui diffère de tous les autres »⁽²⁾. Le langage est certes l'instrument du droit, mais il est aussi davantage : il est son milieu vital, son biotope ainsi que la manière dont seulement il peut se faire et se dire. Le juriste travaille avec des textes en vue de produire du texte et le droit peut être dit « travail de textes »⁽³⁾.

Une des tâches principales de la doctrine devrait donc consister en la critique des textes et des discours, qu'ils soient législatifs (au sens large), doctrinaux ou jurisprudentiels : il faut les faire passer et toujours repasser sous le rasoir d'Ockham. Le seul moyen inventé par les juristes afin de rationaliser ce travail a été et demeure le travail des concepts, les analyser d'une part, mais aussi les faire travailler en vue de produire des solutions acceptables dans le cas d'espèce⁽⁴⁾.

Or, les discours juridiques de l'égalité souffrent de certaines ambiguïtés ou insuffisances analytiques dont on entend mettre au jour ici, à tout le moins, les principales. Pour mémoire, on rappellera l'une de ces confusions. On a longtemps soutenu, et Kelsen parmi d'autres, que l'égalité devant la loi s'épuisait en une égalité dans la seule application de la loi et que l'imposition au législateur lui-même de cette égalité était contraire à la lettre du principe⁽⁵⁾. Mais de quelle « lettre » s'agit-il ? Si le texte dit : « Tous les X (citoyens, nationaux, êtres humains) sont égaux devant la loi », dans un tel texte, pris à la lettre, égalité n'est pas un substantif - ce que la formule « égalité devant la loi » fait oublier - mais elle qualifie les X, dit leur qualité devant la loi, à savoir qu'ils doivent être considérés par la loi même comme des égaux (« aux yeux de la loi », dit parfaitement la Déclaration de 1789). L'affaire étant désormais entendue, on n'y insistera pas davantage. Mais l'histoire moderne du principe d'égalité a été marquée par d'autres confusions encore actuelles qu'on espère évacuer autant que possible, car il y va de la qualité de nos opérations logiques qui certes n'épuisent pas la complexité de l'argumentation juridique, mais en assure relativement la bonne tenue.

1. Universalité de l'égalité : misères de l'« égalité par la généralité »

Le principe général d'égalité (égalité devant la loi) ne renvoie à aucun champ d'application matériel. Il est général en ce sens, notamment, qu'il ne vise aucune activité sociale ou individuelle déterminée, aucun acte, aucun secteur spécifique. Il est donc doublement « général » : tout d'abord, du fait de son champ d'application personnel puisqu'il s'applique indifféremment à tous les X qu'il déclare égaux (nationaux, citoyens, êtres humains) ; ensuite, en raison de son absolue indétermination matérielle.

Dans l'énoncé « tous les X sont égaux devant (aux yeux de) la loi », « tous les X » forme ce que l'on peut appeler, au sens logique, la classe universelle de référence de l'égalité dite générale. Par ailleurs, ces X ne se différencient d'aucune manière en fonction de quelque critère que ce soit (d'activité, de fonctions, d'appartenance, de sexe, de race, etc.). C'est pourquoi l'on a dit que l'égalité s'appliquait indifféremment à tous ces X, à cette classe universelle de référence. S'ajoutent à cette égalité « générale », dans les textes, ce que l'on appelle des égalités spéciales parmi lesquelles on peut distinguer des égalités sectorielles ou objectives qui spécifient l'égalité dans certains domaines (l'impôt, le suffrage, l'accès aux emplois publics, etc.) et des égalités subjectives qui reposent sur des critères attachés à la personne (le sexe, la couleur de peau, la religion, l'orientation sexuelle, le handicap, etc.). On reviendra en conclusion sur la manière dont on devrait considérer la relation conceptuelle entre égalité générale et égalités spéciales. On se borne pour l'instant à l'analyse de l'égalité générale.

Quel est le périmètre de la classe universelle des destinataires de cette égalité générale ? Cela a varié dans l'histoire : en 1789, il s'agissait de « tous les citoyens », au XIX^e siècle de « tous les nationaux » (les Français, les Allemands, les Suisses etc.), mais aujourd'hui, dans les États démocratiques et libéraux, la classe universelle recouvre en principe l'universalité des êtres humains. Autrement dit, dans de tels systèmes constitutionnels, on peut dire que la classe universelle de l'égalité (au sens logique) est devenue pleinement universelle (au sens matériel). Du point de vue éthique, on ne peut que s'en réjouir, mais au plan logique, cela ne change rien à l'analyse.

Ce qui importe, pour la logique de l'égalité, c'est que cette classe universelle est précisément universelle. Que, prise en elle-même (on expliquera plus bas l'importance de cette précision), l'égalité ne différencie pas. Et c'est en cela que tient la raison pour laquelle le discours traditionnel et qui n'a pas complètement disparu selon lequel la généralité de la loi pourrait satisfaire l'égalité doit être tenu pour logiquement nul et non avenu. Ce discours est profondément lié à celui de l'égalité devant la loi comme égalité dans l'application de la loi, car si la loi est générale (impersonnelle et abstraite), elle garantirait par elle-même son égalité d'application. On a dit en introduction que l'égalité dans la seule application de la loi méconnaissait complètement la lettre même de l'égalité. Il en va de même avec l'égalité par la généralité. L'égalité ne peut être que par l'universalité.

La loi générale pose des critères (impersonnels, abstraits) en vue de déterminer son champ d'application. Elle construit des catégories. C'est évidemment inévitable. De ce fait, elle différencie. Et elle différencie nécessairement au sein de la classe universelle et indifférenciée des égaux (devant la loi). Mais se borner à la simple généralité de la loi, c'est renvoyer au législateur ordinaire le soin de créer de nouvelles sous-classes, selon des critères objectifs ou subjectifs à l'intérieur même de la classe universelle de ceux qui ont un droit à l'égalité. C'est permettre au législateur ordinaire de faire ce à quoi le législateur constitutionnel se refuse et ce qu'il prohibe.

Pourtant, tout système juridique distingue et différencie, à défaut on aurait non pas un système, un ordre, mais un droit purement et simplement absurde. Or, d'un autre côté, l'égalité pose et impose un principe d'indifférence : tous sont égaux devant, et donc dans la loi. On fait donc face à une apparente contradiction. Pour sortir d'un tel paradoxe, il convient de préciser nos concepts, de clarifier notre langage : il faut distinguer les notions de base. Pour ce faire, il faut commencer par notre concept d'égalité. Mais il convient de garder à l'esprit que la loi certes différencie, l'égalité constitutionnelle, quant à elle, non.

2. Logique de l'égalité « proportionnelle »

Tous les systèmes juridiques auxquels on se réfère ici, conçoivent l'égalité comme une égalité « proportionnelle » et l'on renvoie généralement, à titre de justification, à une tradition née avec Livre 5 de l'Éthique à Nicomaque d'Aristote. Cela se traduit par la formule traditionnelle : « À situations égales, traitement égal ; à situations inégales, traitement inégal. » Cependant, cette formule doit précisément nous inviter à la plus grande circonspection quant à sa formulation même.

Prenons cette proportionnalité au sérieux. Soit une situation S1 et un traitement T1, s'il s'agit maintenant de déterminer le traitement T2 qui doit être attribué à une situation S2, et s'il s'agit d'assurer une égalité proportionnelle de traitement entre S1 et S2, alors il faut que $S1/S2 = T1/T2$. Ce n'est là qu'une métaphore mathématique, mais l'on voit clairement que si S1 et S2 diffèrent, alors T1 et T2 doivent dans la même proportion différer afin que, entre les deux proportions, puisse être placé un signe d'égalité. Le même traitement attribué à S1 et à S2 obligerait à mettre un signe d'inégalité entre les deux proportions. Si l'égalité juridique est conçue comme proportionnelle, alors nous devons la comprendre comme ce signe entre deux proportions. Il s'agit certes d'une évidence triviale, mais celle-ci devrait nous rendre attentif à notre langage.

Une telle présentation mathématique ne constitue qu'une métaphore en ce sens que situations et traitements ne sont pas des grandeurs mathématiques ou formalisables. Les situations sont des réalités concrètes auxquelles se réfèrent des normes qui les déterminent en les différenciant, et les traitements, des règles de droit plus ou moins complexes énoncées par un texte. Appliquer le principe d'égalité consiste à comparer entre elles les situations et, entre eux, les traitements afin de savoir si l'on peut placer entre S1/S2 et T1/T2 un signe d'égalité. Or ces comparaisons ne relèvent pas de procédures formelles mais supposent des appréciations matérielles.

C'est un truisme que de dire qu'il existe un nombre sinon infini, du moins incalculable de différences entre deux situations individuelles : il n'y a donc pas de situations identiques. Toute loi générale simplifie la complexité du réel en catégorisant par la fixation de critères abstraits de distinction. Le contrôle d'égalité évalue la qualité de cette catégorisation et doit donc refaire une même opération de simplification, indépendante toutefois de celle qu'a déjà effectuée le législateur. Il s'agit dès lors d'évaluer les critères du législateur pour, le cas échéant, lui opposer d'autres critères. Dans cette opération, il ne s'agit pas de découvrir des situations « égales » ou « inégales » puisqu'elle n'est qu'un moment dans le jugement d'égalité, qui suppose encore la comparaison des traitements. Les situations ne sauraient donc être dites « égales » ou « inégales ». La question est de savoir si elles sont, au regard du but de la loi -- on y reviendra -- comparables ou non du point de vue d'une appréciation matérielle et concrète, autrement dit, si elles doivent être considérées comme semblables ou dissemblables(6).

Les traitements, quant à eux, sont soit identiques, soit différents. Ils ne sauraient être dits égaux ou inégaux, en droit, tant que la proportion avec les situations n'a pas été établie. Une différence de traitement n'est donc pas, en soi, une inégalité de traitement, ni une discrimination. Est inégale ou discriminatoire la différence de traitement de deux situations qui doivent pourtant être considérées comme semblables. Mais, conformément à la logique de l'égalité proportionnelle, l'identité de traitement de deux situations devant être considérées comme dissemblables est de la même manière et tout autant inégale ou discriminatoire.

Une formulation plus juste du principe de proportionnalité inhérent à l'égalité juridique serait donc : À situations semblables, traitements identiques, à situations dissemblables, traitements différents.

3. Logique de la comparaison

Si l'on admet ce qui vient d'être dit, l'on voit que le principe d'égalité est une forme particulière du principe de proportionnalité, une proportionnalité dans la comparaison. Ce n'est pas la comparaison des traitements qui pose véritablement problème puisqu'ils sont identiques ou différents. La première difficulté dans la mise en œuvre de l'égalité réside dans le choix d'une méthode de comparaison des situations. Puisque les situations ne sont pas semblables ou dissemblables en soi, mais doivent être considérées comme semblables ou dissemblables, il faut déterminer le point de vue d'après lequel elles doivent être qualifiées de semblables ou dissemblables.

Or, l'appréciation des situations est toujours qualitative, même lorsqu'elles sont distinguées par un critère quantitatif (un niveau de revenus, le nombre de salariés d'une entreprise etc.), puisqu'elle a pour but de justifier ou non l'application d'un ou plusieurs régimes juridiques substantiels. Il n'est guère nécessaire d'insister sur le fait qu'une telle appréciation comporte toujours et nécessairement un certain moment subjectif d'évaluation. Il est donc vain de vouloir éliminer ce dernier. On ne rationalisera

jamais pleinement le résultat d'une application de l'égalité en ce sens où l'on pourrait déterminer avec certitude que ce résultat est vrai ou faux. Le croire, confondant valeur et vérité, c'est risquer d'introduire un biais idéologique dans l'analyse(7). On peut cependant fixer un schéma méthodologique suffisamment rationnel qui ne saura certes pas déterminer l'application, mais à tout le moins, la guider.

Puisque la comparaison des situations suppose une simplification radicale de la complexité du réel, le moment décisif de la mise en œuvre de l'égalité tient en la détermination du tertium comparationis, c'est-à-dire de ce point de vue unifié d'après lequel la comparaison devient possible. Cette question se pose à la fois à l'autorité qui établit les règles (on prendra ici le cas du législateur, mais ce pourrait être tout aussi bien l'autorité réglementaire), à celle qui les contrôle (ici le juge) et à celle qui critique (la doctrine). Or, pour éviter un jugement purement subjectif, une bonne méthode exige de rechercher ce tertium comparationis hors de soi, auprès d'une instance qui dispose d'une autorité relative ou non, mais en tout cas suffisante. L'autorité de la Constitution, à laquelle s'ajoute, pour le juge ou la doctrine, celle, relative, du législateur lui-même. C'est donc dans ou à partir du système juridique hiérarchisé qu'il convient de rechercher ce point de vue comparatif. On objective ainsi la méthode.

D'un autre côté, l'idée même de proportionnalité relève d'une logique instrumentale. En fonction d'un certain but (qui doit être légitimé par l'ordre juridique), les moyens auxquels recourt le législateur doivent être proportionnels (c'est-à-dire appropriés, nécessaires et proportionnés au sens strict). Si l'égalité est conçue comme étant en elle-même « proportionnelle », on doit y retrouver la même logique. C'est donc un certain but qui seul peut justifier le moyen consistant à traiter de la même manière deux situations, ou à les traiter différemment.

On se permettra ici de regretter que, après bien des hésitations, le Conseil constitutionnel français ait abandonné l'idée d'objectif de la loi au profit de celle de l'objet de la loi. En effet, l'objet d'une loi établissant une différence de traitement n'est-il pas précisément cette même différence de traitement ? À partir de là, on court le risque de ne pas éviter le paralogisme ou le sophisme. C'est à partir de l'objectif, du but poursuivi par le législateur qu'il faut comparer les situations, à défaut de quoi l'on perd la logique même de l'égalité juridique en tant qu'égalité proportionnelle.

Il faut bien sûr tout d'abord évaluer l'objectif législatif au regard des normes constitutionnelles. Celui-ci peut être prescrit par la Constitution (objectifs à valeur constitutionnelle), encadré par celle-ci (les « facultés contributives » pour l'égalité fiscale) ou laissé indéterminé, sous la réserve que le but poursuivi soit d'intérêt général(8). Si le législateur poursuit un but contraire à ou incompatible avec la Constitution, il n'est pas même besoin d'appliquer l'égalité pour le censurer. Si en revanche, l'objectif doit être tenu pour constitutionnellement légitime, c'est à partir de lui qu'il convient d'opérer le contrôle de l'égalité.

Il s'agit alors d'évaluer, à partir de là, la pertinence des distinctions faites entre les situations : les différentes situations typifiées par le législateur, les considérant comme semblables ou dissemblables, sont-elles en correspondance avec le but légitime recherché(9) ? Si ces typifications législatives apparaissent raisonnables, il s'agit alors d'entrer dans la dernière phase du jugement d'égalité, celle que l'on appellera de l'équipondération.

4. L'universalité par la proportionnalité : l'égalité comme équipondération

S'il s'agissait d'en rester à ce stade de l'application de l'égalité, on n'aurait à vrai dire pas gagné grand-chose par rapport à la formule, plus haut critiquée, de l'égalité par la généralité. Il suffirait de vérifier seulement que les classes générales établies par le législateur ne sont pas absolument arbitraires, qu'elles ont un certain sens au regard du but poursuivi. Pour atteindre à l'universalité contenue dans le principe, il faut encore une étape, celle de l'application de la proportionnalité proprement dite. Il faut en effet non pas seulement comparer les situations, mais aussi les comparer en leur affectant leurs traitements respectifs.

Si l'on admet de considérer qu'un traitement donne à la classe générale à laquelle il est attribué son poids spécifique dans le système juridique, il s'agit de faire en sorte que S1, pondéré par T1, placée sur l'un des plateaux de la balance de la justice, soit en équilibre avec S2, pondéré par T2. C'est cela qu'entend signifier le terme ici utilisé d'« équipondération », l'exigence d'un système équilibré de poids et mesures (juridiques) dans le traitement des différentes catégories de personnes.

Pour ce faire, il faut appliquer à l'égalité les principes de la proportionnalité : une différence ou une identité de traitement, en fonction des catégories auxquelles elles s'appliquent, sont-elles appropriées et nécessaires au regard du but légitime poursuivi ? Ultima ratio, n'imposent-elles pas à une de ces catégories, un traitement, par comparaison, insupportable, de sorte que la balance s'effondre nécessairement d'un côté(10) ?

Telle est la condition nécessaire autorisant à mettre un signe d'égalité entre S1/S2 et T1/T2. Ce faisant, on donne véritablement sa dimension universelle à l'égalité : « tous », indépendamment de leur appartenance à telle ou telle catégorie légale, sont, devant la loi, comme des égaux « équipondérés » : ils sont sur un pied d'égalité malgré leurs différences. Tel est le principe de l'égalité de tous devant la loi : il suppose d'être transcategoriel, sans cependant exiger l'identité de traitement de tous.

Il exige du législateur (ou de l'autorité réglementaire) ce que la jurisprudence et la doctrine allemandes appellent une « cohérence (ou littéralement : justice) systématique » (Systemgerechtigkeit) : si le législateur, en fonction des buts légitimes qu'il poursuit, décide de traiter de telle manière telle catégorie de personnes, le principe d'égalité l'oblige à ne pas traiter d'une autre manière injustifiable telle autre catégorie. En ce sens, il se lie lui-même par l'effet de l'égalité. Ce dernier entraîne donc un effet d'autolimitation (Selbstbindung) du législateur. Ce principe d'autolimitation est ainsi inhérent à l'égalité générale. Il permet de comprendre, jusqu'en sa logique propre, ce que l'égalité juridique veut dire.

5. Sur la notion de « discrimination »

Dans le langage courant, le mot discrimination est employé pour désigner une différence de traitement tenue pour injustifiée et injustifiable. C'est généralement dans le même sens que les juristes emploient ce mot : une différence de traitement qui ne passe pas avec succès le test de l'égalité. En son principe, l'égalité générale prohibe toute discrimination. On propose ici de s'en tenir à ce concept. Mais il appelle quelques remarques.

D'abord, il s'agit de préciser ce que « traitement » (juridique) veut dire. Il est bien sûr, en première analyse, dans le texte même de la loi, dans l'objet même de celle-ci en tant qu'elle distribue, entre certaines situations typifiées, tel ou tel régime juridique. Mais le conceptualisme modéré qu'on défend ici ne signifie pas formalisme. Les normes juridiques visent à produire un effet social et individuel, elles possèdent un effet d'induction politique et social. Du point de vue de l'égalité, la loi ne doit avoir ni pour objet, ni pour effet d'établir une discrimination réelle, concrète. Telle est une difficulté supplémentaire dans l'appréciation de conformité à l'égalité. Une identité formelle de traitement peut induire une différence substantielle, réelle, sociale et, le cas échéant, une discrimination. Si l'on se place du point de vue de l'instance de contrôle de la loi, un facteur décisif quant à l'appréciation des traitements tient au moment d'intervention de cette instance. Pour simplifier : un contrôle a priori (ou très proche du moment de l'édiction du texte) ne peut procéder qu'à un pronostic quant aux effets possibles ou probables de la norme contrôlée ; un contrôle effectué après une certaine durée d'application de la loi, peut en revanche, et devrait établir un diagnostic des effets éventuellement discriminatoires. Mais cela suppose que, par ses méthodes d'instruction, le juge de la loi assume d'être un véritable juge du fait. Une discrimination est une différence concrète de traitement.

Par ailleurs, on qualifie les principes spéciaux et subjectifs d'égalité (à raison du sexe, de la « race », de la religion etc.) de « principes de non-discrimination ». Mais le principe général d'égalité tolérerait-il certains « discriminations » ? Ce serait détruire de l'intérieur le concept même de l'égalité juridique. Mieux vaut considérer ces principes comme des spécifications de l'égalité. À travers eux, le constituant prohibe le recours à tel ou tel critère de différenciation des traitements. Ou les soumet,

pour utiliser une terminologie américaine, à la strict scrutiny, à un contrôle renforcé de la part du juge. Mais ces principes ne procèdent pas d'une autre logique que celle qui préside à l'égalité. Ils la renforcent.

La dernière remarque sur ce point concerne la notion, si prisée en France, de « discrimination positive ». Si l'on en revient à la définition donnée plus haut du mot « discrimination », qui ne peut être que « négative », il s'agit d'un oxymore. On peut avoir du goût littéraire pour les formulations oxymoriques, mais elles clarifient peu le discours juridique. En effet, s'il s'agit de compenser par certains dispositifs juridiques des situations objectives d'inégalité sociale, le principe général d'égalité peut suffire, renforcé en tant que de besoin par certains objectifs de valeur constitutionnelle (dignité, État ou République sociale). Nul n'est besoin du concept de discrimination positive à cette fin. En revanche, ce que les Américains appellent affirmative action -- et l'on souhaiterait qu'on adopte en France l'expression « action affirmative » -- touche un problème plus spécifique qu'il convient de bien mettre en lumière. Il s'agit précisément de recourir à un critère en principe prohibé ou à tout le moins suspect (le sexe, la couleur de peau etc.) afin de compenser une discrimination sociale réelle par un dispositif particulier (l'exemple type étant celui des quotas) dans certains systèmes de distribution (allocation en anglais) de biens rares (places à l'université, accès aux emplois publics, marchés publics etc.). Quelles que soient les réponses que les divers systèmes juridiques apportent à cette question, il s'agit d'un problème très spécifique, qui sans doute pose une difficulté particulièrement aiguë aux systèmes égalitaires de nos constitutions, mais qui - telle est la thèse ici soutenue - n'échappe pas à la logique générale de l'égalité.

6. Remarques conclusives

Les considérations qui précèdent se bornent à tenter de mettre en lumière une logique générale de l'égalité juridique. Elles ne prétendent aucunement à régler tous les problèmes d'application du principe. Il ne s'agit certainement pas d'étouffer l'esprit de finesse par l'esprit de système. Il n'y a aucune rationalité absolue inhérente à l'égalité juridique. Mais on peut en rechercher la rationalité quant à ses conditions d'application, c'est-à-dire un schéma général de mise en œuvre, qui puisse permettre de discuter un peu rationnellement, l'application au cas concret. Le principe d'égalité impose une obligation de justification. Cette justification suppose l'examen de réalités sociales qui ne sont pas susceptibles d'être réduites en algorithmes, en déterminations formelles à partir desquelles il suffirait de calculer l'égalité. Ce qui est proposé ici part d'un principe modéré de raisonabilité plus que de rationalité.

L'égalité s'applique à des types très divers de réalités. Un critère législatif peut distinguer au sein de ce que l'on pourrait appeler une structure moléculaire de la société (par ex., entre différentes professions : médecins hospitaliers, infirmières, sages-femmes, aides-soignantes qui n'ont pas les mêmes responsabilités, qui exercent des rôles sociaux différents), mais il peut aussi fixer, dans une certaine structure sociale continue des seuils (de revenus, de nombre de salariés dans une entreprise, etc.). Dans ce dernier cas, il est évident qu'il existe des effets de seuils et donc de véritables inégalités de traitement entre ceux qui sont juste en dessous du seuil et ceux qui se trouvent juste au-dessus. Le propos n'est donc pas d'offrir une clé en vue d'une application certaine de ce principe, mais seulement de mettre au jour ce que, malgré toutes ses difficultés d'application, le concept d'égalité veut dire.

Document n°2 : Cécile BARROIS de SARIGNY, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Titre VII*, N° 4 - avril 2020

« Une déclaration des droits, si elle pouvait répondre à une perfection idéale, serait celle qui contiendrait des axiomes tellement simples, évidents et féconds en conséquence, qu'il serait impossible de s'en écarter sans être absurde et que l'on en verrait sortir toutes les constitutions »(1). Si l'on se tient aux critères exposés par Mirabeau lors de l'adoption de la Déclaration de 1789, le principe d'égalité tel que le manient le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État présente toutes les caractéristiques d'une norme idéale. A la fois simple dans sa formulation et riche de significations, ce principe est décliné à l'envi, et plus de 230 ans après qu'il a été posé comme norme cardinale du système juridique français, il n'a rien perdu de sa vigueur, au contraire.

L'égalité consacrée par la déclaration de 1789 est une égalité de droit qui, comme le rappelle le président Odent, « exige que toutes les personnes placées dans des situations identiques soient soumises au même régime juridique, soient traitées de la même façon, sans privilège et sans discrimination »(2). Cette conception, d'inspiration rousseauiste, demeure encore aujourd'hui.

On ne saurait mieux décrire l'étendue de ce principe de philosophie politique que ne le fit Jean Rivero, pour qui « Le pilier de l'égalité, à son sommet, s'épanouit et se diversifie, tels ces piliers de cathédrales qui évoquent la ligne du palmier, en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte ». Le Conseil d'État, qui fit le premier référence au principe d'égalité dans l'un de ses avis rendu après l'entrée en vigueur de la Constitution du 22 frimaire an VIII, puis, par la suite dans le cadre de ses attributions contentieuses(3), l'a consacré sous forme de principe général du droit régissant à la fois l'organisation et le fonctionnement des services publics, l'accès à la fonction publique ou le statut des fonctionnaires. Il en a fait le sous-bassement théorique permettant d'engager la responsabilité sans faute de l'administration(4). Le principe d'égalité irrigue ainsi la jurisprudence administrative. Il en est de même devant le juge constitutionnel, où le principe prend sa source dans le bloc de constitutionnalité qui le consacre à travers quinze références déclinant l'égalité sous des acceptions variées, allant de la formule sacramentelle de l'article 1er de la Déclaration de 1789 : « Les hommes naissent et demeurent égaux en droits », aux dispositions plus précises prévoyant l'égalité devant les charges publiques (art. 13 DDHC) l'égalité d'accès aux emplois publics (article 6 DDHC) ou encore l'égalité du suffrage (art. 3 de la Constitution de 1946). Le Conseil constitutionnel s'en est saisi à compter de sa décision du 27 décembre 1973(5), qui reconnaît la déclaration de 1789 comme une norme de son contrôle. Ce principe est aujourd'hui le premier des griefs invoqués devant lui(6).

L'invocation massive du principe d'égalité devant le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel a fourni à ces juridictions l'occasion d'une jurisprudence abondante sur les conditions de sa mise en œuvre et sur le rôle du juge dans le contrôle de son application.

Le premier temps de celle-ci fut l'occasion de poser le cadre du contrôle, avec, pour les juges, la préoccupation d'éviter le double écueil d'un empiètement illégitime sur le terrain politique et de l'absence de contrôle effectif de cette norme essentielle au contrat social. Puis, sont venues les interrogations sur l'effectivité du principe et ses implications, avec des revendications d'équité, d'égalité réelle ou de droit à la différence, et le dépassement des limites de l'égalité de droit portée par l'idéal républicain. Le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme sont pour une large part dans cette remise en question du principe français.

Ce deuxième mouvement a contribué à faire évoluer le droit de l'égalité pour permettre une prise en compte accrue des exigences qu'implique la lutte contre les inégalités. Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont accompagné par leur jurisprudence les initiatives prises par les pouvoirs publics tout en contribuant par eux-mêmes à rendre le principe d'égalité plus effectif, à travers à la fois un renforcement du contrôle de la norme et une meilleure appréhension des situations concrètes de discrimination.

Les contours d'un principe

De façon concordante, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel déduisent du principe d'égalité deux types d'obligations : l'interdiction de certaines discriminations et l'application uniforme de la règle de droit.

Il est sur le premier point des exigences précises dans la Constitution et parmi les principes généraux du droit qui excluent toute distinction fondée sur l'origine, la race, la religion, les croyances, les opinions et le sexe. C'est sur le fondement de celles-ci que le Conseil constitutionnel a notamment, dans la période récente, déclaré non-conformes à la Constitution les statistiques ethniques(7), l'octroi d'avantages sociaux en fonction du sexe des parents(8) ou encore qu'il a formulé une réserve d'interprétation sur les conditions dans lesquelles doivent se dérouler des opérations de contrôle policier(9).

L'application du principe d'égalité entendu comme obligation d'uniformité de la règle de droit est plus délicate à saisir. Dans ce second cadre, les juges appréhendent la norme prise dans sa généralité, ce qui les conduit à opérer un contrôle distancié garantissant qu'ils ne substitueront pas leur propre appréciation à celle des pouvoirs publics quant au meilleur moyen de parvenir aux objectifs visés.

Cette prise de distance se traduit dans la formulation même du principe d'égalité, lequel est présenté par la jurisprudence comme un principe « en creux » qui « ne s'oppose pas » à ce que le législateur ou - devant le Conseil d'État - l'autorité investie du pouvoir réglementaire « 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 comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit »(10). Le principe d'égalité est ainsi accommodant. A la fois relatif et contingent(11), il s'applique « toutes choses égales d'ailleurs »(12) à des situations identiques sous réserves des aménagements que l'intérêt général commande.

La marge de manœuvre des pouvoirs publics est dans ce cadre garantie. C'est à eux qu'il appartient de caractériser des catégories différentes ou de définir les exigences de l'intérêt général, le juge appréciant seulement la pertinence des catégories(13) ou des considérations d'intérêt général avancées(14), ainsi que la cohérence du choix d'une différence de traitement. Le maniement du principe s'avère particulièrement délicat lorsque sont en cause des choix de politiques publiques ou de société, sur lesquels le juge ne souhaite interférer. Ainsi, s'agissant du mariage homosexuel, le Conseil constitutionnel a-t-il pu valider, sur la base d'une même différence de situation entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de même sexe, à la fois des dispositions ayant pour effet de prohiber le mariage entre personnes de même sexe et d'autres qui autorisaient au contraire une telle union(15).

Précisons enfin, dans le cadre de cette présentation, que le rapport du juge à la norme, dans le maniement du principe d'égalité s'écarte parfois du cadre général. Le contrôle notamment peut s'avérer plus prégnant lorsqu'est en cause le respect d'une stricte égalité de droit comme en matière électorale ou pour l'accès aux emplois publics. Il peut également être plus souple. Tel est le cas pour la mise en œuvre du principe d'égalité devant les charges publiques (art. 13 DDHC) qui n'oppose aux choix du législateur que la limite du caractère confiscatoire de l'imposition ou de la charge excessive pour les contribuables au regard de leurs facultés contributives(16). Le Conseil constitutionnel ne censure dans ce cadre que la rupture caractérisée de l'égalité(17), ce qu'il fit de manière retentissante pour la taxe carbone. Les hypothèses de censure sont néanmoins rares(18).

Un outil de contrôle de la norme prise dans sa généralité

Le cadre du contrôle de la conformité des normes au principe d'égalité n'a pas été substantiellement modifié depuis qu'il a été posé dans les années 1970 par le juge administratif et par le juge constitutionnel(19). Trois évolutions ont néanmoins dans la période récente conduit à son approfondissement.

Une nouvelle voie procédurale a été ouverte qui permet de s'en prévaloir avec la question prioritaire de constitutionnalité née de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et mise en œuvre depuis 2010. Chaque citoyen peut désormais saisir le juge d'une disposition législative qui « em>porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit »(20). C'est sur son fondement que le Conseil constitutionnel, dans la première décision qu'il a rendue à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, a déclaré les dispositions relatives à la cristallisation des pensions de certains ressortissants étrangers contraires à la Constitution. La procédure de QPC conduit également à ce que la conformité à la Constitution de lois anciennes soit réinterrogée(21).

Quant au juge administratif, chargé de filtrer les questions transmises au Conseil constitutionnel, celui-ci trouve naturellement lui aussi l'occasion d'interroger la constitutionnalité des lois au regard du principe d'égalité. Il ne se prive d'ailleurs pas de faire application du « principe constitutionnel d'égalité »(22) qu'il manie de manière comparable au principe général du droit qu'il confronte aux normes réglementaires.

L'examen permis par la procédure de QPC conduit, devant le Conseil d'État comme devant le Conseil constitutionnel, à une analyse fine de la norme qui, même abstraite, se présente aux juges comme une norme éprouvée, saisie dans le contexte précis où elle est appliquée, et interprétée(23), ce qui convient particulièrement pour l'application d'un principe tel que celui d'égalité. C'est en cela, aussi, que la QPC participe au renforcement du principe.

Du côté du juge administratif, le contrôle de l'application du principe d'égalité, sans changer de nature, est également devenu plus exigeant au fil du temps. La modification à la marge de la formulation du principe en témoigne. Auparavant décrit comme un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation(24), le choix du pouvoir réglementaire d'instituer une différence de traitement est examiné depuis 2002 et la décision Villemain sous l'angle de la disproportion manifeste(25). Par l'emploi du terme manifeste, la jurisprudence porte toujours le sceau du contrôle restreint mais par la référence à la proportionnalité, elle exprime également le souci du juge de porter un regard non plus seulement sur le principe d'une différence de traitement mais aussi sur son ampleur. Le juge est tenu, le cas échéant, de s'interroger d'office sur ce point(26). L'évolution sémantique si elle peut paraître ténue, n'est pas neutre. C'est sur le constat d'une différence de traitement manifestement disproportionnée par rapport aux différences qui séparent les couples mariés et ceux unis par un pacte civil de solidarité que le Conseil d'État a jugé que les seconds ne pouvaient être totalement exclus du bénéfice de certains avantages, imposant ainsi au pouvoir réglementaire une adaptation de la réglementation (décision Villemain). De même, c'est cette grille de contrôle approfondi qui a amené récemment le Conseil d'État à annuler des mesures relatives aux associations communales de chasse agréées qu'il avait quarante ans auparavant bénies(27). Le regard du juge se fait plus précis.

C'est enfin par une voie contournée que le juge administratif appréhende, aujourd'hui mieux qu'hier, les éventuelles ruptures d'égalité : celle du contrôle des règles d'organisation de l'action administrative que sont les circulaires. Le maniement du principe d'égalité n'est pas aisé lorsque le juge est saisi d'une situation individuelle, qu'il examine en opérant un contrôle de l'acte au regard des seuls motifs qui le fondent, sans entrer dans une logique de comparaison des situations(28). La solution retenue à l'égard d'un tiers n'interfère pas en principe dans l'examen de la légalité d'un acte individuel. Le manque de cohérence dans la ligne de conduite de l'administration peut néanmoins s'avérer être la source d'inégalités dont le juge peut se saisir à travers le contrôle d'une norme abstraite, en tant qu'elle objective la discrimination. C'est pourquoi la justiciabilité accrue des directives ou circulaires(29), guides de l'action administrative est de ce point de vue un progrès(30).

Un principe au soutien d'une appréciation concrète des situations de discrimination

La mise en œuvre effective du principe d'égalité passe aussi par une appréhension fine des situations de discrimination.

Il est acquis que, dans son acception française, l'égalité s'entend essentiellement de l'application uniforme de la règle de droit(31). Généralité de la norme ne rime toutefois pas nécessairement avec

uniformité et les pouvoirs publics sont libres, dans le cadre précédemment évoqué, d'organiser des régimes différenciés qui permettent d'appréhender plus justement des différences de situation. Le Conseil d'État comme le Conseil constitutionnel admettent dans ce cadre que la poursuite de l'intérêt général puisse justifier des adaptations qui constituent autant de mesures de discrimination positive, entendue comme « forme de discrimination justifiée, mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objet est la réduction des inégalités »(32). Il en va ainsi par exemple de mesures prises en faveur de l'emploi de certaines catégories de travailleurs (33) ou de celles qui tendent à diversifier les filières d'admission des grandes écoles tel l'Institut d'étude politiques de Paris(34).

Il est toutefois des limites à ces politiques qui résultent du texte constitutionnel et des injonctions qu'il pose en certains domaines en faveur d'une stricte égalité de droit, comme par exemple en matière d'accès aux emplois publics ou d'éducation, où le principe d'égalité s'impose de manière particulièrement forte et où le Conseil constitutionnel juge que les mesures préférentielles ne peuvent se traduire que par des règles de priorité « à mérite égaux », ce qui en atténue nécessairement la portée(35). Certaines discriminations sont par ailleurs expressément interdites, telles celles qui reposent sur le sexe qui empêchent en principe toute différence de traitement entre les femmes et les hommes(36). Mais le cadre constitutionnel n'est pas figé et la demande sociale conduit régulièrement le constituant à déplacer les lignes des contours de l'égalité. C'est ainsi que des discriminations ont été expressément autorisées à raison du genre, en 1999 et 2008, pour favoriser l'accès des femmes aux mandats électoraux, et fonctions électives et professionnelles, ou qu'il a été admis, qu'en certaines parties du territoire, en Nouvelle-Calédonie et Polynésie Française, des mesures de « discrimination positive » pouvaient être adoptées en faveur des populations. Le Conseil constitutionnel a pris acte de ce nouveau contexte, en retenant néanmoins à chaque fois une lecture stricte des dérogations posées au principe d'égalité de droit qui par ailleurs irrigue le bloc de constitutionnalité(37).

Le renouvellement de l'approche française de l'égalité par la généralité doit aussi au droit communautaire et au droit européen des droits de l'homme. Si le Conseil d'État comme le Conseil constitutionnel jugent de façon constante que le principe d'égalité n'impose en aucun cas le droit au traitement différent des personnes en situation différentes(38) , telle n'est pas l'approche retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme ou encore par la Cour de justice de l'Union européenne, qui retiennent une approche concrète de l'égalité, source d'obligations positives(39). Pour le juge de Luxembourg par exemple, le principe de non-discrimination impose à la fois « *que des situations comparables ne soient pas traitées manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale *»(40). L'égalité est ainsi appréciée sous le prisme premier de la jouissance effective des droits ce qui conduit à retenir un double volet pour le principe d'égalité : l'égalité de droit et le droit à la non-discrimination.

Cette conception a eu une incidence très directe en droit français, notamment devant le Conseil d'État. Tout d'abord, dès qu'il s'agit d'assurer la mise en œuvre du droit communautaire, le juge donne au principe d'égalité la portée -- différente de celle du droit interne -- que lui reconnaît ce droit (41). Ensuite, et plus généralement, le Conseil d'État a été conduit de manière croissante à faire application des normes de droit communautaire dérivé et des législations nationales qui les transposent qui instituent des critères nouveaux de non-discrimination. Tel a notamment été le cas s'agissant des discriminations en fonction de l'âge ou des mesures sources de discriminations indirectes(42). C'est enfin très directement en s'inspirant du cadre communautaire que le Conseil d'État a récemment dégagé un régime prétorien de preuve objective propre aux discriminations, faisant partir le débat sur la matérialité des faits de l'existence d'une simple présomption de discrimination, permettant en cela de tenir compte à la fois « des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes »(43). La préoccupation qui anime cette solution n'est pas nouvelle et l'un des messages de l'arrêt Barel du 28 mai 1954 était déjà celui d'une approche « pragmatique et efficace », adaptée au contrôle du respect par l'administration du principe d'égalité(44). Le pas franchi en 2009 est néanmoins important, en ce qu'il objective et systématise une conception nouvelle du mode probatoire dans le contentieux des discriminations.

La multiplication des normes de contrôle du principe d'égalité comme des initiatives des pouvoirs publics en faveur de la prise en compte des différences dans l'application de la norme ne pouvaient pas rester neutres pour l'application du principe par les juges. A leur place, Conseil constitutionnel et Conseil d'État accompagnent les mutations d'un principe, devenu plus complexe dans ses acceptions et ses implications. Ils contribuent également, dans l'équilibre qu'ils retiennent entre les exigences issues des temps passés et celles d'aujourd'hui, à modeler les faces du Janus constitutionnel(45)

Document n°3 : Jean-Marc SAUVE, « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », Intervention lors du Colloque organisé par le Défenseur des droits, Grand'chambre de la Cour de cassation, lundi 5 octobre 2015

L'égalité n'est pas seulement inscrite au frontispice de toute Constitution démocratique, elle exprime l'une des plus puissantes aspirations des sociétés modernes. « Les peuples démocratiques – souligne Tocqueville - ont un goût naturel pour la liberté. (...) Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle et invincible »[2]. Aux XVIIIème et XIXème siècles, cette passion trouva sa traduction juridique dans l'égalisation des droits civils et politiques et dans l'affirmation de l'unité du peuple français. Le principe d'égalité a ceci de fondamental, qu'il n'est pas seulement un droit parmi d'autres, mais une exigence tutrice et transversale, qui conditionne l'application des autres droits fondamentaux. Il ne fonde pas seulement un « droit à l'égalité », il est plus profondément un « droit à l'égalité des droits »[3]. Ce principe rayonne ainsi sur tout notre ordonnancement juridique. En ces temps d'autodénigrement, voire de masochisme national, gardons à l'esprit qu'il inspire la jurisprudence des cours suprêmes françaises bien plus fortement que celle des cours homologues d'autres Etats partageant le même patrimoine de droits que la France, notamment à l'égard des lois et règlements. Ce principe s'énonce, dans sa formule la plus ramassée et la plus féconde, aux articles 1er et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen[4] et à l'article 1er de notre Constitution : la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion ». En droit administratif, avant même qu'on ne reconnût à la Déclaration de 1789 une valeur constitutionnelle[5], le principe d'égalité régissait et régit encore, en tant que principe général du droit, l'organisation et le fonctionnement des services publics[6], l'accès à la fonction publique[7] et le statut des fonctionnaires[8], la situation des contribuables[9] et des utilisateurs du domaine public[10], ou encore le régime de responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques[11]. La consécration concrète du principe d'égalité dans les services publics, en tant que principe général du droit, a été l'une des grandes œuvres du Conseil d'Etat à partir de la IIIème République. Pour reprendre les termes du professeur Rivero, la multiplicité de ces applications ne peut pas ne pas frapper : « Le pilier de l'égalité, à son sommet, s'épanouit et se diversifie, tels ces piliers de cathédrales qui évoquent la ligne du palmier, en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte »[12].

Principe fondateur et intangible, l'égalité demeure consubstantielle à notre vie démocratique, mais elle voit ses conditions de mise en œuvre et son contenu juridique se transformer. Longtemps cherchée dans la seule généralité de la loi, l'égalité se développe désormais aussi par différenciation, s'intéressant non plus seulement à l'homme abstrait et universel, mais aussi à l'homme incarné et situé, pris dans ses déterminations physiques, sociales et économiques. Si le principe d'égalité impose ainsi de traiter de la même manière des personnes placées dans une même situation, il n'exclut pas des différences de traitement, à condition qu'elles soient justifiées par une différence de situation ou par un motif d'intérêt général[13] en rapport avec l'objet de la loi qui les établit - elles doivent être objectivement fondées -, que ces différences de traitement soient proportionnées à la cause qui les justifie et que, bien entendu, elles soient étrangères à toute discrimination. Mais le principe d'égalité ne va pas, chez nous du moins, jusqu'à consacrer un droit à la différence[14]. Notre droit épouse ainsi les aspérités du réel, non pas contre le principe d'égalité, mais pour mieux le servir. Il en va de même lorsqu'il vise à corriger, voire à compenser des inégalités résultant de pratiques discriminatoires. Le droit à la non-discrimination fournit à cet égard « des solutions opératoires auxquelles l'égalité seule ne pourrait parvenir »[15]. Car ce droit offre « une technique de qualification des ruptures d'égalité

»[16] ou, pour le dire autrement, il fait « office de ‘médiateur’ entre le principe général d’égalité et des situations empiriques »[17]. Grâce à lui, une dynamique nouvelle s’est inscrite dans notre Constitution[18] et notre loi[19], et elle a pu se diffuser dans la jurisprudence. Pour autant, si le droit à la non-discrimination s’est développé au tournant des années 2000, sous l’impulsion également du droit de l’Union européenne[20] et de l’article 14 de la Convention européenne des droits de l’Homme, l’égalité réelle peine à naître de l’égalité juridique. Comme le soulignait l’exposé des motifs du projet de la loi instituant la première autorité de lutte contre les discriminations, la HALDE[21], celle-ci devait « répond(re) à la nécessité impérieuse de trouver, dans notre pays, les voies et moyens de lutter efficacement contre les pratiques discriminatoires qui portent atteinte au principe d’égalité et, par là même, à la cohésion sociale ». Depuis plus d’une décennie, s’est ainsi exprimée dans nos institutions, nos pratiques et nos jurisprudences une ambition nouvelle pour la promotion de l’égalité concrète entre les citoyens et les personnes, conduisant à une lutte plus effective contre les discriminations.

Y ont contribué les initiatives de la HALDE, puis du Défenseur des droits, comme les décisions de justice. A cet égard, il est frappant de constater combien les techniques de contrôle se sont renouvelées, à mesure que les chefs de discrimination illicite se sont diversifiés. Le contrôle de proportionnalité s’est en effet approfondi et il s’exerce désormais d’une manière plus concrète, qu’il s’agisse d’examiner les cas de discriminations directes, par exemple liées à l’âge[22], au sexe[23] ou au handicap, mais aussi de discriminations indirectes[24], en vérifiant que le groupe discriminé bénéficie effectivement de mesures compensatoires adaptées[25]. La même approche concrète se retrouve, lorsqu’il s’agit d’engager la responsabilité de l’Etat pour rupture de l’égalité devant les charges publiques, par exemple en raison de l’insuffisante accessibilité aux personnes handicapées des bâtiments recevant du public[26]. Par suite, des éléments essentiels de l’office du juge administratif ont été précisés, eu égard à la spécificité du contentieux des discriminations. C’est le cas notamment de la charge de la preuve, qui a été aménagée pour tenir compte « des difficultés propres à l’administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s’attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l’égalité de traitement des personnes »[27].

Il faut ainsi saluer l’heureuse initiative du Défenseur des droits d’organiser le présent colloque qui permettra de dresser un bilan des avancées jurisprudentielles de la décennie et des nouvelles pratiques contentieuses. Il doit aussi être l’occasion de tracer des perspectives et de formuler des propositions, à l’heure où le Parlement examine la création d’une action de groupe en matière de discrimination au sein du projet de loi sur la « Justice du XXI^{ème} siècle »[28]. Les réflexions d’aujourd’hui permettront, je l’espère, de ne pas opposer un modèle français, qui serait nécessairement abstrait, ignorant des inégalités réelles et incapable de les résorber, et une approche anglo-saxonne, plus empirique, réactive et donc plus effective. Elles sauront aussi ne pas en rester à une conception mécanique et univoque des relations entre notre ordre juridique et ceux de l’Union européenne comme de la convention européenne des droits de l’Homme, conception selon laquelle il n’y aurait place, entre les Etats et l’Europe, qu’à des alignements, voire des soumissions, ou des rébellions. Il existe en effet un espace de dialogue et des marges d’adaptation et d’appréciation, dans le respect des traditions nationales et des principes fondateurs de l’Union comme de la convention européenne des droits de l’Homme. Les ordres juridiques européens sont, faut-il le rappeler, bâtis sur le principe de subsidiarité[29] et c’est une approche non pas cloisonnée, mais intégrée de la lutte contre les discriminations qu’il faut promouvoir. Si des progrès restent nécessaires, notre principe d’égalité n’exclut d’ores et déjà ni la prise en compte des situations concrètes de discrimination, ni l’usage d’outils de prévention, de correction ou de compensation de leurs effets. Sa spécificité tient finalement à la recherche d’un équilibre délicat, mais inévitable que soulignait déjà Jean Rivero : il ne faut ni « perdre de vue la permanence de la personne humaine à travers tous les accidents » ni, à l’inverse, « se confiner dans la seule contemplation de l’essentielle égalité naturelle »[30]