

# Portée et Justiciabilité des Droits Sociaux et Protection de Quelques Catégories de Personnes Défavorisées en France<sup>1</sup>

Véronique Champeil-Desplats<sup>2</sup>

## Introduction

La France de l'après Seconde guerre mondiale se caractérise, en matière de droits et de libertés, par l'affirmation, dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, d'une liste de principes économiques et sociaux considérés « particulièrement nécessaires à notre temps ». Jusqu'au tournant néo-libéral de la fin des années 1980, de la droite chrétienne jusqu'à la gauche communiste, il existe une conviction partagée que l'Etat doit assurer des fonctions essentielles de protection et de redistribution sociales.

Les principaux droits sociaux proclamés sont l'égalité entre les hommes et les femmes, le devoir de travailler et d'obtenir un emploi sans discrimination en raison de ses origines, opinions ou croyances, la liberté syndicale, le droit de grève, le droit à la négociation et aux conventions collectives, la garantie à l'individu et à la famille des conditions nécessaires à son développement, la garantie « à tous, et spécialement à l'enfant, à la mère et aux anciens travailleurs, la protection de la santé, de sécurité matérielle, au repos et au loisir », le droit d'obtenir de la collectivité les moyens nécessaires de subsistance, la solidarité et l'égalité face aux charges résultant de calamités nationales, la garantie de l'égalité d'accès des enfants et des adultes à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture et, en conséquence, le devoir de l'Etat d'organiser un enseignement public gratuit et laïc à tous les niveaux<sup>3</sup>. Ce préambule de la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République auquel renvoie celui de l'actuelle Constitution du 4 octobre 1958 peut aujourd'hui être opposé tant aux actes administratifs<sup>4</sup>, qu'au pouvoir législatif<sup>5</sup>.

Trois observations peuvent d'ores et déjà être formulées. Tout d'abord, les constituants de 1946 accordaient une grande importance à l'organisation

<sup>1</sup> Este artigo também será publicado na Revista jurídica de *investigacion e innovacion educativa*.

<sup>2</sup> Profesora de derecho publico a la Universidad de Paris Ouest- Nanterre, Francia

<sup>3</sup> Voir RIVERO J. et VEDEL G. dans leur célèbre article « Principes économiques et sociaux de la Constitution », *Droit social*, 1947, pp. 13-35, rééd. in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, t. 1, p. 101.

<sup>4</sup> Conseil d'État, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene, rec.* 426.

<sup>5</sup> Décisions n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *rec.* 29 et n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, *rec.* 19.

des services publics pour assurer l'effectivité des droits sociaux, la création d'un organisme national de sécurité sociale immédiatement à la fin de la Seconde guerre mondiale en reste l'illustration la plus éclatante<sup>6</sup>. Ensuite, plus tard, le Conseil constitutionnel a enrichi cette liste par la formulation de principes implicites et, plus précisément, par celle d'un « objectif à valeur constitutionnelle d'accès à un logement décent »<sup>7</sup>. Enfin et, surtout, en France, comme dans d'autres Etats, s'est engagée, depuis une dizaine d'années, une réflexion tant sur la capacité des droits sociaux à s'imposer comme justification juridique de l'intervention publique et, en particulier, des politiques sociales de redistribution des richesses, que sur leur justiciabilité, c'est-à-dire sur la possibilité de les invoquer devant les juges de la même façon que les droits et libertés individuelles afin d'obtenir leur garantie.

Dès lors, bien que les évolutions soient aujourd'hui significatives, persiste, en France, une conception classique des droits sociaux qui conteste tant leur justiciabilité que leur qualité même de droit. Au terme d'une argumentation circulaire mais restée longtemps dominante et partagée, les droits sociaux ne seraient pas de vrais droits parce qu'ils ne seraient pas justiciables, et ils ne seraient pas justiciables parce qu'ils ne seraient pas de vrais droits (I).

Ce préconçu n'est pas le seul frein conceptuel à la conduite de politiques sociales, en particulier en faveur des personnes identifiées comme vulnérables. Il existe également, en France, une forte imprégnation de l'idéal universaliste qui conduit à une prédominance, sauf exception, d'une approche formelle du principe d'égalité. Cette approche constitue le principal obstacle à la détermination d'actions positives en faveur de certaines catégories de personnes qui peuvent se trouver dans une situation de vulnérabilité (II).

## Les droits sociaux: quelle justiciabilité?

En France, comme dans de nombreux autres Etats<sup>8</sup>, la possibilité d'invoquer des droits sociaux devant un juge divise la doctrine (1). Pourtant, la possibilité de leur justiciabilité peut trouver un appui non seulement dans les décisions des juridictions de droit commun que dans l'existence d'une justice sociale (2).

<sup>6</sup> Voir CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le service public dans les débats constitutifs de 1946 », *Histoire et Service public*, GUGLIELMI G. (dir.), P.U.F., 2004, pp. 231-245 ; CHAMPEIL-DESPLATS V. « Normativité et effectivité des droits économiques et sociaux dans les débats constitutifs de 1946 », in Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *La Déclaration des droits de l'homme (1948-2008)- Réalité d'un idéal commun ?*, Paris, 2009, La Documentation Française, pp. 31-40.

<sup>7</sup> Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *J.O.*, 21 janvier 1995, *rec.* 176.

<sup>8</sup> Voir par exemple, CHAMPEIL-DESPLATS V., « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique Latine », in ROMAN D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 1, juin 2012 <http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilitc3a9-des-droits-sociaux-en-amc3a9rique-du-sud3.pdf> ; Voir aussi, ABRAMOVICH V., COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 47.

## Aspects théoriques: le débat sur la justiciabilité des droits sociaux

La thèse selon laquelle les droits sociaux ne sont que des normes programmatiques et donc, à la différence des droits civils et politiques, ne sont pas justiciables, a en France longtemps prédominé (A). Toutefois, depuis une dizaine d'années, un nouveau courant doctrinal conteste de façon très argumentée cette conception en s'appuyant tout particulièrement sur les débats internationaux et le droit comparé (B).

### A. Le rejet classique de la justiciabilité des droits sociaux

Le rejet de la justiciabilité des droits sociaux repose essentiellement sur une distinction radicale des catégories de droits de l'homme. Cette divisibilité est fondée, d'une part, sur une reconstruction de l'histoire de ces droits en génération. La consécration des droits civils et politiques dits de première génération précéderait celle des droits sociaux dits de seconde génération, puis celle des droits « solidarité » (paix, protection de l'environnement...) dits de troisième génération<sup>9</sup>. D'autre part, l'argument de la divisibilité des droits prend appui sur le découplage, au niveau international, des droits civils et politiques, d'un côté, et des droits sociaux de l'autre, dans les deux Pactes de New York de décembre 1966, le premier sur les droits civils et politiques, le second sur les droits économiques, sociaux et culturels. Cette dualité des Pactes remettrait en cause l'unité des droits qu'avait réussi à consacrer la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948.

A ces éléments historiques, sont alors associées des conséquences juridiques, tout particulièrement des types différents d'obligations pesant sur les autorités publiques ou les tiers. Les droits civils et politiques impliqueraient des abstentions d'action, une non-ingérence de la part de l'Etat ou des tiers. Leur violation pourrait être invoquée devant le juge pour la faire cesser et obtenir réparation : le contrôle juridictionnel se limiterait ainsi à l'annulation ou à la condamnation des actes qui les enfreignent. Les droits sociaux, quant à eux, présenteraient un caractère symbolique, programmatique et à faible potentiel juridique. Ils n'exprimeraient que des obligations politiques abstraites. Ils seraient des droits-créances, des « droits à » obtenir des prestations de la part de l'Etat ou des autorités publiques<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Voir par exemple, ROBERT J. et DUFFAR J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, pp. 58-65.

<sup>10</sup> On trouve cette conception dorénavant très classique exprimée en France dès 1947 par RIVERO J. et VEDEL G. qui opposent les droits économiques et sociaux « aux libertés publiques traditionnelles » définissant « un ensemble de droits qui ne supposent de la part de l'Etat que l'abstention ou l'égalité de traitement » : « les droits économiques et sociaux au contraire répondent en général à des catégories nouvelles. Ces droits doivent s'entendre comme supposant de la part de l'Etat une action positive soit en vue de fournir des prestations aux individus (protection de la santé ou de la famille, droit à la culture, etc...), soit en vue d'organiser la vie économique (association des travailleurs à la gestion des entreprises, progressivité de l'impôt, droit de propriété », in« Principes économiques et sociaux de la Constitution », *op. cit.*, p. 101. Voir également plus généralement, ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 420, où les droits sociaux sont présentés comme des « droits à prestation au sens strict ».

Leur réalisation engagerait un coût pour la collectivité. Leur justiciabilité serait conditionnée à l'existence d'une loi qui les met en œuvre mais c'est alors sur cette loi que les recours juridictionnels devraient être fondés. A défaut, notamment en raison des coûts qu'elle engendrerait et des injonctions qu'elle supposerait à l'égard de l'administration, voire du législateur, la justiciabilité des droits sociaux mettrait à mal le principe de séparation des pouvoirs. En tout état de cause, les mécanismes juridictionnels seraient inadaptés et peu appropriés pour assurer la garantie des droits sociaux.

#### B. Le dépassement des arguments classiques

Aucun des arguments précédents n'est incontestable<sup>11</sup>. Ils ne reposent sur aucune caractéristique substantielle ou intrinsèque des droits et libertés mais résultent de diverses croyances et présupposés. Leur relativisation se fonde sur les principes d'indivisibilité et d'interdépendance des droits de l'Homme. Cinq principaux arguments peuvent le justifier.

En premier lieu, le découpage des droits en génération s'avère, à y regarder de plus près, trop schématique : des préoccupations sociales existaient dès 1789 et, réciproquement, certains droits et libertés « individuels » ont été formulés et consacrés après l'entrée dans le droit positif de droits sociaux (interdiction de la peine de mort, protection de la vie privée...). En outre, la coexistence des deux pactes internationaux de New York ne remet pas nécessairement en cause le principe d'indivisibilité des droits ; rien n'interdit de les concevoir sur le mode de la complémentarité plutôt que sur celui de l'opposition.

En deuxième lieu, les droits sociaux ne sont pas plus abstraits ou imprécis que les droits civils et politiques. Les termes d'égalité, de liberté, de propriété ou d'accès au logement ne posent pas aux juges de problèmes de compréhension, d'interprétation ou de mise en œuvre très différents.

En troisième lieu, l'opposition entre des droits et libertés qui n'impliqueraient que des abstentions de la part des tiers et des droits sociaux dont la garantie n'exigerait que des prestations se révèle également grossière. Ces conséquences juridiques ne caractérisent pas des catégories de droits ou de libertés spécifiques et distinctes. Chaque droit ou liberté s'avère porteur, certes dans des proportions variables, d'obligations de respecter, de protéger, de garantir et de promouvoir. Ces obligations impliquent tout autant des abstentions que des actions de la part des débiteurs ou des tiers<sup>12</sup>. Par exemple, la garantie de la liberté d'aller et venir suppose ainsi aussi bien de ne pas être arrêté arbitrairement que de disposer d'infrastructures routières pour circuler. Le droit au logement permet de

<sup>11</sup> Voir van HOOFF G. H. J., *The legal nature of economic, social and cultural rights. A rebuttal of some traditional views*, in ALSTON P. et TOMAŠEVSKI K. (eds.), *The right to food*, Utrecht, Martinus Nijhoff publishers, 1984, pp. 97-110 ; SCHUTTER O. de, « Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in OMIJ (dir.), *Juger les droits sociaux*, PULIM, p. 13, ABRAMOVICH V., COURTIS C., *op. cit.*

<sup>12</sup> van HOOFF G. H. J., *op. cit.*, pp. 97-110.

prémunir contre des expulsions arbitraires comme il peut justifier la construction de logements sociaux.

En quatrième lieu, s'il est possible que la justiciabilité des droits sociaux n'implique pas les mêmes procédures ou voies d'exécution que celle des droits civils et politiques, cela ne signifie pas que leur absence de garantie échappe à toute sanction juridictionnelle. D'ailleurs, l'observation des pratiques juridictionnelles révèle que les tribunaux peuvent recourir à une gamme très variée de moyens pour obtenir la mise en œuvre ou sanctionner la violation d'un droit social: annulation d'actes portant atteinte à tel ou tel droit, modulation des effets dans le temps d'annulation de décisions administratives portant atteinte aux droits acquis, mesures d'injonction avec ou sans astreinte, amende, réparation...<sup>13</sup>.

En cinquième lieu, enfin, il n'est pas certain que certaines mesures de réparation des violations de libertés individuelles soient dans tous les cas moins coûteuses que celles mettant en œuvre les droits sociaux. L'argument des coûts est donc souvent brandi au terme d'une minimisation de ceux engendrés par la garantie des droits civils et politiques et d'une maximisation de ceux relatifs à la mise en œuvre des droits sociaux.

Aucun des traits distinctifs classiquement conférés par la doctrine aux droits sociaux pour les distinguer des libertés individuelles, ne peut être considéré comme « faux, mais aucun n'est exclusif » ou déterminant<sup>14</sup>. Les frontières entre les types de droits de l'homme s'avèrent donc beaucoup plus brouillées que les représentations doctrinales classiques l'ont laissé pendant longtemps penser.

## De la justiciabilité des droits sociaux devant les juridictions de droit commun aux juridictions sociales

Le droit français connaît plusieurs formes de justiciabilité des droits sociaux. Celles-ci peuvent être observées tant devant les juges de droit de commun (A) que devant des juridictions spécialisées. Ces dernières visent à instituer une justice sociale dont certains ont d'ailleurs, un temps, pu revendiquer l'autonomisation à l'égard des ordres de juridiction administrative et judiciaire (B).

### A. Bref aperçu des formes de justiciabilité des droits sociaux devant les juridictions de droit commun

Il existe de nombreuses et diverses décisions juridictionnelles qui se fondent directement ou indirectement sur des droits sociaux<sup>15</sup>. Tout d'abord, on peut

<sup>13</sup> Voir ABRAMOVICH V., COUTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit.; Voir par exemple, ROMAN D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, op. cit.

<sup>14</sup> C. HERRERA, *Les droits sociaux*, PUF, Que Sais-je ?, 2011, p. 9.

<sup>15</sup> Voir pour une étude complète et détaillée, ROMAN D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, op. cit. ; ROMAN D. (dir.), *La*

relever que la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont reconnu la valeur constitutionnelle de ces droits, ce qui permet de les invoquer, en principe, à l'encontre d'actes de droit privé, d'actes administratifs ou de la loi. A l'occasion de décisions relatives à la Charte de l'environnement, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel notamment<sup>16</sup> ont affirmé que « l'ensemble des droits et devoirs » définit dans la Charte, « à l'instar de toutes » les dispositions qui « procèdent du Préambule de la Constitution (...) ont valeur constitutionnelle ; (...) elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif ».

Par ailleurs, dès lors qu'il existe une loi qui les énonce et en prévoit des mécanismes de garantie, les droits sociaux peuvent faire l'objet de décisions juridictionnelles. Le droit du travail, le droit à l'éducation, la santé publique ont leur Code qui nourrit un abondant contentieux. De même, le droit au logement affirmé par l'article 1 de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs comme étant un droit fondamental a été au fondement de quelques arrêts de la Cour de cassation<sup>17</sup>.

Enfin, certains droits sociaux – certes, pas tous ceux qui ont été invoqués<sup>18</sup> –, ont pu bénéficier de la procédure d'urgence qu'est le référé-liberté prévu à l'article L. 521-2 du code de justice administrative qui permet au juge administratif d'ordonner à l'administration toute mesure de nature à faire cesser la violation d'une liberté fondamentale. Le Conseil d'Etat l'a d'abord admis à l'égard du principe d'égal accès à l'instruction justifiant la scolarisation des enfants handicapés<sup>19</sup>, cas qui s'inscrit dans la lignée d'un engagement de la responsabilité de l'Etat pour ne pas avoir déployé les moyens nécessaires à la scolarisation de ces enfants<sup>20</sup>. Le Conseil d'Etat a également considéré comme une liberté fondamentale pouvant être invoquée dans le cadre du référé-liberté, le droit à l'hébergement d'urgence<sup>21</sup>.

100

Ce mouvement en faveur de la justiciabilité des droits sociaux connaît toutefois quelques limites. Tout d'abord, en l'absence de loi, les juges se montrent frileux à se fonder directement sur les droits sociaux énoncés dans la constitution ou dans les textes internationaux, d'autant que ceux-ci sont le plus souvent conçus, en la matière, comme relevant du *soft law*.

Par ailleurs, quand la loi existe, sa portée peut être limitée notamment par le principe de spécialité législative. Celui-ci justifie une interprétation stricte du champ d'application des lois affirmant des droits sociaux. Le cas

*justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012.

<sup>16</sup> Décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, cons. 18, *rec.* 313 ; Conseil d'Etat, 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, req. n° 297931, *AJDA*, 2008, p. 2166.

<sup>17</sup> Cass. Civ. 3ème, 2 oct. 2002, req. n° 01-00589.

<sup>18</sup> Voir sur le droit le refus de considérer le droit au logement comme liberté fondamentale au sens de l'art. L. 521-2 du Code de justice administrative, Conseil d'Etat, 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, *AJDA*, 2002, n° 11, p. 818.

<sup>19</sup> Conseil d'Etat, 15 décembre 2010, *M. P.*, *AJDA*, 2010, p. 858.

<sup>20</sup> Conseil d'Etat, 8 avril 2009, *M. et Mme Laruelle*, req. n° 311434 ; *AJDA*, 2009, p. 1263.

<sup>21</sup> Conseil d'Etat, 10 février 2012, *Karamoko*, req. n° 356456.

du droit au logement est particulièrement intéressant. Alors que le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence d'un objectif à valeur constitutionnelle d'accès à un logement décent (*supra*), et que, on l'a évoqué, l'article de la loi du 6 juillet 1989 affirme le caractère fondamental du droit au logement, le Conseil d'Etat a pourtant refusé de qualifier le droit au logement de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative<sup>22</sup>.

Enfin, l'admission de la justiciabilité des droits sociaux se présente à géométrie variable, et ne gagne pas de la même façon tous les types de contentieux. Le Conseil d'Etat, notamment, reste ancré dans l'idée que « la portée *concrète* d'un principe » varie « selon son degré de précision, selon son objet, ou selon la nature du contentieux »<sup>23</sup>. Il a ainsi pu estimer que le 12<sup>ème</sup> alinéa du préambule de 1946 selon lequel « *la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges résultant de calamités nationales* » ne pouvait servir de « base à une action contentieuse en indemnité »<sup>24</sup>, mais qu'il peut être invoqué le cadre d'un recours pour excès de pouvoir<sup>25</sup>.

#### B. L'institution de juridictions sociales

A la possibilité d'invoquer les droits sociaux devant les juridictions de droit commun, s'ajoute en France celle de saisir des juridictions sociales spécialisées. Le plus souvent, celles-ci interviennent en première instance, mais certaines sont aussi accompagnées d'une juridiction d'appel spécialisée. Les plus vieilles sont les Conseils des Prud'hommes (209 dans toute la France) créés pour le contentieux lié au contrat de travail. Mais il existe aussi des Tribunaux des affaires sociales pour le contentieux relatifs à la Sécurité sociale (au nombre de 115). Plus récemment a été créé un tribunal par région pour le contentieux relatif au handicap (l'appel s'effectue aussi devant une juridiction spécialisée). De même, en matière de logement social, la loi du 5 mars 2007 sur le droit au logement opposable a institué une procédure précontentieuse spécifique suivie de la possibilité d'un recours devant le tribunal administratif statuant en formation spéciale. Dans un avis du 2 juillet 2010, le Conseil d'Etat a précisé que les dispositions législatives de 2007 « ouvrent au justiciable qu'elles visent le droit d'accéder à un tribunal doté de pouvoirs effectifs » ; elles peuvent « conduire le juge à ordonner leur logement, relogement ou leur hébergement et à assortir cette injonction d'une astreinte » ; « l'inaction de l'Etat est susceptible d'être sanctionnée, le cas échéant, par le juge saisi d'un recours en responsabilité »<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Conseil d'Etat, 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, req. n°245687.

<sup>23</sup> Voir conclusions Y. Aguila, sous Conseil d'Etat, 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, précit.

<sup>24</sup> Conseil d'Etat, 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques*, rec. 675; Conseil d'Etat, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, rec. 607.

<sup>25</sup> Conseil d'Etat, 5 juillet 2000, *Association nationale de défense des rapatriés*, rec. 1116.

<sup>26</sup> Conseil d'Etat, avis 2 juillet 2010, *Abdelkrim*, req. n° 332824.

Il reste que le fonctionnement de ces dispositifs juridictionnels (hormis le cas spécifique des Conseils des Prud'hommes) fait l'objet de quelques désenchantements. Par de nombreux aspects, la justice sociale se présente comme une « justice au rabais » : les droits des pauvres apparaissent comme de pauvres droits<sup>27</sup>, la justice des pauvres, comme une pauvre justice<sup>28</sup>.

En effet, tout d'abord, le caractère spécialisé de ces juridictions a pour contrepartie une spécialité (et donc un aménagement du droit commun) des procédures et des règles de compétence. Cette spécialisation est alors facteur de complexité, d'opacité et de méconnaissance pour les justiciables et leur avocats. La détermination de la juridiction compétente, une des juridictions spécialisées ou, le cas échéant une juridiction de droit commun s'avère parfois compliquée, et il n'est pas rare que les juridictions saisies se renvoient la balle des dossiers difficiles, souvent ceux des personnes les plus défavorisées...

Ensuite, les juridictions spécialisées manquent souvent de moyens matériels et humains. Cette situation provoque des dysfonctionnements qui ont été plusieurs fois relevés et critiqués par des rapports publics du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes : absence de greffiers pour enregistrer les recours, difficulté à assurer le principe du contradictoire...

Car, enfin, dans ce contexte, le contentieux social suscite aujourd'hui peu de vocations, que ce soient de la part des magistrats ou des avocats. S'agissant des avocats, le contentieux des pauvres n'est pas très rémunérateur. Les avocats sont le plus souvent commis d'office. A tout le moins rencontre-t-on quelques avocats engagés ou militants qui acceptent de plaider *pro bono*<sup>29</sup>. S'agissant des juges, le contentieux des pauvres n'est pas considéré comme des plus valorisants dans une carrière ; il suppose une certaine vocation. Les juridictions sociales, on l'a souligné, manquent en effet cruellement de moyens. Finalement, comme le souligne Pierre JOXE, dans les cas où il existe une justiciabilité des droits sociaux et une justice des droits sociaux, le problème est que les juges font défaut : « la justice du droit social [ou des droits sociaux] manquent de juges »<sup>30</sup>.

Par conséquent, l'ambivalence de la justice sociale spécialisée est que, d'un côté, si elle fonctionne correctement, elle peut être conçue comme la garantie de voir des cas, souvent difficiles tant du point de vue humain que de la technique contentieuse, traités par des juges et avocats hautement formés et s'étant forgés une expertise des questions sociales. Mais, d'un autre côté, si cette justice ne dysfonctionne, elle se convertit en une justice des pauvres, une justice des « sans » (les « sans logement », « sans travail », « sans argent », « sans mobilité ») qui s'engouffre dans l'institution d'une justice à deux vitesses<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Voir ROMAN D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, La Revue des Droits de l'Homme, op. cit.

<sup>28</sup> Lire JOXE P., *Soif de justice. Au secours des juridictions sociales*, Paris, Fayard, 2014.

<sup>29</sup> Voir JOXE P., *ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 196.

## Les politiques sociales face à la conception formelle du principe d'égalité

Le principe d'égalité se situe au cœur des justifications des politiques sociales. Toutefois, son usage est, en droit français, ambivalent. La conception du principe d'égalité reste en effet essentiellement formelle (1). Lu au prisme des principes d'universalité et d'indivisibilité de la République, le principe d'égalité peut aussi bien justifier des mesures de non-discrimination et de protection de certaines catégories de personnes victimes d'un traitement défavorable, qu'il peut, à l'inverse, jouer le rôle de frein à la définition de certaines politiques sociales et à l'adoption de mesures particulières dès lors qu'elles sont jugées constitutives de discriminations positives (2). Face à une société française multiculturelle en mutation, confrontée à une diversité et à une complexité croissante des phénomènes d'inégalité, les politiques sociales mettent en place des stratégies plus ou moins convaincantes d'objectivation des critères destinés à lutter contre les exclusions (3).

## La prédominance d'une conception formelle du principe d'égalité

La prédominance d'une conception formelle du principe d'égalité s'explique en partie par le lien étroit qui unit celui-ci avec les principes d'universalité et d'indivisibilité de la République. Ce lien explique notamment aujourd'hui que la France reste très hostile à la reconnaissance juridique de minorités ou de groupes communautaires, comme l'illustrent les réserves émises aux dispositions internationales se référant à cette notion (article 27 du Pacte international des droits civils et politiques, l'article 30 de la Convention des droits de l'enfant) ou les difficultés de ratification de la Charte européenne des langues régionales.

Cette position de principe qui structure aujourd'hui l'ordre juridique français est en partie héritée de la Révolution française. A cette époque, la promotion du principe d'égalité exprime avant tout la volonté de rompre avec les privilèges qui structuraient la société de l'Ancien Régime. Rappelons, à cet égard, que la Déclaration du 26 août 1789 a été précédée par l'acte d'abolition des privilèges, la nuit du 4 août 1789. Le concept de privilège désignait tout autant les traitements de faveur réservés à certaines catégories sociales que l'existence de réglementations spécifiques à des groupes professionnels, à des corporations ou à certains territoires perçues comme un obstacle au développement économique. La notion de privilège se comprend donc au sens étymologique, à savoir celui de "*privata lex*", « lois particulières ».

Depuis lors, la conception du principe d'égalité qui prévaut dans l'ordre juridique français est essentiellement formelle, autrement dit « la loi est la même pour tous ». Plus précisément, selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : la loi « doit être la même pour tous,

soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Cet article est aujourd'hui au fondement de plusieurs décisions juridictionnelles qui s'opposent à l'adoption de mesures en faveur de catégories de personnes définies selon certains critères et s'impose comme une limite à l'institution de discriminations positives. Le pari est qu'une égalité de traitement, corrélée à une interdiction de discriminations en fonction de certains critères (l'appartenance ethnique, les croyances religieuses, les idées politiques, le genre, la sexualité, la santé...), doit suffire à assurer une égalité réelle. Cette interdiction n'admet que très peu d'exceptions qui sont limitativement interprétées (*infra*).

L'une des conséquences de la prédominance d'une conception formelle du principe d'égalité est que l'idée que la réalisation de l'égalité puisse supposer une différence de traitement entre des catégories d'individus se trouvant dans des situations différentes n'a été que tardivement formulée par les juges français. Elle l'a été d'abord en 1974 par le Conseil d'Etat<sup>32</sup> qui admet que diverses catégories d'usagers puissent être traitées de façon différentes face à un service rendu par l'administration, à condition toutefois que cette différence de traitement soit « la conséquence nécessaire d'une loi, qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables » et « une nécessité d'intérêt général ». Cette interprétation du principe d'égalité permet par exemple de justifier certaines modulations de tarifs des services publics en fonction du nombre d'enfants dans les familles (tarifs familles nombreuses) ou du quotient familial... Une telle formulation du principe d'égalité a été reprise par le Conseil constitutionnel qui, dans une décision du 12 juillet 1979<sup>33</sup>, admet que « si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes ».

Toutefois la différence de traitement résultant d'une différence de situation ne constitue en France, qu'une possibilité, une option que peuvent ou non lever les autorités publiques, et non une obligation<sup>34</sup>. La conséquence est qu'il n'est pas possible d'imposer juridiquement des politiques publiques de redistribution générales et systématiques au bénéfice de personnes en situation défavorisées ou de vulnérabilité. C'est en tout cas ce que suggère une décision du Conseil constitutionnel relative à la prise en charge de soins pour les personnes les plus démunies. Après avoir rappelé que le législateur s'était en l'occurrence « fixé

<sup>32</sup> Conseil d'Etat, Section, du 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, req. n°88032 et n° 88148, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007643192>.

<sup>33</sup> Décision n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *rec.* 31 ; voir pour la formulation actuelle du principe la décision n° 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-346-qpc/decision-n-2013-346-qpc-du-11-octobre-2013.138283.html>.

<sup>34</sup> Voir Conseil d'Etat, 28 mars 1997, *Société Baxter*, req. n° 179049 et 179054, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007928526&dateTexte=> ; Cass. soc. 24 mars 1998, *Azad c/ Chamsidine, Dr. soc.*, 1998, p. 615

pour objectif (...) d'offrir une couverture de base aux personnes n'ayant 'droit à aucun autre titre aux prestations en nature d'un régime d'assurance maladie et maternité', le Conseil conclut que « le principe d'égalité ne saurait imposer au législateur, lorsqu'il s'efforce, comme en l'espèce, de réduire les disparités de traitement en matière de protection sociale, de remédier concomitamment à l'ensemble des disparités existantes »<sup>35</sup>. En d'autres termes, le législateur dispose de toute latitude pour déterminer les différences de situations sociales ou économiques auxquelles il souhaite remédier, et même dans ces cas-là, il est libre de déterminer la portée de ses mesures.

## L'interdiction de principe des discriminations positives et ses exceptions

Après avoir précisé en quel sens il est possible de considérer que l'ordre juridique français exclut les discriminations positives (A), on verra, avec le cas des mesures prises en faveur de la présence des femmes dans les instances de décisions, comment des exceptions peuvent être envisagées (B).

### A. Les difficultés de définition de la notion de discrimination positive

La notion de discrimination positive fait l'objet de diverses conceptions. Elle peut notamment être définie dans un sens large ou dans un sens strict.

Au sens large, cette notion désigne l'ensemble des mesures adoptées en faveur de catégories d'individus identifiés en raison de leur situation défavorable au regard de l'ensemble d'une population. Cette première approche présente au moins deux difficultés. Elle suppose, d'une part, que puisse être identifiée et mesurée la différence de situation de la catégorie d'individus considérée ainsi que le caractère inégal ou défavorisé de leur position. Elle implique, d'autre part, que toute politique publique ou de redistribution sociale en faveur de catégories d'individus identifiés comme défavorisés, quelle que soit la caractéristique commune qui les unit, soit considérée comme une discrimination positive. Une telle conception de la notion de discrimination positive ne remplit alors aucune fonction conceptuelle ou cognitive particulière au regard de celle de redistribution sociale par exemple.

Dès lors, les références, en France ou ailleurs, à la notion de discrimination positive, supposent souvent un sens plus restreint. Elles visent plus spécifiquement de *certaines* mesures prises en faveur de *certaines* catégories d'individus défavorisés. La question devient alors de déterminer ces mesures et catégories spécifiques. Le plus souvent, les mesures dont il s'agit prennent la forme de quotas pour l'accès à certaines fonctions, certains biens ou services, et les personnes bénéficiaires sont désignées en fonction de critères distinctifs déterminés. Ce sont en général tout ou partie des critères pour lesquels sont prohibés des mesures discriminatoires

<sup>35</sup> Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, rec. 100.

au sens négatif, c'est-à-dire défavorables. Leur nombre et leur qualité peuvent varier selon les époques et les contextes socio-culturels. Ces critères se trouvent souvent énumérés dans des normes à visée antidiscriminatoire. En Europe et, donc en France aujourd'hui, ces critères sont essentiellement relatifs à l'origine raciale ou ethnique, aux croyances religieuses, politiques, idéologiques, au genre, aux préférences sexuelles, à l'état de santé, au handicap... Relevons qu'il existe actuellement en France un débat sur l'opportunité d'ajouter, au sein des listes de lutte contre les discriminations, le critère de la pauvreté<sup>36</sup>.

C'est cette définition de la notion de discrimination positive que l'on retiendra ici : une discrimination positive est une mesure prise en faveur d'une catégorie d'individus que les normes législatives, internationales ou constitutionnelles protègent contre les discriminations « négatives ». En ce sens, la lecture universaliste de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, plus généralement, du principe d'égalité prohibe, en France, ce type de mesures. A ce titre, par exemple, la France refuse d'appliquer l'article 5 de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à l'application du principe d'égalité des personnes indépendamment de leur origine raciale ou ethnique qui prévoit qu'afin de garantir l'effectivité d'une entière égalité -, le principe d'égalité n'interdira pas aux Etats membres de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques pour prévenir ou compenser les désavantages qui affectent les personnes d'une certaine origine raciale ou ethnique. Autrement dit, une conception formelle du principe d'égalité ne doit pas être un obstacle à l'égalité réelle, ce à quoi ne veut pas s'engager la France dès lors que cette position principe implique d'adopter des mesures en faveur de catégories de personnes identifiées par leur supposée origine raciale ou ethnique.

Les exceptions à ce rejet de mesures en faveur de catégories protégées par le principe de non-discrimination sont rares, et sont interprétées strictement et limitativement. Elles concernent aujourd'hui les personnes handicapées (quotas d'emplois dans la fonction publique ou dans certaines entreprises) et les femmes. Ce dernier cas est le plus intéressant pour comprendre le domaine des possibles mais aussi la prudence qui demeurent en France.

#### B. Etude de cas: les mesures juridiques en faveur des femmes

Traditionnellement, tant le Conseil d'Etat que le Conseil constitutionnel adoptent une lecture universaliste du principe d'égalité qui les porte à sanctionner toute mesure distinctive entre les hommes et les femmes. Plus exactement, le Conseil d'Etat en admet certaines mais dans des conditions très strictes, concernant l'organisation de concours d'accès à la fonction publique distincts pour les hommes et pour les femmes. Le Conseil d'Etat n'accepte des dérogations qu'à titre exceptionnel, lorsqu'elles sont justifiées par des conditions d'exercice

<sup>36</sup> ATD-Quartmonde, *Discrimination et pauvreté*, Livre Blanc, octobre 2013, <http://www.atd-quartmonde.fr/livreblanc/>

des fonctions ou par des motifs d'intérêt général. Par exemple, s'il estime que le recrutement séparé « homme/femme » des gardiens de prison est justifié par les conditions d'exercice de la fonction (les hommes dans les prisons d'hommes, les femmes dans les prisons de femmes), en revanche, il rejette une mesure de représentation distincte homme/femmes au sein des conseils de discipline des maîtres d'internat et des surveillants d'externat d'école<sup>37</sup>. De même, estime-t-il illégale une limitation à 20% des candidats le nombre des femmes recrutées dans le corps des commissaires de l'armée de terre<sup>38</sup>.

Dans la même perspective, le Conseil constitutionnel s'est opposé, dans sa décision du 18 novembre 1982<sup>39</sup>, à une loi qui prévoyait que les listes de candidats aux élections municipales ne pouvaient comporter plus de 75% de personnes du même sexe. Le Conseil considère qu'une telle mesure est contraire au principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ainsi qu'à l'article 3 de la Constitution qui énonce l'égalité et l'universalité de l'expression du suffrage.

La chose paraissait donc entendue ; le législateur ne s'est longtemps plus risqué à imposer ce type de mesure. Mais, à la suite d'un débat public initié à la fin des années 1990 sur la possibilité de promouvoir les femmes au sein des assemblées politiques (parlement, assemblée locales), le parlement a adopté une nouvelle loi obligeant les partis politiques à assurer la parité homme/femme sur les listes de candidats présentés aux élections régionales. Saisi, le Conseil constitutionnel réaffirme sa position classique. Toutefois, il précise – chose nouvelle – que celle-ci est liée à « l'état du droit » : « en l'état du droit, (...) la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans les conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus ni pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ni pour une raison tenant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu, sans que puisse être opérée aucune distinction entre électeurs ou éligibles en raison de leur sexe »<sup>40</sup>. Par conséquent, il ne tient qu'au pouvoir constituant de changer cet état du droit.

Chose fut historiquement faite, pour la première fois, avec la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999. Elle ajoute, d'une part, un 4<sup>ème</sup> alinéa à l'article de 3 de la constitution selon lequel « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux fonctions électives » et d'autre part, un 2<sup>ème</sup> alinéa à l'article 4 qui prévoit dorénavant que les partis et groupements politiques « contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 3 dans les conditions déterminées par la loi ». Sur cette révision et la portée que le Conseil constitutionnel lui a conférée au fil de ses contrôles des lois la mettant en œuvre, on formulera plusieurs observations.

<sup>37</sup> Conseil d'Etat, 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de recherche*, [http://basedaj.aphp.fr/daj/public/index/display/id\\_theme/113/id\\_fiche/4275](http://basedaj.aphp.fr/daj/public/index/display/id_theme/113/id_fiche/4275)

<sup>38</sup> Conseil d'Etat, 11 mai 1998, *Mlle Aldige*, rec. 708.

<sup>39</sup> Décision n° 82-146, 18 novembre 1982, rec. 66.

<sup>40</sup> Décision n° 98-407, 14 janvier 1999, rec. 21.

Tout d'abord, la réforme constitutionnelle a fait l'objet d'un débat très animé, en particulier au Sénat où elle a rencontré une forte opposition menée sur le fondement d'une conception universaliste du principe d'égalité. Une des craintes essentielles étaient d'ouvrir une boîte de Pandore : aujourd'hui les femmes, demain les personnes issues de l'immigration, les bretons ou les homosexuels... A ce titre, le mot même « parité » promu par les partisans de la réforme peut être interprété comme l'expression d'un compromis afin d'éviter une référence plus polémique à celui de « quota ».

Ensuite, lue à la lettre, la révision constitutionnelle n'oblige pas le législateur à imposer des mesures paritaires. Elle lui ouvre la possibilité, dans une perspective promotionnelle pour le dire dans les termes de Norberto Bobbio<sup>41</sup>, de « favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux fonctions électives ». Les partis politiques sont, sur la base volontarisme qui avait la préférence des sénateurs, mis à contribution pour atteindre cet objectif.

Enfin, le Conseil constitutionnel impose une interprétation stricte de la portée de la révision, tout particulièrement de la notion « de mandats électoraux et de fonctions électives ». Ainsi, dans une décision du 19 juin 2001 portant sur une loi organique au Conseil supérieur de la Magistrature<sup>42</sup>, il refuse de considérer que les fonctions exercées au sein du Conseil de la magistrature constituent des mandats électoraux ou des fonctions électives. L'élection au Conseil supérieur de la Magistrature présente un caractère professionnel et n'entre pas conséquent pas, selon lui, dans le champ de la réforme adoptée par le pouvoir constituant. Le Conseil déclare alors contraire au principe d'égalité, et notamment à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme, la disposition législative qui imposait la parité entre les candidats de l'un et l'autre sexe. Il réitère cette position dans des décisions relatives à la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, puis à la loi relative à l'égalité des chances, à l'égard de quotas définis, respectivement, au sein d'instances juridictionnelles et d'organes délibératifs professionnels des secteurs publics et privés: conseils d'administration et de surveillance des établissements publics, des entreprises publiques et des sociétés du secteur public, commissions administratives, comité d'entreprises, délégués du personnel, conseil de prud'homme. En se fondant une nouvelle fois sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme, le Conseil constitutionnel estime non seulement que ces mesures n'entrent pas dans le champ de la révision constitutionnelle de 1999 mais, également, que si la recherche de l'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas en soi inconstitutionnelle, elle ne saurait aboutir à faire prévaloir le critère du sexe de la personne sur celui de ses capacités<sup>43</sup>.

Le Conseil se montre toutefois plus souple s'agissant de la composition des jurys de concours, à condition, toutefois là encore, que les mesures visant à assurer une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes n'aient « pas pour objet » ni « pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution » des « jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes

<sup>41</sup> BOBBIO N., *De la structure à la fonction*, Paris, Dalloz, Coll. Rivage du droit, 2012, pp. 41 et s.

<sup>42</sup> Décision n° 2001-445, 19 juin 2001, *rec.* 63.

<sup>43</sup> Voir décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, *rec.* 39.

et des qualifications »<sup>44</sup>. En d'autres termes, il ne s'agit pas de promouvoir une personne sur la seule considération e qu'elle est une femme. Par ailleurs, la constitutionnalité des mesures envisagées reposent aussi sur le fait que celles-ci ne sont pas impératives mais incitatives. Elles visent « à *concourir à une représentation équilibrée* entre les femmes et les hommes ». Finalement, le Conseil tend donc à appréhender les mesures en faveur des femmes comme une obligation de moyen plutôt que de résultat.

La jurisprudence du Conseil d'Etat se situe dans la droite lignée de cette conception<sup>45</sup>. Pour ne citer qu'un des cas les plus récents, relatifs à la présence des femmes dans instances des fédérations sportives (jugé après une nouvelle révision constitutionnelle de juillet 2008 (*infra*) mais à propos d'actes antérieurs), le Conseil d'Etat rappelle que « si le principe constitutionnel d'égalité ne fait pas obstacle à la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités, il interdit, réserve faite de dispositions constitutionnelles particulières, de faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune »<sup>46</sup>.

Seule une nouvelle révision de la constitution pouvait donc surmonter l'obstacle de l'interprétation stricte de la révision de 1999 imposée par le Conseil constitutionnel. Celle-ci est intervenue le 23 juillet 2008 à l'occasion d'une réforme plus vaste dite de modernisation des institutions. L'article 1 de la constitution française prévoit dorénavant que « la loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Plusieurs lois et décrets, dont la récente loi du 23 juillet 2014 ont été adoptées pour concrétiser cette révision. Ces textes fixent notamment des pourcentages minima de présence des femmes en particulier là où les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat les avaient exclus.

On observera que la position de la Cour de Justice de l'Union européenne n'est pas si éloignée des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat français. Celle-ci a ainsi pu considérer contraire au droit de l'Union une loi suédoise qui prévoyait que les femmes bénéficiaient de manière automatique d'un accès prioritaire aux emplois publics, y compris lorsqu'elles présentaient un niveau de qualification inférieure à celui des hommes<sup>47</sup>. Plus généralement, la Cour estime que le droit de l'Union européenne, et notamment la directive n°76/207/CEE, s'oppose à toute mesure de priorité automatique, y compris à qualification égale<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *rec.* 49. Voir aussi sur l'objectif d'accès équilibré des femmes et des hommes aux différentes filières de formations professionnelles instituées par les régions, décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, *précit.* ; voir les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2006, n° 20, p. 45.

<sup>45</sup> Conseil d'Etat, 22 juin 2007, *M. Lesourd, RFDA*, 2007, p. 1077.

<sup>46</sup> Conseil d'Etat, 10 octobre 2013, *Fédération française de gymnastique*, <http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/precision-du-conseil-detat-concernant-le-principe-degalite//h/0bddf260e32c7453fc6dd1c7ba413547.html>

<sup>47</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Katarina Abrahamsson*, aff. C-407/98.

<sup>48</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke c. Land de Brême*, aff. C-450/93.

## Politiques sociales et lutte contre les discriminations

L'ancrage de l'esprit universaliste explique également, en France, une forte prudence, pour ne pas dire méfiance, à l'égard de certains instruments de mesure des disparités sociales. L'opportunité d'élaborer des statistiques ethniques qui pourraient ensuite servir de fondement à la conduite de politiques sociales reste notamment très débattue (A). En conséquence, l'administration et le législateur français font preuve d'inventivité pour trouver des critères et des notions « objectivés » qui visent, sans prioritairement certaines catégories de personnes sans les nommer explicitement (B).

### A. Le débat autour des statistiques ethniques

A l'interdiction de principe de définir des mesures de discriminations positives fait écho celle d'établir des données au moyen de statistiques sur le fondement de critères dit « sensibles », en particulièrement ceux relatifs à une supposée appartenance ethnique. Or, les crises économiques et sociales de ces dernières décennies ont créé des situations d'exclusion et d'inégalités sociales qui ont touché plus sensiblement des personnes étrangères, issues de l'immigration ou des anciennes colonies françaises. Certains sociologues ont ainsi pu attirer l'attention sur l'institution d'un clivage de type « social-racial »<sup>49</sup>.

110

Pour mesurer plus précisément ce phénomène, certains ont préconisé de recourir à des statistiques conduites sur la base des origines ethniques des individus. Celles-ci permettraient ainsi de disposer de données plus fines sur les phénomènes de discrimination, d'inégalité et d'exclusion afin d'y remédier de façon plus appropriées. Certains Etats y recourent d'ailleurs depuis longtemps (Royaume-Uni, Pays-Bas, Canada...) et l'Union européenne les envisage au nombre des instruments de lutte contre les discriminations. Enfin, ce type de statistique n'est pas entièrement inconnu en France qui en fait usage dans les territoires d'Outre-mer<sup>50</sup>.

Il reste que ces statistiques font aussi l'objet de vives critiques, fondées sur une approche universaliste du genre humain mais aussi sur des expériences historiques dramatiques. Il est ainsi objecté que les critères dits ethniques sont « insaisissables et relatifs », notamment dans la société française qui se caractérise par un fort métissage et des appartenances multiples. Leur intégration au sein de données officielles comporterait alors le risque de les « essentialiser ». Elle heurterait « l'attachement au modèle républicain qui doit rester 'aveuglé' aux origines » et serait, plus spécifiquement, contraire au principe de non-discrimination inscrit à l'article 1 de la constitution selon lequel « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui garantit l'égalité devant la loi de tous les

<sup>49</sup> CORCUFF P., « Clivage national-racial contre question sociale – Un cadre d'analyse socio-politique pour interpréter les progrès de l'extrême-droite en France », *Contre Temps*, septembre 2003, n° 8, pp.42-50, <http://www.contretemps.eu/sites/default/files/Contretemps%2008.pdf>

<sup>50</sup> Voir LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, p 113.

citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion...». Enfin, le souvenir de l'usage antisémite de ce type de données sous le gouvernement de Vichy reste traumatique<sup>51</sup>.

Finalement, appelé à se prononcer sur la question, le Conseil constitutionnel s'est, sans surprise, opposé à ce type de statistique. Relevant que la disposition législative contestée devant lui tendait à permettre, en vue d'études sur la mesure de la diversité des origines et sur des phénomènes de discrimination et d'intégration, la réalisation de traitements de données à caractère personnel dans lesquels seraient apparus, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques des personnes, il conclut que ce type d'étude ne peut se référer qu'à « des données objectives », et ne peut par conséquent, sans méconnaître l'article premier de la constitution, se fonder sur l'origine ethnique ou sur la race<sup>52</sup>.

Certaines solutions de compromis sont alors envisagées. Elles pourraient, d'une part, comme cela est proposé au Brésil par exemple, consister à réaliser des statistiques sur la base de l'expression individuelle et subjective « de sentiment d'appartenance ». D'autre part, on pourrait « distinguer entre les modalités de collectes des données et les usages que l'on veut en faire »<sup>53</sup>, ce qui conduirait à admettre des statistiques établies aux seules fins de la connaissance sur la base de l'anonymat et du volontariat, après l'autorisation d'une commission indépendante.

#### B. La fragile objectivation des critères des politiques publiques et le renforcement des mesures antidiscriminatoires

Face à l'interdiction de fonder des politiques publiques de résorption des inégalités sur certains critères, quelles voies juridiques emprunter? A ce stade, force est de constater que si, officiellement, la prise en considération de critères ethniques ou d'autres critères sensibles est prohibée, il existe, d'un côté, des "non-dits" (qu'il reste, par définition, difficile de prouver), mais, surtout, d'un autre côté, des stratégies et des techniques d'objectivation des critères retenus pour définir des politiques publiques.

Cette dernière tendance existe depuis longtemps. Historiquement, l'un des critères les plus communs pour fonder des mesures compensatoires ou de redistribution sociale est celui des revenus ou du quotient familial. Le législateur se réfère également au caractère "isolée" de la personne, sachant que ce critère concerne le plus souvent des femmes. Ces dernières années, les promoteurs des politiques publiques font preuve d'une grande inventivité de vocabulaire pour éviter de se référer à des termes qui pourraient donner à leurs mesures le caractère de discriminations positives prohibées. Plutôt que de mentionner l'origine ethnique ou les pratiques religieuses par exemple, les politiques publiques françaises ont tendance à se présenter comme des politiques de promotion de la « mixité » ou de la « diversité » ; ou encore, elles définissent des zones territoriales prioritaires.

<sup>51</sup> LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité, op. cit.*, pp. 113-114.

<sup>52</sup> Décision n° 2007-557 DC 15 novembre 2007, *rec.* 360.

<sup>53</sup> LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité, op. cit.*, p. 115.

L'ouverture du recrutement des élèves de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris offre un cas particulièrement significatif. L'Institut s'est donné pour objectif, il y a quelques années, de compenser les résultats de son concours de recrutement très sélectif qui favorise notoirement les classes socio-culturelles les plus élevées par l'intégration d'élèves venant de milieux défavorisés. Oui, mais sur le fondement de quels critères ? Plutôt que de se référer à une origine quelconque des enfants ou des parents ou au niveau de revenus, l'Institut s'est engagé à signer, avec des établissements secondaires librement choisis, des conventions fixant des « modalités particulières destinées à assurer un recrutement diversifié parmi l'ensemble des élèves de l'enseignement du second degré ». Saisi pour contrôler le dispositif législatif qui a déterminé ces conventions, le Conseil constitutionnel en a admis la constitutionnalité « à la condition que les modalités particulières » fixée aux fins de la diversification « reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction »<sup>54</sup>. En d'autres termes, la diversification à l'œuvre ne doit pas aboutir à une politique de quotas à l'américaine. Les « critères objectifs », ou plutôt objectivés, reposent en l'occurrence, comme dans d'autres cas de politiques publiques relatives à l'éducation, au logement ou au soutien à l'emploi et aux investissements, sur une appréhension spécifique des répartitions des classes sociales sur le territoire national. Le découpage ou « le zonage » social du territoire fait donc office de « critère objectif » pour mener des politiques de redistribution ou de compensation. C'est ainsi que les pouvoirs publics définissent des « zones d'éducation prioritaires », des « zones urbaines sensibles », des « zones de redynamisation urbaine » ou encore des « zones d'entreprises ». Compte tenu du taux de corrélation de ces zonages avec les répartitions territoriales des personnes étrangères ou françaises issues de l'immigration, ces politiques sont parfois qualifiées de « discriminations positives ethniques indirectes ». Pourtant cette association de zones territoriales à des situations d'immigration, d'exclusion et de pauvreté reste partiellement exacte. La délimitation géographique par zone territoriale n'appréhende que de façon schématique et parfois intuitive des phénomènes d'inégalité, de vulnérabilité ou de pauvreté résultant le plus souvent de facteurs pluriels et complexes.

A côté de ces politiques publiques, sous l'impulsion de l'Union européenne, la France s'est ces quinze dernières années également distinguée par un renforcement sensible des mesures et des dispositifs antidiscriminatoires. Outre la création d'une instance spécifique, la Haute autorité de Lutte contre les discriminations créée au début des années 2000 qui a été absorbée en 2011 au sein du « Défenseur des droits », les services de l'Etat, les lois et les juridictions ont particulièrement élargi la liste des critères constitutifs de discriminations prohibées (santé, genre, orientation sexuelle, handicap...), de même qu'ils ont affiné l'appréhension des formes de discrimination (discrimination directe, indirecte ou par ricochet..), leurs modalités d'identification et de preuve (*testing*) ou encore renforcé les dispositifs d'information.

<sup>54</sup> Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *rec.* 82.

Tout se passe alors comme si le renforcement de la lutte contre les discriminations « négatives » servait de palliatif à l'impossibilité de déterminer des mesures de discrimination positive ou à se fonder sur certains critères pour définir des politiques sociales. Autrement dit, ce renforcement semble supposer rendre inutile des politiques volontaristes au bénéfice de catégories de personnes victimes de traitements défavorables. Il reste que si l'on peut comprendre les réticences de principe à vouloir fonder des politiques publiques sur certaines caractéristiques attribuées à des individus, plus discutable est la tendance à vouloir réduire la promotion de l'égalité à la lutte contre les discriminations. Cette dernière ne peut constituer qu'un élément partiel des politiques sociales de redistribution des richesses.

## Bibliographie

- ATD-Quartmonde, *Discrimination et pauvreté*, Livre Blanc, octobre 2013, <http://www.atd-quartmonde.fr/livreblanc/>
- ABRAMOVICH V., COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993.
- BOBBIO N., *De la structure à la fonction*, Paris, Dalloz, Coll. Rivage du droit, 2012.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le service public dans les débats constitutants de 1946 », *Histoire et Service public*, GUGLIELMI G. (dir.), P.U.F., 2004, pp. 231-245
- CHAMPEIL-DESPLATS V. « Normativité et effectivité des droits économiques et sociaux dans les débats constitutants de 1946 », in Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *La Déclaration des droits de l'homme (1948-2008)- Réalité d'un idéal commun ?*, Paris, 2009, La Documentation Française, pp. 31-40.
- CORCUFF P., « Clivage national-racial contre question sociale – Un cadre d'analyse socio-politique pour interpréter les progrès de l'extrême-droite en France », *ContreTemps*, septembre 2003, n°8, pp. 42-50, <http://www.contretemps.eu/sites/default/files/Contretemps%2008.pdf>
- HERRERA C. M. , *Les droits sociaux*, PUF, Que Sais-je ?, 2011
- JOXE P., *Soif de justice. Au secours des juridictions sociales*, Paris, Fayard, 2014
- van HOOFF G. H. J., *The legal nature of economic, social and cultural rights. A rebuttal of some traditional views*, in ALSTON P. et TOMAŠEVSKI K. (eds.), *The right to food*, Utrecht, Martinus Nijhoff publishers, 1984, pp. 97-110
- LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010
- RIVERO J. et VEDEL G. dans leur célèbre article « Principes économiques et sociaux de la Constitution », *Droit social*, 1947, pp. 13-35
- ROBERT J. et DUFFAR J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 2009
- ROMAN D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 1, juin 2012 <http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilitc3a9-des-droits-sociaux-en-amc3a9rique-du-sud3.pdf>
- ROMAN D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012
- de SCHUTTER O., « Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in OMIJ (dir.), *Juger les droits sociaux*, PULIM, pp. 12-25

