

**Atelier 2 – Le renouveau du droit constitutionnel par les droits fondamentaux**

*L. Burgorgue-Larsen – Joseph Pini*

La conformité au droit fondamental à l'égalité  
des discriminations "positives" fondées sur l'identité sexuelle  
Un exemple d'interactions normatives et jurisprudentielles

*André Moine<sup>1</sup>*

Communication synthétisée<sup>2</sup> :

Le droit fondamental à l'égalité est un principe constitutionnel, la Constitution est au sommet de la hiérarchie des normes ; dès lors ce principe ne devrait connaître aucune atténuation en droit. Or l'égalité de fait socialement recherchée, entre les femmes et les hommes, conduit à des aménagements juridiques de ce droit fondamental.

La discrimination positive opérée en faveur des femmes – inégalité de droit visant à compenser une inégalité de fait – pour être conforme au droit, doit ainsi être évaluée au regard du texte constitutionnel mais également des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales... du traité CE, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, des directives *ad hoc*... de la loi, du règlement... et des jurisprudences des Cours compétentes en la matière. Le principe de non discrimination sexuelle corollaire du principe d'égalité femme homme, principe constitutionnel, est ainsi l'objet d'interventions diverses s'influençant, se contredisant parfois, et conduisant à l'établissement du droit fondamental en cause et à l'aménagement de ses limites, les discriminations "positives". La concurrence des sources de droit positif et l'intrication des interprétations jurisprudentielles tisse, de ce fait, un réseau où le droit fondamental à l'égalité et ses éventuelles dérogations puisent leurs sens et leur portées.

Les différents textes applicables dans l'ordre juridique français affirmant le principe d'égalité entre les femmes et les hommes retiennent ou non la dérogation provisoire consistant à porter atteinte à l'égalité de droit en vue d'établir une égalité de fait. La Constitution consacre initialement le principe d'égalité des citoyens devant la loi (article 1), l'égalité de droit sans discrimination à raison de l'identité sexuelle (figurant dans les articles de la DDHC complétés par la disposition de l'alinéa 3 du Préambule de 1946) a une valeur constitutionnelle reconnue depuis 1971. Les discriminations positives ne sont donc pas constitutionnellement prévues et dès lors contraires à la Constitution car portant atteinte aux principes d'égalité précités. Le Conseil constitutionnel sanctionne ainsi, au regard de ces dispositions, l'introduction

---

<sup>1</sup> Maître de conférences en droit public à l'Université Nancy 2

<sup>2</sup> La communication présentée à Montpellier développera davantage, à partir d'exemples jurisprudentiels, les raisonnements des juges sur les discriminations "positives" et leurs compatibilités.

législative de quotas de femme dans les listes d'éligibles aux élections locales en 1982 et en 1999. Les exigences sociales et la volonté politique conduisent en 1999, le constituant à réviser les articles 3 et 4 de la Constitution afin d'autoriser l'introduction d'une telle discrimination « positive ». La dérogation est cependant limitée à cette hypothèse, c'est à dire celle tendant à favoriser l'accès des femmes aux fonctions électives, la proscription constitutionnelle demeure pour le reste. Même si le Conseil constitutionnel admet les entorses au principe d'égalité de droit, comme le Conseil d'Etat, en acceptant que des situations différentes puissent faire l'objet d'un traitement différent, cette exception est normalement inapplicable si la distinction ainsi établie est fondée sur une discrimination sexuelle prohibée. Cependant le droit international, le droit européen des droits de l'homme et le droit communautaire reconnaissent la validité de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté (notamment par exemple l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux).

La difficulté réside dans la délimitation des mesures qui sont ainsi susceptibles de déroger à un principe fondamental (certaines dispositions peuvent ainsi favoriser les femmes mais ne pas être justifiées par l'objectif d'une égalité de fait) mais aussi dans la prise en compte de ces dispositions d'origine diverses par les différents juges en charge de trancher les litiges pouvant survenir en la matière. L'exemple de la réglementation des retraites anticipées dans la fonction publique française est significatif de cette "collaboration" juridique (forcée).

Les fonctionnaires féminins ayant eu trois enfants avaient, de par la loi, le droit de partir en retraite anticipée après quinze ans de service. Un fonctionnaire masculin demanda à bénéficier du même droit. Le CE saisi posa une question préjudicielle à la Cour de justice qui estima cette distinction discriminatoire. Le CE donna satisfaction au requérant. Le législateur est intervenu pour supprimer la distinction entre fonctionnaire femme et homme mais en assortissant le droit à la pension de retraite d'une condition d'interruption de travail pour chaque enfant. Un décret est en préparation pour déterminer les modalités de cette interruption dont la durée sera probablement de deux mois. Plusieurs textes sont ainsi applicables à la situation : le principe constitutionnel d'égalité, l'article 140 CE, la directive 76/207 (notamment), la loi de finances rectificative de 2005, le futur décret. Plusieurs juges sont susceptibles d'intervenir, le juge administratif, le juge communautaire, le juge constitutionnel et éventuellement le juge européen. Le juge constitutionnel n'a pas été saisi de la loi mais il aurait pu l'être et le moyen de la contradiction avec le principe d'égalité soulevé. Le juge administratif sera probablement saisi par la voie d'un recours pour excès de pouvoir. Il pourra éventuellement à nouveau saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. De plus, le fonctionnaire a le droit de saisir la Cour européenne des droits de l'homme...

L'ensemble des normes applicables et la diversité des juges compétents peut conduire à une cacophonie générant des décisions contradictoires sur la portée d'un droit pourtant fondamental, la hiérarchie des normes, traditionnelle, rencontrant là ses limites (toutes aussi traditionnelles mais de plus en plus prégnantes dans un ordre européen à l'intégration continue). Dans l'exemple retenu, le juge administratif pourrait ne pas saisir la Cour de justice et considérer que le décret est conforme à la loi et au droit communautaire et international ou, interprétant la directive en sens inverse, considérer que le décret est contraire à la directive bien que pris en application d'une loi postérieure (article 55 de la Constitution et jurisprudences CE Nicolo (1989)-Rothmans (1992) et CJCE Simmenthal (1978)). Si le Conseil constitutionnel avait été saisi et avait validé la disposition en affirmant expressément qu'elle n'était pas contraire au principe d'égalité (peu probable en l'occurrence), le juge administratif aurait été lié par cette décision (article 62 de la Constitution). Si la disposition avait été l'application pure et simple de la directive, le juge constitutionnel n'en aurait pas apprécié la conformité (article 88-1 et décisions de l'été 2004) sauf s'il avait retenu qu'une

disposition expresse de la Constitution s'y opposait... (en l'espère guère imaginable étant donné le rejet de principe des atteintes au principe d'égalité). Le juge communautaire (en vertu de la primauté qu'il reconnaît au droit communautaire (notamment, en l'occurrence, les arrêts Internationale Handgesellschaft (1970) et Kreill (2000)), considérant que les discriminations sont condamnables, sauf si elles ont pour objet l'atténuation de la sous représentation de l'un des sexes, pourrait rejeter le choix de l'interruption de deux mois comme discriminatoire à l'égard des hommes<sup>3</sup>. Le juge européen des droits de l'homme, éventuellement saisi en aval, considérant que la "discrimination" doit reposer sur une distinction objective et raisonnable, qu'elle doit être légitime et proportionnée (rapport entre le moyen discriminant et le but poursuivi), tout en réservant une marge d'appréciation au pays concerné, pourrait contester la légitimité de la mesure (cf. notamment jurisprudences Van Raalte (1997) et Willis (2002)).

Contradictions éventuelles que le droit constitutionnel peine à résoudre, sans doute parce qu'il ne peut le faire seul (chacun des ordres juridiques consacrant en principe la priorité de ses propres normes ou au moins de certaines d'entre elles), quelle que soit la contribution des normes de conciliation et des juges à l'évolution des rapports entre les sources de droit. Ce qui engendre une complexité regrettable et une insécurité inacceptable.

Cependant, malgré ces obstacles, les juges concernés ont aujourd'hui tendance à la conciliation des textes et à la prise en compte des décisions jurisprudentielles des "autres". Outre les questions préjudicielles, mécanismes idoines, les références du juge communautaire à la Convention européenne des droits de l'homme et aux traditions constitutionnelles des Etats membres, celles du juge européen des droits de l'homme aux pratiques des Etats membres, le respect de la primauté (hors constitution toutefois) des textes internationaux dans l'ordre interne, devraient conduire à une harmonisation des positions découlant de cette "courtoisie" affichée des juges à l'égard des autres énoncés normatifs, à l'établissement, au cas par cas, d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques. La pluralité des interventions peut s'avérer un concours "positif" de sources et de jurisprudences visant, malgré les réflexes identitaires des législateurs et des juges, à la définition commune d'une norme. Il faudrait pour cela dépasser les "patriotismes" juridiques et identifier un intérêt général ; le domaine des droits fondamentaux s'y prête particulièrement, ces droits répondant à une aspiration sociale qui peut être universelle et que le droit, constitutionnel ou non, doit relayer.

La discrimination en cause initialement favorable aux femmes s'avère pénalisante pour les hommes et, au regard de l'évolution de la société européenne contemporaine, contraire au principe constitutionnel, communautaire, européen et international d'égalité de droit.

---

<sup>3</sup> L'arrêt exigé de deux mois correspond à une partie du congé maternité mais est largement supérieur aux onze jours octroyés au père et ne coïncide avec aucun congé légal pouvant être pris de droit par le fonctionnaire.